InDret

Revista para el análisis del derecho

4.23

-

Octubre de 2023

Sumario 4.23

Editoriales

-
Cuidado con las alternativas
Jesús-María Silva-Sánchez
i-ii
-
Criminologías del Sur
Elena Larrauri
iii-vi
-
La morosidad. De nuevo
Carlos Gómez
vii-xi
-

Derecho privado

-
Falta de transparencia de la cláusula sobre el precio en los contratos de servicios jurídicos y sus consecuencias en las relaciones de consumo
María Teresa Alonso Pérez
1-25
-
El contador-partidor dativo en el derecho civil de Cataluña
Antoni Vaquer Aloy
26-46
-
Reacondicionamiento, refabricación y modificación sustancial de productos
Guillem Izquierdo Grau
47-82
-
La acción civil para la defensa de los derechos derivados de la igualdad de trato y la no discriminación
Ana María Chocrón Giráldez
83-109
-

Derecho Penal

-
Insignificancia y Derecho penal económico
Miguel Bustos Rubio
-
110-170
¿Violaciones por engaño?
Sobre el concepto de consentimiento y el objeto del consentimiento sexual
Carlos Castellví Montserrat
171-220
-
La complicidad psíquica

Oriol Martínez Sanromà 221-260
-

Criminología

-
Sexo transaccional: aspectos conceptuales y victimológicos a partir de una encuesta en España
Josep M. Tamarit Sumalla e Irene Montiel Juan 261-290
-
Repercusiones de la Inteligencia Artificial en la legitimidad del sistema penal: Una reflexión desde la justicia procedimental
Olalla Baz Cores 291-315
-

Actualidad

-
Revista Crítica de Jurisprudencia Penal
Sección coordinada por Ramon Ragués i Vallès 316-346
-

Recensiones

-
ExLibris
Sección coordinada por Pablo Sánchez-Ostiz 347-374
-

InDret
4.2023

Editorial

Cuidado con las alternativas

-

La doctrina lleva medio siglo planteándose la cuestión de las alternativas a la pena de prisión[1]. En este punto se han examinado, ante todo, las posibilidades de la multa. No en vano, esta es una sanción que, desde los puntos de vista expresivo y preventivo-especial, parece suficientemente aflictiva y, además, no tiene efectos desocializadores[2]. Por otro lado, desde la perspectiva del análisis económico, la multa previene el delito sin entrañar ningún coste para el Estado, algo no irrelevante en los tiempos actuales de permanente crisis presupuestaria. Sin embargo, no parece que existan grandes avances en este punto. Es cierto que la multa ha ido ocupando, en términos cuantitativos, el papel central en el sistema de sanciones jurídico-penales de muchos países desarrollados. No obstante, la prisión sigue siendo considerada la única sanción propiamente penal, lo que resulta muy relevante en la determinación de si alguna otra puede sustituirla en el ámbito de los delitos *mala in se* nucleares[3]. Además, en la mayoría de las naciones la prisión continúa siendo la sanción penal principal incluso en términos cuantitativos.

La multa y los trabajos en beneficio de la comunidad constituyen, en mi opinión, las alternativas más prometedoras a la prisión, fundamentalmente por exclusión de las demás. En efecto, las otras alternativas –tal como estas se plantean– no resultan especialmente sugerentes[4]. Ciertamente, quienes hacen hincapié ante todo en la dimensión de la pena como expresión cualificada de reproche se han fijado en la representada por las penas infamantes o «avergonzantes»[5].

---

[1] KAHAN, «What Do Alternative Sanctions Mean?» *University of Chicago Law Review*, (63-2), 1996, pp. 591 ss.; CID MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN (eds.), *Penas alternativas a la prisión*, 1997; CID MOLINÉ, *La elección del castigo*, 2009; EL MISMO, «¿Un Derecho penal sin pena de prisión?», en *LH Mir Puig*, 2017, pp. 41 ss.; MÜHL, *Strafrecht ohne Freiheitsstrafen – absurde Utopie oder logische Konsequenz?*, 2015; FARALDO CABANA/PUENTE ABA, *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad*, 2013.

[2] COCA VILA, «La pena de multa en serio», *InDret*, (3), 2021, pp. 69 ss.

[3] GRECO, «Von den mala in se zur poena in se», en KRETSCHMER/ZABEL (eds.), *Studien zur Geschichte des Wirtschaftsstrafrechts*, 2018, pp.175 ss.

[4] Dejo aquí de lado la propuesta de sustituir las sanciones negativas por sanciones positivas que premiarían la decisión de abstenerse de delinquir: GALLE, «The Economic Case for Rewards Over Imprisonment», *Indiana Law Journal*, (96-2), 2021, pp. 471 ss.

[5] BRAITHWAITE, *Crime, Shame and Reintegration*, 1989; LARRAURI PIJOAN, «Entwürdigende Strafen», *KritV*, (especial), 2000, pp. 97 ss.; MARKEL, «Are Shaming Punishments Beautifully Retributive», *Vanderbilt Law Review*, (54-6), 2001, pp. 2157 ss.; KAHAN, «What's Really Wrong With Shaming Sanctions», *Texas Law Review*, 84 (2005), pp. 2075 ss.; FLANDERS, «Shame and the Meaning of Punishments», *Cleveland State Law Review*, (54-4), 2006, pp. 609 ss.; KUBICIEL, «Shame Sanctions – Ehrenstrafen im Lichte der Straftheorie», *ZStW*, (118-1), 2006, pp. 44 ss.

Por su parte, quienes piensan en la inocuización del reo, apuntan a las diversas formas de control telemático. Sin embargo, aunque parece que evitar la prisión justifica el recurso a cualquier alternativa, las cosas no son tan sencillas. Como se ha señalado con razón, ello no debe dar lugar a que las demás opciones queden exentas del análisis de su conformidad con la Constitución[6]. Igualmente, tampoco procede afirmar que el consentimiento del reo –que sólo puede reputarse relativamente libre– puede bastar para su legitimación.

Aquellos que piensan fundamentalmente en una cierta forma de «reinserción» del reo han planteado la intervención quirúrgica cerebral, la farmacológica o, en general, la neurobiológica como alternativas dignas de consideración[7]. En realidad, no se trata de nada nuevo en términos conceptuales. Sin embargo, es preciso reconocer que las posibilidades técnicas actuales hacen posible la realización de intervenciones bastante más sutiles que las tradicionales lobotomías o la propia práctica de la «castración química». Así, en los últimos años se detecta en la bibliografía de Derecho penal y filosofía moral una proliferación de análisis de tales propuestas en esta línea, en términos tanto favorables[8] como contrarios en diversa medida[9]. Al igual que en los viejos tiempos, algunos autores sostienen que estas intervenciones no sólo pueden reputarse lícitas con consentimiento del afectado –¿en la disyuntiva de tener que soportar la prisión?– sino también, en ciertos casos, aunque se lleven a cabo de modo coactivo. Precisamente esto, unido a los efectos que producen, determina que el panorama resulte bastante más inquietante que prometedor[10].

Frente a quienes efectúan estas propuestas, la posición contraria esgrime uno de los «nuevos derechos». Este es el relativo al respeto de la identidad e integridad mental[11] o, expresado en términos de autonomía, el derecho a la autodeterminación neurobiológica[12]. Ciertamente, al paso que vamos parece claro que estas pretensiones de indemnidad no sólo van a tener que esgrimirse frente a intervenciones punitivas o preventivas-asegurativas del Estado. Sin embargo, parece claro que este puede ser uno de sus escenarios fundamentales. Desde luego, es preciso superar la pena de prisión. Sin embargo, la pérdida de la libertad ambulatoria y de otras relevantes libertades físicas puede ser preferible a la pérdida de la identidad personal.

Jesús-María Silva Sánchez

---

[6] WEISBURD, «Rights Violations as Punishment», *California Law Review*, (111), 2023, pp. 101 ss.

[7] DELGADO, «Organically Induced Behavioral Change in Correctional Institutions: Release Decisions and the "New Man" Phenomenon», *Southern California Law Review*, (50), 1977, pp. 215 ss.

[8] DOUGLAS, «Criminal Rehabilitation Through Medical Intervention: Moral Liability and the Right to Bodily Integrity», *Journal of Ethics*, (18), 2014, pp. 101 ss.; EL MISMO, «Nonconsensual Neurocorrectives and Bodily Integrity: A Reply to Shaw and Barn», *Neuroethics*, (12), 2019, pp. 107 ss.

[9] Matizadamente, SHAW, «Direct Brain Interventions and Responsibility Enhancement», *Criminal Law and Philosophy*, (8), 2014, pp. 1 ss.; más claramente, SPARROW, «Better Living through Chemistry?», *Journal of Applied Philosophy*, (31-1), 2014, pp. 23 ss.; VINCENT, «Restoring Responsibility: Promoting Justice, Therapy and Reform Through Direct Brain Intervention», *Criminal Law and Philosophy*, (8), 2014, pp. 21 ss.

[10] BIRKS/DOUGLAS (eds.) *Treatment for Crime: Philosophical Essays on Neurointerventions in Criminal Justice*, 2018; RYBERG, *Neurointerventions, Crime, and Punishment: Ethical Considerations*, 2019; PÉREZ MANZANO, «Justicia penal y neuroderechos», *LH Díez Ripollés*, 2023, pp. 329 ss.

[11] Art. 3 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea.

[12] BUBLITZ/MERKEL, «Crimes Against Minds: On Mental Manipulations, Harms and a Human Right to Mental Self-Determination», *Criminal Law and Philosophy*, (8), 2014, pp. 51 ss.; MERKEL, R., «Neuroenhancement, Autonomie und das Recht auf mentale Selbstbestimmung», en VIERTBAUER/KÖGERLER (eds.), *Neuroenhancement*, 2019, pp. 43 ss.

InDret
4.2023

Editorial

Criminologías del Sur

-

A Dario Melossi (criminólogo, ¡del Norte y del Sur!)

A raíz de mi participación en un seminario sobre *Criminologías del Sur* organizado por el profesor Dario MELOSSI en Bologna (septiembre, 2023) tuve la oportunidad de reflexionar sobre la reciente aparición de lo que se denomina «*Criminología del Sur*». Este concepto surgió de la teoría sociológica y pasó a la criminología; evoca la necesidad de dar un espacio a las temáticas, a las perspectivas y a los autores 'del Sur Global», porque la discusión aparece, en caso contrario, monopolizada por los académicos «del Norte Global». Como manifiesta su creadora Raewyn CONNELL, profesora en Australia[1]:

> «Teoría del Sur» es un término que usé para describir el pensamiento social *de* las sociedades del Sur global. El resultado fue el libro *Southern Theory*, publicado en 2007 y aún en prensa. Actualiza las críticas a la teoría clásica, y muestra cómo las teorías de GIDDENS, COLEMAN y BOURDIEU, y la teoría de la globalización, se construyen desde los puntos de vista del Norte global.

La necesidad de que la criminología tomara en cuenta «el Sur» ya había sido puesta de manifiesto tímidamente por diversos autores «del Sur». En efecto, por ejemplo, desde España[2], yo misma había planteado que la tipología sugerida por CAVADINO y DIGNAN que vinculaba la economía y estructura de Estado Social con los índices de encarcelamiento no conseguía explicar bien el caso de España, que no aparecía en la tipología, la cual, sin presentar los rasgos de una economía liberal, tenía un índice de encarcelamiento alto, similar al del Reino Unido[3]. Juanjo MEDINA también había puesto de relieve las dificultades de realizar investigación criminológica en los países del Sur Global, en los que apenas hay datos públicos[4]; asimismo apuntaba la dificultad de los criminólogos del Sur de publicar en las revistas internacionales, pues en ocasiones conlleva olvidar, las discusiones o las problemáticas de cada país. El enorme esfuerzo que representa

[1] http://www.raewynconnell.net/p/theory.html

[2] Y, sin duda, desde Latinoamérica.

[3] LARRAURI, Questions from the South, ESC, Newsletter, vol. 7, nº3, 2008. Veáse más ampliamente LARRAURI, La Economía Política del Castigo, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2009.

[4] MEDINA, «Doing criminology in the semi-periphery and the periphery», en *Routledge Handbook of International Criminology*, 2011.

para los «criminólogos del sur» publicar en revistas «internacionales» fue también evidenciado por Patricia FARALDO y Carmen LAMELA[5] al analizar las diez revistas más valoradas en el ámbito de la criminología y sistema penal y concluir que las revistas internacionales son revistas angloamericanas:

> Estas revistas publican en inglés, con editores angloamericanos, artículos escritos por autores angloamericanos con contenido y datos angloamericanos.

En consecuencia, para participar en esta discusión «internacional» además de la barrera idiomática, se debe ser un buen conocedor de toda esta literatura «regional» y traducir los marcos normativos y debates para esta audiencia. En los tres artículos citados había coincidencia en poner de relieve la prevalencia de los estudios anglosajones en el ámbito de la criminología. Y se destacaba que, para realizar carrera académica y ser citado (y poder presentarse a alguna beca europea) se debe publicar en inglés. Vista desde España, la criminología del «Norte Global» se expresa en inglés.

Debo manifestar por ello que me quedé sorprendida cuando leí que la «*Criminología del Sur*» era introducida por profesores mayoritariamente australianos en el *British Journal of Criminology*.[6] Si el problema es que nos vemos obligados a hablar en los congresos en inglés y publicar en las revistas internacionales (inglesas), ¿cómo podía ser Australia representante de la nueva criminología del Sur? La segunda sorpresa fue cuando un autor defensor de esta nueva corriente me comentó que «*obviamente, España no pertenece a la criminología del Sur…*» [7], por lo que, además de pensar que no hay forma de estar en el sitio correcto de la historia, empecé a preguntarme ¿dónde reside la criminología del Sur?

De acuerdo con sus creadores[8]:

> La distinción Norte/Sur se refiere a la división entre los estados metropolitanos de Europa Occidental y América del Norte, por un lado, y los países de América Latina, África, Asia y Oceanía, por el otro.

Los autores apuntan que la criminología del Sur finalmente no es un sitio geográfico sino una metáfora, para destacar aquello que es invisibilizado[9]:

> De ahí que la idea del Sur capture el hecho de que existen enclaves del Sur dentro del Norte y tensiones Norte/Sur no resueltas dentro de muchas sociedades.

De acuerdo con esta última concepción quizás entonces lo menos importante es la ubicación geográfica, y lo que se realza es que determinados discursos, en ocasiones también por el sitio desde que se anuncian, ocupan un lugar privilegiado y conllevan omisiones.

Además de mi incertidumbre sobre a qué países abarca el uso de la etiqueta «Criminología del Sur», sin pretender ser una experta conocedora de esta corriente, me surgen tres dudas. La primera se refiere a si esta perspectiva aporta una unidad temática o una determinada perspectiva que sirva para explicar las realidades tan diversas presentes en el propio hemisferio del Sur. Y sin duda hay problemáticas propias en numerosos países, pero hasta dónde alcanzo a leer, los análisis se llevan a cabo en un fructífero dialogo también con el arsenal teórico elaborado por académicos en el Norte.

---

[5] FARALDO/LAMELA, How International are the Top International Journals of Criminology and Criminal Justice, *European Journal on Criminal Policy and Research*, 27, pp. 151-174, 2021.

[6] CARRINGTON/HOGG/SOZZO, Southern Criminology, *British Journal of Criminology*, 56:1-20, 2016. «Mayoritariamente» porque, como se ve, incluyen un autor latinoamericano.

[7] Como observó el profesor MELOSSI, tampoco la posición de Italia parece clara, pues puede verse como el norte del sur o como el sur del norte. Para un país que publicó en 1926 a GRAMSCI (*The Southern Question*), la duda no es baladí.

[8] CARRINGTON/HOGG/SOZZO, *British Journal of Criminology*, 2016.

[9] CARRINGTON/HOGG/SOZZO, *British Journal of Criminology*, 2016.

Y hasta cierto punto ello es lógico, pues una de las ventajas que yo he vivido en mi carrera como criminóloga ha sido precisamente la de poder participar en un «diálogo internacional» (en inglés, eso sí). Y esta es mi segunda duda: ¿No nos sirve por ejemplo leer los análisis de los cambios en la penalidad («el giro punitivo») que suceden con el desarrollo del «neo-liberalismo»? Si las doctrinas económicas se exportan, ¿no es lógico que lo hagan también las explicaciones? O como señaló el profesor MELOSSI:

> En otras palabras: si las transformaciones sociales son causadas por la expansión del capitalismo, ¡esa expansión requiere narrativas que se desarrollaron por primera vez donde comenzó esa expansión! Es decir: las explicaciones importadas del Norte no surgen simplemente debido a algún tipo de mera «hegemonía cultural», sino a una hegemonía material de facto que exige y articula estas explicaciones, que, como tales, son más, no menos, progresistas que las que existían antes... La alternativa a las explicaciones del Norte no es, por lo tanto, algún tipo de «pensamiento indígena progresista»... La alternativa es, a menudo, un pensamiento retrospectivo, un pensamiento que mira hacia atrás, que va en contra del cambio.

SOZZO en un importante libro acerca de las prisiones en Latino América[10], señala las múltiples diferencias con las del «Norte Global», y sin duda existen como puso de manifiesto el magnífico estudio de AGUIRRE sobre las prisiones en el Perú.[11] Pero basta leer las conclusiones para apreciar que el autor con quien más discute la sociología de la prisión es con SYKES[12], porque es precisamente quien estudió cómo se mantiene el orden en prisión, y apuntó las dificultades para mantener el control total de los vigilantes. Sea en forma de «gobierno de presos» o por medio de la presencia de bandas[13], esta literatura pone de relieve lo específico y lo universal de la criminología en relación con un problema de investigación.

La última duda que me surge: además de las omisiones académicas, se han dado sin duda numerosos casos de aplicación de modelos teóricos y políticas que han sido ideadas en un contexto social y se han exportado, trasplantado e impuesto a otro país distinto, con resultados desastrosos. Frente a ello, COHEN[14] advertía que tan genérico es valorarlo siempre como un caso de «transferencia benigna» como de «colonialismo maligno». No hay que mirar el Norte como el lugar al que se aspira a llegar, pero tampoco hay que romantizar soluciones o propuestas por el solo hecho de ser «locales» o pre-modernas.

En resumen, a mi juicio el uso de la etiqueta «Criminología del Sur» puede servir para recordar que la investigación criminológica esta sesgada, en los temas, en las publicaciones y en los recursos. Además, este tipo de criminología quizás incide en iluminar como el colonialismo creó y permea determinadas instituciones, como muestra el excelente estudio de GIBSON[15] sobre las fuerzas colonizadoras que explican el surgimiento de la prisión en China, Vietnam y África[16].

Por otro lado, insisto, desde el desconocimiento, a veces creo que se corre el riesgo de perderse en una discusión semántica (e incluso geográfica), en que lo importante parece ser destacar qué perspectiva se asume, a qué grupo se pertenece, cuando quizás sea más necesario discutir los temas concretos relevantes que surgen en cada sociedad, y reconocer obviamente que, junto a debates universales, existen contextos locales.

Elena Larrauri

---

[10] SOZZO, *Prisons, Inmates and Governance in Latin America*. Palgrave, 2022.

[11] AGUIRRE, *Cárcel y sociedad en América Latina*: *1800-1940*, Editorial Eduardo Kingman, 2009.

[12] SYKES, *The society of Captives*, Princeton University Press, 1958.

[13] SKARBEK, Prison gangs, norms, and organizations, *Journal of Economic Behavior and Organization*, 82, pp. 96-109, 2012.

[14] COHEN, «Western Crime Control Models in the Third World: Benign or Malignant? », 1982, reproducido en *Against Criminology*, Transaction Books, 1988.

[15] GIBSON, Global Perspectives on the Birth of the Prison, *American Historical Review*, 2011.

[16] Puede verse también: https://crim.jotwell.com/decolonizing-criminology-and-its-relevance-to-understand-the-birth-of-the-prison-in-latin-america/

Bibliografía

AGUIRRE, Carlos, *Cárcel y sociedad en América Latina*: *1800-1940*. Editorial Eduardo Kingman, 2009.

CARRINGTON, Kerry/HOGG, Russell/SOZZO, Maximo, Southern Criminology, *British Journal of Criminology*, 56, pp. 1-20, 2016.

COHEN, Stanley, «Western Crime Control Models in the Third World: Benign or Malignant? », 1982, reproducido en *Against Criminology*, Transaction Books, 1988.

FARALDO, Patricia/LAMELA, Carmen, How International are the Top International Journals of Criminology and Criminal Justice, *European Journal on Criminal Policy and Research*, 27, pp. 151-174, 2021.

GIBSON, Mary, Global Perspectives on the Birth of the Prison, *American Historical Review*, 2011.

LARRAURI, Elena, Questions from the South, ESC Newsletter, vol. 7, nº3, 2008.

LARRAURI, Elena, La economía política del castigo, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2009.

MEDINA, Juanjo, «Doing criminology in the semi-periphery and the periphery», en *Routledge Handbook of International Criminology*, 2011.

SKARBEK, David, Prison gangs, norms, and organizations, *Journal of Economic Behavior and Organization*, 82, pp. 96-109, 2012.

SOZZO, Maximo, *Prisons, Inmates and Governance in Latin America*. Palgrave, 2022.

SYKES, Gresham, *The society of Captives*. Princeton University Press, 1958.

InDret
4.2023

Editorial

La morosidad. De nuevo

-

A finales del siglo pasado, la Comisión Europea constató la existencia de diferencias entre derechos nacionales en materia de morosidad. También una disparidad en los plazos de pago habituales en las diferentes culturas empresariales de los Estados Miembros. En relación con la mora, el problema era su intimación, necesaria en algunos ordenamientos, inexistente en aquellos en que la mora era automática. En relación con los plazos de pago, los estudios que la Comisión promovió evidenciaron que, de media, los operadores económicos del sur de Europa acostumbraban a pagar sus facturas en plazos más extensos que los operadores del norte. De media.

La Comisión Europea llegó al convencimiento de que ambas cuestiones obstaculizaban la contratación empresarial y el funcionamiento correcto del mercado interior y, aunque ciertamente ninguna de ellas es consecuencia de la otra, decidió regularlas conjuntamente en la Directiva 2000/35, de 29 de junio del 2000, por las que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. En lo que interesa destacar ahora, esa Directiva, ya derogada, imponía a los Estados miembros la obligación de modificar sus derechos nacionales para que la mora entre empresarios (a las «operaciones comerciales» se refería la Directiva) fuera automática, es decir, activara sus consecuencias (en especial, el devengo de intereses de demora) tras la expiración del plazo de pago sin necesidad de actuaciones adicionales por parte del acreedor. También obligaba a los Estados a introducir en sus derechos nacionales que, salvo pacto en contrario, el plazo de pago de las operaciones comerciales debía ser de 30 días tras la recepción de la factura o, en otro caso, tras la entrega de los bienes o prestación del servicio. Los Estados podían ampliar ese plazo hasta los 60 días, aunque la excepción debía ser solo de aplicación a los tipos de contrato de que definiera el legislador nacional. En todo caso, se trataba de plazos dispositivos. Por esa razón, la Directiva incluía un control de abusividad (en contratos entre empresarios) que había de habilitar a los tribunales nacionales a evaluar si el pacto de un plazo de pago superior a la referencia legal venía justificado por los usos del sector o por la naturaleza de la prestación.

Esa Directiva fue incorporada a nuestro ordenamiento mediante la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, cuya primera versión reproducía las previsiones referidas de la Directiva. El artículo 4 establecía un plazo dispositivo de pago de 30 días y el artículo 9 preveía un control de abusividad de los pactos que ampliaran ese plazo. Una regulación que se sumaba a otras ya existentes en nuestro ordenamiento, como la prevista en materia de plazos de pago en el artículo 17 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.

La norma española fue motivo de una modificación en el año 2010. Algunos grupos parlamentarios constataron que la crisis económica de finales de esa década y cuyas consecuencias no está claro si hemos superado todavía, había provocado un encarecimiento del crédito financiero que llevaba a abusar del crédito comercial. Esa situación generaba tensiones de caja en muchas empresas, que sufrían consecuencias desastrosas cuando carecían de capacidad para pagar sus deudas de manera regular antes de haber cobrado sus créditos vencidos. Una propuesta de ley, seguramente bien intencionada pero técnicamente defectuosa, dio lugar a la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004 y a convertir el plazo dispositivo de 30 días en uno imperativo de 60 días. Quienes hubieron de aplicarlo, recordarán la confusión que generó el régimen transitorio previsto en la reforma para los contratos en vigor y con pagos pendientes en el momento de entrada en vigor de la nueva versión de la norma.

La modificación mantuvo el control de abusividad, a pesar de la conversión del plazo en imperativo. Se previó el control por parte de los auditores del cumplimiento de los plazos de pago. Una previsión que, más tarde, habría de entrar en el artículo 262.1 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capitals, sobre el informe de gestión, y en su Disposición Adicional Octava, en la que se indican las reglas para el cálculo del período medio de pago a proveedores.

Poco tiempo después, la Directiva 2011/7/UE, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, modificó la anterior, del año 2000. Mantuvo el plazo dispositivo de 30 días, aunque en su artículo 3.4 añadió que, aunque el plazo de pago fuera dispositivo, los Estados miembros habían de velar «por que el plazo de pago fijado en el contrato no exceda de 60 días naturales, salvo acuerdo expreso en contrario recogido en el contrato y siempre que no sea manifiestamente abusivo para el acreedor». La Directiva previó la existencia del acuerdo sobre un calendario de pagos, amplió la regulación del control de abusividad en pactos que ampliaran los plazos legales e introdujo un primera, pero muy relevante, normativa de aplicación a la contratación de las empresas con los poderes públicos, en un intento por reducir la morosidad de los deudores públicos.

Esa Directiva 2011/7, dio lugar a la vigente redacción de la Ley 3/2004, modificada por la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo. Desde entonces, el régimen especial de la morosidad en las operaciones comerciales prevé un plazo de 30 días para el pago, a contar desde la fecha de recepción de las mercancías o prestación del servicio o la recepción de la factura en formato electrónico, para el caso de que las partes no hubieran pactado plazo de pago en el contrato. Ese plazo, de aplicación supletoria al pacto, no es exactamente dispositivo, pues el tercer apartado del artículo 4 de la Ley restringe el ámbito de disponibilidad al imponer, con rotundidad, que «en ningún caso, se pueda acordar un plazo superior a 60 días naturales».

Incomprensiblemente, la reforma mantuvo el control de abusividad de acuerdos que extendieran el plazo más allá de los límites legales. La previsión era desconcertante, pues la misma norma

que imponía un plazo que «en ningún caso» podía superarse, preveía el control judicial de plazos mayores y su eventual legalidad si superaban los criterios previstos en el artículo 9 de la Ley 3/2004.

El acertijo legal fue resuelto por la Sala Primera del Tribunal Supremo. La STS 688/2016, Civil, de 26 de noviembre (Roj: 5128/2016) declaró que el control de abusividad debía limitarse a los acuerdos sobre plazo de pago inferiores a los 60 días que el artículo 4.3 de la Ley 3/2004 identifica como un límite imperativo. El margen es ciertamente estrecho, pero la inadvertencia del legislador no dejaba otra solución al Tribunal.

Y así, con esos antecedentes relevantes para nuestro derecho, la Comisión publicó el pasado 12 de septiembre de 2023 una Propuesta de Reglamento por el que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (COM (2023) 533), cuyo objetivo es unificar la regulación en la materia en todos los Estados miembros y al que se dedican estas líneas.

La morosidad entre empresarios en la Unión Europea preocupa, todavía, a la Comisión, para la que la morosidad comercial es un supuesto de abuso de la asimetría financiera entre operadores profesionales. En el documento de justificación y explicación de la Propuesta, sus promotores afirman que: «*The root cause of late payments is asymmetries in bargaining power between a large client (debtor) and a smaller supplier (creditor). This often results in the supplier's having to accept unfair payment terms and conditions. For debtors, paying late is an attractive form of finance that costs the debtor nothing but does have a cost for the creditor. This is compounded by the inadequacy of the current EU legal framework, Directive 2011/7/EU (the Late Payment Directive), which lacks sufficient preventive measures and suitable deterrents, and whose enforcement and redress mechanisms are insufficient*» (pág. 1).

La idea se desarrolla en los Considerandos de la Propuesta. En el tercero, se enuncian las consecuencias generales asociadas a una morosidad sistémica: «*Late payments directly affect liquidity and predictability of cash flows, thus increasing working capital needs and compromising a company's access to external financing. This affects competitiveness, reduces productivity, leads to redundancies, increases the likelihood of insolvencies and bankruptcies and is a critical barrier for growth. The damaging effects of late payments spread along supply chains, as the payment delay is often passed onto suppliers. Small and medium sized enterprises (SMEs), who rely on regular and predictable streams of cash, are heavily affected by those negative consequences. Late payment thus represents a problem for the Union economy because of its negative economic and social consequences*». Una afirmación que, por su gravedad y generalidad, viene a reconocer el fracaso del régimen legal instaurado por las Directivas del año 2000 y del año 2011.

En relación con esta última, el Considerando sexto de la Propuesta de Reglamento identifica determinadas deficiencias del sistema, muchas de ellas predicables también de la regulación propuesta en el año 2000: «*Directive 2011/7/EU of the European Parliament and of the Council lays down rules to combat late payment in commercial transactions. In 2019, the European Parliament identified several shortcomings of that Directive. The SME Strategy for a sustainable and digital Europe7 called for ensuring a 'late-payment-free' environment for SMEs and strengthening the enforcement of Directive 2011/7/EU. In 2021, the Fit for Future Platform highlighted critical issues in the implementation of that Directive in its opinion. The main shortcomings identified in these initiatives are related to: the ambiguous provisions on 'grossly unfair' regarding the deadlines for payment in business to business transactions (B2B), the unfair payment practices and the deadlines for the procedures of acceptance and verification; the flat fee compensation; the asymmetry of rules*

for payments terms between G2B and B2B transactions; the lack of a maximum payment term for commercial transactions in B2B transactions; the lack of monitoring of compliance and enforcement; the absence of tools to combat the asymmetries of information; as well as tools for creditors to take action against their debtors, and the lack of synergies with the public procurement framework».

Para corregir esas deficiencias, la Comisión propone ahora un Reglamento. Uno de los posibles actos jurídicos de la Unión que, conforme al artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea «tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro». Se propone, así, abandonar la homogeneización del régimen mediante Directivas, que conforme al mismo artículo 288 del Tratado, obligan «al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios».

Es posible que la opción por un Reglamento tenga como justificación el interés por embridar a los poderes públicos (y el reconocimiento implícito de que las Directivas promulgadas hasta la fecha han fracasado en ese intento). El Considerando 9 de la Propuesta reconoce que «*Public work contracts and building and engineering works are very often subject to excessively long payment terms and delays. Therefore, this Regulation should also apply to these activities*». Y esa constatación justifica una atención especial a ese tipo de contratos, expresamente mencionados en diversos artículos de la Propuesta. Siempre para dejar claro que los contratos del sector público no pueden escapar de la regulación. El artículo 4 de la Propuesta amplía esa obligación a los contratistas de la Administración, que deben probar ante la Administración adjudicante o concedente que pagan a sus subcontratistas en los plazos máximos legales.

La Propuesta prevé el establecimiento de un plazo de pago máximo de 30 días naturales, a contar desde la fecha de recepción de la factura, siempre que su emisión sea posterior a la recepción de las mercancías o la prestación del servicio adeudados (cfr. artículo 3.1 de la Propuesta). Ese plazo vincula a los deudores públicos y aplica también a los pagos debidos por el suministro de productos agrícolas y alimenticios no perecederos a los que se refiere la Directiva 2019/633, de 17 de abril de 2019, relativa a las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro agrícola y alimentario.

Los Estados miembros pueden establecer plazos más breves, generales o especiales. Solo pueden prever plazos más extensos, asociados a procesos previos de aceptación o revisión de la mercancía (tales como la compraventa a prueba o ensayo), cuando sea estrictamente necesario en atención a la naturaleza de los bienes o servicios (artículo 1.2 de la Propuesta), aunque esa ampliación no podrá superar otros 30 días naturales, que el artículo 1.3 de la Propuesta suma a los 30 días naturales en que debe efectuarse, como máximo, el pago. Fuera de esos supuestos, el plazo de pago es imperativo, su infracción da lugar a la nulidad de la cláusula contractual en que se haya acordado la ampliación y los Estados miembros solo pueden imponer plazos inferiores al perentorio e imperativo de 30 días que, con carácter general, impone la Propuesta de Reglamento (cfr. artículos 1.4 y 9).

Se excluyen de ese régimen, por quedar fuera del ámbito de aplicación de la Propuesta, los pagos debidos por contratos con consumidores, los debidos por indemnizaciones de daños y perjuicios, incluidos los que deban pagar las compañías se seguros (que en nuestro ordenamiento ya están sujetos a un régimen cualificado de mora en el artículo 20 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro), y los pagos efectuados en el marco de las operaciones de reestructuración

previstas en la Directiva 2019/1023, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva.

Fuera de esas exclusiones, la Propuesta prevé el cumplimiento obligado de los plazos de pago referidos por parte de empresas y poderes públicos europeos (artículo 1 de la Propuesta). El artículo 2.1 de la Propuesta define «empresa» como una organización, independientemente de su forma y forma de financiación, que ejerza de forma independiente una actividad económica o profesional. La definición, en los términos en que se propone, será, sin duda, controvertida, pues no menciona –y, por tanto, excluye- al empresario individual (en todas sus manifestaciones prácticas), expresamente referido hasta la fecha por la Directiva 2011/7.

La Propuesta es agresiva. Lo es tanto respecto a la libertad contractual, que supedita a un supuesto y abstracto funcionamiento correcto del mercado (de todo el mercado europeo), como respecto del funcionamiento del mercado mismo. Limitar la libertad de pacto de las partes para acordar el plazo de pago, limitar la libertad de los Estados para ajustar esos plazos a sus particularidades nacionales (las financieras, señaladamente) y suponer que todos los pagos del mercado interior europeo, con independencia de la naturaleza de la prestación ejecutada y de su cuantía, pueden satisfacerse en 30 días naturales, es algo que anuncia un enconado debate en el proceso de aprobación de esta Propuesta, que acaso de no pase de eso. Confiar en el acuerdo sobre un calendario de pagos (artículo 7 de la Propuesta) para dividir en plazos, cuyo pago debe realizarse en 30 días naturales, pagos de gran importe como única solución para aliviar a sus deudores es desconocer los costes de transacción de esa solución, su impacto financiero para ambas partes contratantes y sus riesgos evidentes en caso de concurso del deudor.

En la Propuesta se prevén dos tipos de interés de referencia para el interés de demora, legal y de devengo automático y ciertamente elevado (como lo ha sido hasta ahora). El artículo 6 de la Propuesta suma 8 puntos porcentuales al tipo de interés que escogen los Estados miembros de entre el aplicado por el Banco Central Europeo a sus principales operaciones de refinanciación o el tipo de interés marginal resultante de procedimiento de licitación a tipo variable para las operaciones principales de refinanciación del Banco Central Europeo. La Propuesta no especifica si la opción de los Estados ha de ser única o pueden acoger ambas referencias para diferentes tipos de contratos o deudores. En todo caso, se excluye expresamente el pacto contractual sobre el tipo de interés, que pasa a ser claramente imperativo, en cualquiera de las opciones indicadas. El artículo 8 de la Propuesta, por su parte, incrementa la compensación a tanto alzado por los costes de cobro a 50 euros por cada operación comercial impagada.

Con todo, lo más llamativo de la Propuesta y lo que evidencia en mayor medida su alejamiento de los postulados tradicionales del derecho privado, está en su artículo 14. Conforme a él, la Autoridad de Ejecución que cada Estado miembro estará obligado a constituir habrá de estar dotada de la potestad inspectora y de potestad sancionadora para imponer multas y sanciones por las infracciones de la regulación que se propone. También para imponer medidas de cesación. Los Estados miembros, a ese efecto, habrán de establecer un régimen de sanciones. Un sistema que, de aprobarse en los términos en que se propone, dará lugar a una suerte de combinación entre «aplicación pública» y «aplicación privada» del derecho de la morosidad en las operaciones comerciales.

Carlos Gómez Ligüerre

InDret

4.2023

Falta de transparencia de la cláusula sobre el precio en los contratos de servicios jurídicos y sus consecuencias en las relaciones de consumo

María Teresa Alonso Pérez
Catedrática de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

Sumario

En este trabajo se analizan, siguiendo la pauta marcada por la STJUE de 12 de enero de 2023, las consecuencias de la falta de transparencia de la cláusula relativa al precio en un contrato de servicios jurídicos. Se analiza la posibilidad de que tal patología conlleve, en determinados casos, la nulidad del contrato y que, en consecuencia, el abogado pierda su derecho a cobrar los honorarios por el trabajo efectivamente realizado. Esta postura contravendría la doctrina que sobre la indeterminación del precio se ha venido sosteniendo en relación a los contratos de servicios en general, conforme a la cual la falta de concreción del precio no debe acarrear necesariamente la nulidad del contrato. Se propone, por tanto, una revisión de dicha doctrina para cuando la relación pueda calificarse de contrato de consumo debido a que en este sector de la contratación el principio de transparencia debe ser prioritario. Por otro lado, se contraponen los remedios que, para la falta de transparencia, proponen el artículo 65 y el artículo 83.2, ambos del TRLGDCU.

Abstract

In this paper, following the guideline established by the STJUE of January 12, 2023, the consequences of the lack of transparency of the clause related to the price in a contract for legal services provided by lawyers are analysed. The possibility that such pathology leads, in certain cases, to the nullity of the contract and that, consequently, the lawyer loses his right to collect the fees for the work actually done is analyzed. This position would contravene the doctrine on the indeterminacy of the price has been held in relation to service contracts in general, according to which the lack of specification of the price should not lead to the nullity of the contract. Therefore, a review of said doctrine is proposed for when the relationship can be classified as a consumer contract because in this contracting sector the principle of transparency must be a priority. On the other hand, the remedies proposed by article 65 and article 83.2 both of the TRLGDCU for the lack of transparency are in conflict.

Title: *Lack of transparency of the clause related to the price in contracts for legal services with consumer and its consequences*

Palabras clave: Derecho del consumo, Consumidores, Nulidad, Precio, Contratos de servicios jurídicos, Transparencia, Abusividad.
Keywords: *Consumer law, Consumers, Nullity, Price, Lawyers, Transparency, Unfair terms.*
-
DOI: 10.31009/InDret.2023.i4.01

InDret

4.2023

Recepción
11/07/2023
-
Aceptación
06/09/2023
-

Índice

-

1. ***Planteamiento***
2. ***La doctrina general sobre la indeterminación del precio de los contratos de servicios***
3. ***La STJUE de 12 de enero de 2023, D.V. y M. A., número recurso C-3951/21***
4. ***La catalogación de algunas de las relaciones contractuales que celebran los abogados para la prestación de sus servicios como contratos de consumo***
5. ***El principio de transparencia***
5.1. La normativa que impone la obligación de transparencia de las cláusulas sobre el precio en los contratos de servicios jurídicos
a. En las normas sectoriales de la profesión
b. En la normativa reguladora de las relaciones de consumo
5.2. Cláusulas de fijación de los honorarios del abogado que pueden adolecer de falta de transparencia
a. Patrón tarifa/hora
b. La remisión a los baremos de honorarios aprobados por los Colegios de Abogados
6. ***El posible carácter abusivo de la cláusula que fija los criterios de determinación del precio de los servicios jurídicos***
7. ***Las consecuencias jurídicas anudadas a la falta de transparencia de la cláusula sobre el precio por la STJUE de 12 de enero de 2023 y su posible traslación al D*****erecho español**
7.1. La solución drástica: el abogado pierde el derecho a los honorarios como consecuencia de la nulidad del contrato
7.2. Matizaciones a la solución anterior
a. Si la nulidad puede causar un perjuicio al consumidor
b. Sustitución de la cláusula sobre el precio no transparente por una norma de Derecho nacional de carácter supletorio: ¿los baremos de honorarios?
7.3. ¿Cabría la aplicación del artículo 65 del TRLGDCU? La alternativa entre la integración del contrato y su nulidad
8. ***Conclusiones***
9. ***Bibliografía***
10. ***Jurisprudencia***

-

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

1. Planteamiento

Una serie de recientes sentencias nacionales y europeas han sacado a la palestra la cuestión de los honorarios de los abogados: por un lado, las tres sentencias de la Sala de lo contencioso del Tribunal Supremo sobre los baremos elaborados por los colegios profesionales de Las Palmas, Madrid y Guadalajara - 1684/2022, 1749/ 2022 y 1751/2022 respectivamente[1]- y, por otro lado, la STJUE de 12 de enero de 2023[2] que trata de la posible ilicitud de la fijación del precio de los servicios jurídicos en base a un patrón que responde a una tarifa por hora aplicada a la efectiva prestación del servicio. Estos pronunciamientos jurisprudenciales pueden conllevar cambios importantes en la práctica profesional y, en cualquier caso, ofrecen nuevas perspectivas desde las que analizar las cuestiones referidas a los honorarios de los abogados.

Estas sentencias revelan cómo la fijación del precio de los servicios jurídicos suscita una serie de cuestiones que presentan una doble vertiente ya que, además de las dificultades que puede comportar la obligatoriedad de su determinación en la fase previa a la perfección del contrato, ha sido muy controvertida la existencia de baremos de honorarios aprobados por los Colegios profesionales en torno a los que se organiza la profesión. Ambas cuestiones están relacionadas, pero operan en planos diferentes: desde la perspectiva puramente contractual debe analizarse la dificultad de fijación de los honorarios profesionales en la fase previa a la conclusión del contrato y las patologías que puede suscitar tal circunstancia en relación con el respeto al principio de transparencia, amén de que la cláusula del contrato referida al precio de los servicios debe estudiarse desde el prisma de su posible carácter abusivo cuando se trata de contratos de consumo; en un segundo plano, la existencia de baremos y tarifas puede resultar controvertida desde la perspectiva del Derecho de la competencia.

En este estudio me voy a centrar en la vertiente contractual que es la que analiza la reciente STJUE de 12 de enero de 2023 que se resuelve atendiendo los principios que rigen la normativa tuitiva de los consumidores, pues la relación sobre la que versa este pronunciamiento puede calificarse como contrato de consumo. Empezaré estudiando la doctrina sobre la determinación del precio en relación a los contratos de servicios en general y, particularmente, de los jurídicos (2) para, después de hacer una sinopsis de la STJUE de 12 de enero de 2023 que voy a usar como hilo conductor del discurso (3), pasar a explicar cómo la prestación de algunos de estos servicios se articula jurídicamente a través de contratos de consumo, lo que justifica que se analicen desde la perspectiva de la normativa protectora de los intereses de los consumidores (4). Ubicada la cuestión en dicho plano, pasaré a estudiar los dos grandes ejes en torno a los que gira la problemática que puede suscitar la fijación del precio de los servicios jurídicos y que son el respeto de las normas que regulan el principio de transparencia en la contratación (5) y el posible carácter abusivo de la cláusula relativa a los honorarios (6). Finalmente, haré referencia a las consecuencias que pueden derivarse de las patologías referidas derivadas tanto de la falta de transparencia del contrato sobre el precio de los servicios como del posible carácter abusivo de

[1] STS – Sala de lo Contencioso- 1684/2022, de 19 de diciembre de 2022 ROJ: STS 4841/2022 ECLI:ES:TS:2022:4841. STS – Sala de lo Contencioso- 1751/2022 de 23 de diciembre de 2022 ROJ: STS 4946/2022 ECLI:ES:TS:2022:4946. STS – Sala de lo Contencioso- 1749/2022 de 23 de diciembre de 2022 ROJ: STS 4846/2022. ECLI:ES:TS: 2022:4846. De estas sentencias me ocupo en el apartado 5.2.2 de este mismo artículo.

[2] STJUE de 12 de enero de 2023, D.V. y M.A., número recurso C-395/21 -ECLI:EU:C:2023:14-.

las cláusulas atinentes al mismo (7). Finalizaré el estudio aportando unas reflexiones finales a modo de conclusión (8).

2. La doctrina general sobre la indeterminación del precio de los contratos de servicios

El artículo 1261 del Código civil establece el «objeto cierto que sea materia del contrato» como uno de los requisitos de validez de los contratos. Esto implica que las partes, en el momento de perfección del contrato, deben haber llegado a un acuerdo sobre su objeto u objetos los cuales deben, en ese preciso momento, estar determinados o, en su caso, ser determinables, esto es, deben poderse concretar a posteriori sin necesidad de que las partes tengan que volver a ponerse de acuerdo.

En los contratos onerosos, el precio que debe pagarse como contraprestación por el bien o servicio adquirido es uno de los objetos del contrato y, en consecuencia, debe estar fijado en el momento en el que éste se perfecciona. En caso contrario, la consecuencia sería la nulidad del contrato por faltar uno de sus requisitos esenciales. No obstante, esta doctrina general se matiza en relación a los contratos de servicios, donde puede ser difícil concretar el servicio a prestar cuando sólo se compromete la realización diligente de una actividad (el prestador asume una obligación de medios) y, consecuentemente, puede ser complicado precisar el precio a pagar por el servicio antes de que éste se preste o ejecute.

En este sentido se ha venido sosteniendo por los autores, entre los que me encuentro, que en estos casos la falta de fijación del precio no debe acarrear la nulidad del contrato por indeterminación del objeto, sino que debe entenderse que el silencio sobre el precio supondría una remisión implícita a los usos y prácticas profesionales para que su concreción se haga conforme al valor de mercado de los servicios prestados. Esto supone que, en la práctica, es el profesional el que fija sus honorarios a la vista de las concretas actuaciones que debe llevar a cabo o que ya ha ejecutado, habida cuenta de que su conocimiento de los usos y prácticas de la profesión se extiende al valor de mercado de los servicios efectivamente prestados [3]. En caso de que el cliente no esté de acuerdo puede requerir al Juez para que proceda a la interpretación del contrato y a la fijación del precio conforme a los usos a los que se han remitido las partes.

Esta doctrina que se viene sosteniendo en relación a los contratos de servicios en general está presente en la jurisprudencia relativa a los contratos de prestación de servicios jurídicos en particular[4], además ha tenido su reflejo en algunas propuestas –nacionales y europeas[5] - de

[3] *Vid*. por todos ALONSO PÉREZ, *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos,* Marcial Pons, Barcelona, 1997, pp. 440 ss.

[4] *Vid*. en este sentido SSTS- Sala Civil- de 16 de febrero de 2007 (RJ 2007/688), más recientemente, la STS 24 de febrero de 2020 (RJ 2020/486). Entre la jurisprudencia menor pueden referirse los siguientes pronunciamientos: SAP LA Rioja 23 de julio de 2007 (JUR 2007/336305). También la SAP Ciudad Real 15 de febrero de 2018 (JUR 2018/117282), SAP Barcelona 23 de mayo de 2018 (JUR 2018/163789), SAP Sevilla 29 de junio de 2018 (JUR 2018/256436) y la SAP Málaga 20 de septiembre de 2018 (JUR 2018/84436).

[5] *Vid*. el artículo 1582 de la Propuesta relativa a los contratos de servicios de la Comisión General de Codificación, la cual se remite a los usos o al valor de mercado en el momento de celebrarse el contrato. *Cfr* https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430803174-Contrato_de_servicios.PDF. También el art. 1:102 *Principles of European Law on Service Contract* dice que cuando en el contrato no se concrete el precio o el método de su determinación, se aplicará el precio de mercado en el momento de conclusión del contrato. Este precepto se recoge más tarde en el Marco Común de Referencia: art

regulación de alcance general de los contratos de servicios, pero debe reconocerse que casa mal con los más elementales principios en que se asientan las normas de protección de consumidores. Y, si bien, hasta hace relativamente poco tiempo no se habían planteado problemas en relación a los contratos de servicios jurídicos en lo atinente a este punto, se puede apreciar cómo el efecto expansivo de este sector del Ordenamiento jurídico que opera como mecanismo de renovación de todo el Derecho de obligaciones y contratos, hace que se afirme cada vez con mayor rotundidad la necesidad de la determinación del precio de los servicios jurídicos en la fase precontractual.

La reciente STJUE de 12 de enero de 2023, D.V. y M.A., número recurso C-3951/21 - ECLI:EU:C:2023:14 - es quizás la ocasión en la que más descarnadamente se plantea y resuelve este problema, pudiendo afirmarse que esta resolución debería suponer un punto de inflexión en la materia porque lleva a sus últimas consecuencias el hecho de que el precio de los servicios prestados por los abogados - o los criterios que permiten su determinación posterior - no se fije ni antes de contratar con sus clientes ni en el momento en que se perfecciona la relación, contemplando la posibilidad de que los profesionales pierdan el derecho a cobrar sus honorarios si la determinación del precio o los criterios que se establecen para su concreción posterior no respetan las normas de protección de consumidores. Puede decirse, por tanto, que esta sentencia supone un contrapunto a las opiniones de la doctrina y a los pronunciamientos jurisprudenciales que hasta ahora se han venido sosteniendo, aunque es cierto que, de momento, sólo se cuestiona dicha doctrina para las relaciones de consumo que es sobre las que se vierte este pronunciamiento. Debido a la importancia que, por ese motivo, reviste esta sentencia para el ejercicio de la profesión de abogado es importante analizarla y discurrir sobre su fundamentación.

3. La STJUE de 12 de enero de 2023, D.V. y M. A., número recurso C-3951/21

La sentencia se origina en relación a un contrato de prestación de servicios entre un particular (MA) y un abogado (DV) que puede calificarse de relación de consumo; el precio se fija en una cantidad (100 euros) por cada hora de consulta o de prestación de servicios jurídicos proporcionados al cliente. El cliente abonó anticipos de 5600 euros y, posteriormente, el abogado le reclama en juicio el pago de 9900 euros, 194,30 euros por gastos y los intereses al 5% a partir de la fecha de la demanda.

El Juzgado que resolvió el litigio en primera instancia consideró que se habían prestado servicios por valor de 12.900 euros y estimó parcialmente la demanda considerando que los honorarios reclamados eran excesivos y los redujo a la mitad, fijándolos en 6450 euros; según la sentencia el consumidor debía pagar 1044,33 euros teniendo en cuenta los anticipos efectuados. El recurso interpuesto contra la sentencia primeramente dictada por el profesional de la abogacía es desestimado. Es al resolver el recurso interpuesto por el abogado contra la segunda sentencia, cuando el tribunal superior del país plantea al TJUE la cuestión prejudicial que da origen a esta sentencia y que se concreta en una serie de cuestiones referidas a la exigencia de transparencia de las cláusulas referentes al objeto principal del contrato y a los efectos de la declaración del carácter abusivo de la cláusula que fija el precio de los servicios.

IV.C.- 2:101. DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE: Book IV, Specific contracts and the rights and obligations arising from them. Part C. Services. Accesible en https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf.

La fundamentación de la sentencia gira en torno a si, en los contratos de servicios de profesionales de la abogacía, puede entrar a valorarse el carácter abusivo de la cláusula que fija el precio, que es uno de los objetos principales del contrato; las dudas se suscitan al hilo de lo previsto en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, conforme al cual no sería viable dicha posibilidad salvo que dicha cláusula adoleciera de falta de transparencia. En el caso de que la cláusula sobre el precio adoleciera de falta de transparencia y fuera declarada nula por ser abusiva, la sentencia se pronuncia sobre los efectos que tal nulidad debe tener sobre la relación contractual.

La primera cuestión prejudicial planteada y que aborda este pronunciamiento versa sobre si debe entenderse incluido en la referencia que hace el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 al «objeto principal del contrato» una cláusula de un contrato de servicios de abogados que no ha sido objeto de negociación individual y que fija el precio de los servicios según el principio de tarifa por hora. El TJUE (34) responde afirmativamente en base a que se entiende que define la esencia misma de la relación, lo cual es independiente de que la cláusula se haya negociado individualmente o no.

Las cuestiones segunda y tercera sobre las que trata la sentencia se refieren a si responde a las exigencias de transparencia del art 4.2 de la Directiva 93/13 la fijación del precio según tarifa/hora sin incluir más precisiones; si se entiende que la respuesta es negativa se consulta acerca de la información que debe suministrarse al consumidor si es imposible prever el número de horas necesarias para prestar el servicio y si la falta de información puede compensarse durante la ejecución del contrato. El Tribunal responde (45) diciendo que esta cláusula no se ajusta a los parámetros de redacción clara y comprensible si no se comunica al consumidor antes de la celebración del contrato la información que le permita conocer las consecuencias económicas del mismo y que le permitan tomar su decisión con prudencia y con pleno conocimiento. El Tribunal dice que es necesario conocer el número aproximado de horas.

En cuarto lugar, se cuestiona si esa cláusula debe considerarse abusiva por el mero hecho de no ser transparente. El TJUE niega tal consideración, entendiendo que no cabe afirmar la abusividad de una cláusula sobre el objeto del contrato por el mero hecho de no ser transparente, excepto que el Estado miembro considere que efectivamente la falta de transparencia determina el carácter abusivo de la cláusula, como ocurre en el Derecho lituano sobre el que versa el conflicto. Por último, en quinto y sexto lugar, se plantea la cuestión de los efectos de la nulidad de la cláusula en caso de que se declare abusiva. Se trata, en definitiva, de concretar si el profesional de la abogacía debe quedarse sin cobrar sus honorarios o si el Tribunal nacional puede aplicar una disposición nacional relativa a la tarifa de los servicios jurídicos o puede fijar el importe de la remuneración que considere razonable por la prestación de los servicios. El TJUE (68), en este punto, considera que, en caso de que el contrato no pueda subsistir por la anulación de la cláusula referida al precio, el juez nacional pueda determinar que el profesional no perciba remuneración alguna. Si tal determinación causa perjuicios al consumidor, el juez nacional puede sustituir la cláusula por una disposición nacional de carácter supletorio o aplicable en caso de acuerdo entre las partes, pero en ningún caso puede sustituirse la cláusula abusiva anulada por una estimación judicial del importe de la remuneración adeudada, para no eliminar de este modo el efecto disuasorio que tiene el hecho de que esas cláusulas puedan ser anuladas y quedarse el profesional sin retribución.

La posibilidad que abre esta sentencia de que los abogados puedan perder su derecho a la retribución es por lo que creo que esta sentencia marca un hito en la materia. En efecto, supone valorar la posibilidad de que la fijación del precio de manera que no se respeten los parámetros que las normas reguladoras de la transparencia marcan determine la nulidad del contrato y, en consecuencia, que los abogados pierdan el derecho a la retribución por los servicios efectivamente ejecutados. Como he dicho más arriba, esto se opone a la doctrina que se sostiene con carácter general sobre este punto que, quizás, deba ser revisada cuando nos encontramos ante relaciones de consumo.

4. La catalogación de algunas de las relaciones contractuales que celebran los abogados para la prestación de sus servicios como contratos de consumo

En principio las relaciones contractuales que los abogados celebran con sus clientes se rigen por el Código civil y por las normas específicas de la profesión que son el Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española (en adelante, EGA) y el Código deontológico, aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española el 6 de marzo de 2019. Estas normas específicas pasan a integrar el contrato por aplicación del artículo 1258 del Código civil[6]. Además, si las relaciones que entablan con sus clientes para la prestación de sus servicios pueden calificarse de contratos de consumo les serán aplicables también las normas del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGDCU).

El artículo 2 del TRLGDCU dispone que dicha norma «será de aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios». Esto implica que deberemos analizar si el abogado tiene la condición de empresario a los efectos de aplicación de esta norma y, por otro lado, si en su cliente recae la condición de consumidor o usuario requerida.

En primer lugar, tendremos que valorar si el abogado puede considerarse «empresario» en el sentido expresado por el artículo 4 del TRLGDCU.

Una interpretación literal del precepto parece conducirnos a la conclusión de que el apelativo de empresario a los efectos de esta Ley hace referencia, además de a los empresarios y comerciantes en sentido estricto, a cualquier sujeto que actúe en el ejercicio de su profesión y, por lo tanto, incluye también a los que se dedican a la prestación de servicios jurídicos. Además, cualquier duda que pudiera existir al respecto queda disipada por la interpretación realizada por la jurisprudencia tanto comunitaria como nacional sobre las actividades que deben quedar acogidas dentro del ámbito de protección del consumidor. Así, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) en sentencia de 15 de enero de 2.015[7] resuelve la cuestión prejudicial planteada por un Tribunal lituano sobre si debe aplicarse la legislación sobre consumidores y usuarios a un contrato de servicios jurídicos suscrito entre un abogado y su cliente, señalando que «los abogados tienen un alto nivel de competencias técnicas que los consumidores no poseen

[6] CRESPO MORA, *La prestación de servicios jurídicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 90 ss.; MATE SATUÉ, *La configuración del daño y su relación con el nexo causal en la responsabilidad civil del abogado*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 95.

[7] STJUE de 15 de enero de 2.015, caso Siba. Asunto C-537/13. (ECLI: EU:C: 2015:14).

necesariamente de modo que éstos pueden tener dificultades para apreciar la calidad de los servicios que se les prestan». En ese sentido entiende el Tribunal que el abogado que presta en ejercicio de su actividad profesional un servicio a título oneroso a favor de una persona física –en el caso español, deberíamos añadir «o persona jurídica o entidad sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro»- que interviene con fines privados es un profesional en el sentido de la Directiva 93/13 reguladora de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores y usuarios. Y, por tanto, puede inferirse que también lo es a efectos de aplicación del TRLGDCU.

En definitiva, el TRLGDCU ha preferido utilizar el término «empresario» pero, dentro de dicho término, deben entenderse incluidos también los profesionales[8] y, más concretamente, los profesionales que prestan servicios jurídicos, más precisamente aún los abogados.

Para que la relación contractual pueda ser calificada como relación de consumo, el cliente debe encajar en la definición que de consumidor proporciona el artículo 3 del TRLGDCU, según el cual aquel debe actuar al margen de una actividad empresarial o profesional, es decir, debe actuar, si es persona física, como un particular; y si es persona jurídica o entidad sin personalidad jurídica, debe hacerlo sin ánimo de lucro y en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial. En consecuencia, quedarían fuera del alcance de la legislación de consumo todas las relaciones contractuales entabladas entre el abogado y su cliente cuando éste es una persona jurídica con ánimo de lucro o una persona física - empresario o profesional - que utilizan el servicio prestado por aquél con un fin ligado a su actividad empresarial o profesional[9].

Por lo hasta aquí dicho puede afirmarse que tendrán la consideración de relaciones de consumo las entabladas por abogados que prestan sus servicios jurídicos a personas físicas que actúen al margen de una actividad empresarial o profesional o a personas jurídicas o entidades sin personalidad jurídica que carezcan de ánimo de lucro. Así lo han entendido también los Tribunales pudiendo citarse, además de la STJUE ya referida, otras sentencias de Tribunales patrios que aplican la normativa de consumo a los abogados, destacando, entre todas, la sentencia 203/2011 del Tribunal Supremo de 8 de abril[10] y la sentencia 121/2020 del Tribunal Supremo[11]. También la doctrina más especializada conviene en ello[12].

---

[8] *Vid*. VILLANUEVA LUPIÓN, *El servicio como objeto de tráfico jurídico*, La Ley, Madrid, 2009, p. 201.

[9] La definición de consumidor recogida en el TRLGDCU proviene de las Directivas comunitarias sobre protección de los consumidores si bien con alguna diferencia importante como es la admisión del concepto de consumidor para las personas jurídicas y las entidades sin ánimo de lucro. De esta manera, en la legislación española quedarían amparados como consumidores, por ejemplo, las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal, la Cruz Roja u otras asociaciones que carezcan de ánimo de lucro. *Vid*. CÁMARA LAPUENTE, «Comentarios al artículo 3 del TRLGDCU» en *Comentarios a las normas de protección de consumidores*, Colex, Madrid, 2011, pp. 103 ss. y del mismo autor «Conceptos de consumidor y usuario y de persona consumidora vulnerable», *Comentarios al texto refundido de consumidores y usuarios,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 103 ss.

[10] *Vid*. SSTS de 8 de abril de 2011 (RJ 2011/3153). Entre las sentencias de las Audiencias Provinciales: la sentencia 278/16 de 19 de septiembre de la Audiencia Provincial de Zaragoza (JUR 2016\225950), sentencia 124/2015 de 8 de mayo de la Audiencia Provincial de Valencia (JUR 2015\273151), sentencia 99/13 de 11 de marzo de la Audiencia Provincial de Salamanca (JUR 2013\136478), entre otras muchas. Y, por último, la STJUE de 15 de enero de 2015 -asunto c-537/13- (TJCE 2015/5).

[11] Sentencia 121/2020 del Tribunal Supremo, de 24 de febrero, -Sala de lo Civil (RJ 2020/486) ECLI:ES:TS:2020:504.

[12] *Vid*. CRESPO MORA, «La protección del consumidor de servicios jurídicos», *Revista de Derecho Civil*, vol. 8, núm. 1 (enero-marzo), 2021, pp. 93-145. También MATE SATUÉ, *La protección de los consumidores en los contratos de servicios jurídicos*, Reus, 2021. En el mismo sentido *vid*. ALONSO PÉREZ/CALDUCH GARGALLO, «La aplicabilidad de la

De modo que hay que distinguir dos esferas posibles de regulación de los contratos que celebran los abogados para la prestación de sus servicios: por un lado, las relaciones de consumo a las que se aplican, además del Código civil, las normas del TRLGDCU y las normas específicas de la profesión - EGA y Código deontológico -, mientras que, por otro lado, a los contratos que no son de consumo no les serán de aplicación las normas de protección de consumidores y deben entenderse reguladas por el Código civil y por las normas sectoriales de la profesión referidas.

5. El principio de transparencia

El principio de transparencia en la contratación inspira muchas de las normas protectoras de los consumidores y, concretamente, las que obligan a proporcionar al consumidor determinada información en el período previo a la perfección del contrato. La razón de que la información deba suministrarse en la fase precontractual es que en ese preciso momento el consumidor puede valorar si le conviene contratar a la vista de las consecuencias jurídicas y económicas que dicha relación conlleva. La sentencia de referencia insiste (apdo. 39) en que debe proporcionarse al consumidor información sobre este extremo *antes de la celebración del contrato*, es decir, en la fase precontractual.

Pero la transparencia no sólo es relevante en las relaciones de consumo, también lo es en las que no lo son. El contratante en cualquier caso debe consentir de manera consciente, lo que implica que su voluntad debe estar libre de vicios que puedan conllevar la anulación del contrato. Este principio se ha desarrollado normativamente más en materia de consumo porque el consumidor precisa de mayor protección al encontrarse en una relación asimétrica frente a su contraparte que es un profesional, pero la misma finalidad tienen las normas del Código civil sobre vicios del consentimiento y no es otra que la formación de una voluntad consciente y libre por parte de los contratantes.

5.1. La normativa que impone la obligación de transparencia de las cláusulas sobre el precio en los contratos de servicios jurídicos

Siendo la transparencia un principio que, como digo, debe regir la contratación con carácter general, puede comprobarse que, con carácter específico y en relación a los contratos de servicios jurídicos también se impone la obligación de transparencia.

a. *En las normas sectoriales de la profesión*

Así se deduce de las normas sectoriales de la profesión, las cuales integran el contrato en base al artículo 1258 del Código civil y, además, son aplicables con independencia de la cualidad del sujeto con el que contrata el abogado, es decir, no sólo rigen las relaciones de consumo, sino también aquellos contratos en los que los profesionales se comprometen a prestar servicios a empresas y a otros profesionales.

Estas normas sectoriales son muy estrictas en lo atinente a la necesaria determinación del precio. Concretamente, el artículo 48.4 del Estatuto de la Abogacía (Real Decreto 135/2021) dispone que:

normativa sobre cláusulas abusivas a los contratos de servicios jurídicos», *Revista de Derecho Privado*, núm. 104, mes 1, 2020, pp. 3-20.

«Asimismo, le informará sobre los honorarios y costes de su actuación, mediante la presentación de la hoja de encargo o medio equivalente. También le hará saber las consecuencias que puede tener una condena en costas y su cuantía aproximada».

Por su parte, el artículo 15 c) del Código de deontología indica que, en caso de que se suscriba una hoja de encargo profesional, debe hacerse constar el precio por el servicio y, en caso de no ser posible su determinación, deben sentarse las bases que servirán para su determinación.

De donde cabe colegir que, si bien el Estatuto de la Abogacía exige la determinación de los honorarios en la hoja de encargo sin incorporar ninguna matización relativa a la imposibilidad de su fijación antes de la ejecución del servicio, el Código de deontología sí contempla esta posible incidencia estableciendo que deben proporcionarse los criterios que se aplicarán para su determinación.

Por otro lado, las hojas de encargo se formalizan en el momento de perfeccionarse el contrato, de modo que estas normas están exigiendo que la información sobre el precio o sobre los criterios que van a permitir su determinación se suministre en la fase precontractual.

Por lo tanto, el profesional de la abogacía está obligado a precisar los honorarios o los criterios que van a permitir su posterior cuantificación con independencia de la cualidad del prestatario de los servicios, es decir, con independencia de que éste sea empresario o consumidor.

Sin embargo, esta normativa sectorial de la profesión que obliga a la transparencia sobre el precio del contrato no dispone cuál debe ser la consecuencia de su infracción, para lo cual debemos remitirnos en principio a la doctrina que ya he explicado que sostiene que la indeterminación del precio no acarrea necesariamente la nulidad del contrato.

b. *En la normativa reguladora de las relaciones de consumo*

Cuando la relación concertada por el abogado para la prestación de sus servicios puede calificarse de contrato de consumo debido a la cualidad del prestatario de sus servicios debe tenerse en cuenta, además de las normas sectoriales de la profesión antes referidas, las normas aplicables a este sector de la contratación.

Entre las normas que obligan a proporcionar información en la fase precontractual se encuentran las de alcance general en materia de consumo que son el artículo 20 del TRLGDCU, referido a las comunicaciones comerciales previas a la perfección del contrato, y el artículo 60 del TRLGDCU, que versa sobre la información precontractual una vez que los potenciales contratantes han contactado. Ambas normas incluyen el precio entre los datos que deben suministrarse al consumidor antes de contratar y, además, contemplan la posibilidad de que no sea posible fijarlo con exactitud, en cuyo caso el artículo 20 del TRLGDCU dispone que deberá informarse sobre la base de cálculo que permita al consumidor o usuario comprobar el precio, y el artículo 60. 2.c) especifica que, en tal caso, deberá informarse de la forma en que va a fijarse el precio.

De modo que, cuando la relación pueda calificarse de contrato de consumo y no sea posible precisar la cuantía del precio en las comunicaciones comerciales o en la fase precontractual en que el profesional y su cliente ya han entrado en contacto, puede informarse a este último de

manera clara, comprensible y accesible sobre dicho extremo proporcionándole los criterios que ayudarán a fijarlo una vez se haya ejecutado el servicio.

Las normas de consumo van más lejos que las sectoriales de la profesión y establecen las consecuencias que deben atribuirse a la falta de transparencia y regulan la cuestión en dos preceptos atribuyendo consecuencias distintas e incompatibles. Por un lado, el artículo 65 del TRLGDCU opta por la integración del contrato: «Los contratos con los consumidores y usuarios se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante».

Mientras que, por su parte, el artículo 83.2 del TRLGDCU dispone la nulidad de la cláusula que adolezca de falta de transparencia diciendo: «Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho».

Dejo aquí planteada esta cuestión sobre la incompatibilidad de las normas reproducidas que regulan los efectos de la falta de transparencia de las cláusulas de un contrato de consumo y la retomaré más adelante, concretamente en el apartado 7.3, después de exponer en qué casos puede entenderse que la cláusula referida al precio de los servicios jurídicos no es transparente, además de analizar en qué casos puede tener carácter abusivo.

5.2. Cláusulas de fijación de los honorarios del abogado que pueden adolecer de falta de transparencia

La cláusula referida al precio no suscita ningún problema de transparencia cuando los honorarios quedan fijados en el momento de perfeccionarse el contrato en una cantidad precisa y determinada de dinero. Debe equipararse a dicho supuesto el caso en que la cuantía de los honorarios no puede generar controversia porque en la hoja de encargo se prevén todas las posibles incidencias del servicio (solicitud de pruebas, posibles recursos, comparecencias, etcétera) y se concreta un precio para cada una de las actuaciones que el profesional pueda considerar necesario activar; en tal caso, bastaría con informar al consumidor de la realización de dichas actuaciones.

Descartado, por tanto, el supuesto mencionado como posible foco de problemas relacionados con la transparencia, el análisis de esta patología se reduce a cuando la cláusula relativa al precio consiste en la concreción de los criterios que van a permitir determinarlo una vez prestado el servicio. Este es el caso de la STJUE de 12 de enero de 2023 en el que el precio se había concretado en base a un patrón tarifa/hora y también el caso en el que se establece que el precio se fijará en base a los baremos orientativos elaborados por los Colegios profesionales.

a. *Patrón tarifa/hora*

En relación a los criterios de determinación del precio con posterioridad a la perfección del contrato y, en su caso, a la efectiva prestación de los servicios, la STJUE de 12 de enero de 2023 menciona la dificultad de fijar de antemano el montante final de los servicios y atiende a que deben comunicarse al consumidor las posibles incidencias, así como la duración de la prestación, es decir, que deben incluirse en la cláusula referencias que, en la fase precontractual o de perfección del contrato, permitan al consumidor hacerse una idea aproximada del coste de los

servicios. En este caso se había informado al cliente de que el método de determinación del precio consistía en la aplicación de una tarifa (100 euros) por cada hora de trabajo desarrollada por el profesional para resolver el asunto.

El TJUE en esta sentencia (apdos. 37 y 38) considera que es el Tribunal nacional el que debe plantearse si la forma de fijación del precio (en el caso concreto era tarifa/hora) permite afirmar que esa cláusula se ha redactado de manera clara y comprensible, en definitiva, si la cláusula permite al consumidor valorar las consecuencias económicas que se derivan para él de dicho contrato y si le conviene.

Pero la propia sentencia no deja – como debería haber hecho – el análisis de esta cuestión a los Tribunales nacionales que habían planteado la cuestión prejudicial, y les «ayuda» considerando que el criterio de tarifa/hora no es suficiente y contravendría el principio de transparencia; entiende el Tribunal que en el contrato debería haberse fijado un mínimo de horas, así como haber proporcionado informes periódicos acerca del tiempo de trabajo que se iba invirtiendo en la ejecución del servicio (apdo. 44). El TJUE entiende que se trata de una cláusula que vulnera el principio de transparencia.

Y es que, en efecto, dicha forma de fijación del precio implicaría un defecto de transparencia material, en cuanto que no permite al consumidor conocer, ni siquiera aproximadamente, el coste total del servicio porque falta el dato de las horas que deben invertirse en la prestación correcta del servicio; la falta de ese dato también le impide comparar posibles ofertas. De modo que coincido con la STJUE en el sentido de que dicha cláusula no era transparente desde un punto de vista material[13].

b. *La remisión a los baremos de honorarios aprobados por los Colegios de Abogados*

Voy a ir un poco más lejos de lo que la cuestión prejudicial que origina esta sentencia permite al propio TJUE analizando si la determinación del precio de los servicios jurídicos puede hacerse por remisión a los baremos de honorarios elaborados en el seno de los Colegios de Abogados.

En este sentido, las recientes sentencias de la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Supremo 1684/2022, 1749/ 2022 y 1751/2022 despejan cualquier duda al respecto. Estas sentencias resuelven un procedimiento judicial por el que los Colegios de abogados de Las Palmas, Madrid y Guadalajara respectivamente recurren las sanciones que les había impuesto la Comisión Nacional del Mercado y de la Competencia por la existencia y difusión de los criterios orientativos de honorarios que habían elaborado.

El artículo 14 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales prohíbe la elaboración de cualquier recomendación sobre honorarios profesionales, a excepción de lo previsto en la Disposición Adicional 4ª que admite estos criterios orientativos a los exclusivos efectos de la tasación de costas y de la jura de cuentas de los abogados, extendiéndolo también a los supuestos de asistencia jurídica gratuita. Estos preceptos son interpretados por las sentencias más arriba referidas en el sentido de que la prohibición del artículo 14 de la Ley 2/1974 constituye una regla de alcance general, impidiendo el establecimiento de baremos, catálogos o

[13] En contra, CRESPO MORA, «La protección del consumidor de servicios jurídicos», *op.cit*.

indicaciones concretas que conduzcan tanto a una cuantificación de los honorarios como a recomendaciones que no alcancen tal grado de concreción. Mientras que lo que permite la Disposición Adicional 4ª es la elaboración de criterios orientativos entendidos como la formulación de pautas o directrices con algún grado de generalidad, lo que excluye el establecimiento de reglas específicas y pormenorizadas referidas a actuaciones concretas y que conduzcan directamente a una determinada cuantificación de los honorarios. Además, dichos criterios orientativos sólo serán eficaces a efectos de las tasaciones de costas, en asistencia jurídica gratuita y en los procedimientos de jura de cuentas.
Si los Colegios Profesionales elaboraran normas o criterios que condujeran a fijar la cuantía de los honorarios que deben pagar los clientes a los abogados vulnerarían la Ley de Defensa de la Competencia cuyo artículo 1 prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva que pueda producir el efecto de impedir o restringir o falsear la competencia mediante la fijación, directa o indirecta de precios.

De modo que no es viable introducir en los contratos de servicios jurídicos una cláusula en la hoja de encargo o hacer alusión al contratar a que los honorarios se fijarán de acuerdo a los criterios orientativos pues los mismos son ilícitos a estos efectos. Tal cláusula sería ilícita, lo que no es equivalente a una cláusula no transparente ni a una cláusula abusiva, si bien su efecto es el mismo, el de la nulidad por aplicación del artículo 6.3 del Código civil.

Recapitulando lo dicho hasta aquí, cabe decir que la fijación de los honorarios en base a un criterio tarifa/hora sin especificar un número de horas mínimo o aproximado no respeta el principio de transparencia en las relaciones de consumo. Por otro lado, una cláusula que se remita a los criterios orientativos elaborados por los Colegios profesionales sería ilícita por vulnerar el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

6. El posible carácter abusivo de la cláusula que fija los criterios de determinación del precio de los servicios jurídicos

Si la fijación exacta del precio en la hoja de encargo no suscita problemas de transparencia tampoco los plantea en relación con su posible carácter abusivo, porque el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 impide entrar a valorar la adecuación entre el precio y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse en contraprestación, excepto que la cláusula de fijación del precio adolezca de falta de transparencia. De modo que sólo puede plantearse el posible carácter abusivo de las cláusulas referidas al precio del contrato de servicios jurídicos cuando éstas establecen una serie de criterios que van a permitir determinar los honorarios con posterioridad a la prestación de los servicios y estos parámetros adolecen de falta de transparencia[14].

El caso analizado por la STJUE es un caso de Derecho lituano, en el que el artículo 6228.6 de su Código civil ha declarado que la falta de transparencia de una cláusula en un contrato celebrado con un consumidor determina de manera automática su carácter abusivo y, en consecuencia, su

[14] Si la cláusula del contrato no va referida a los elementos esenciales del contrato puede analizarse su posible carácter abusivo aunque la cláusula sea transparente, como ocurre en la STS de 6 de abril de 2021 en la que se analiza un contrato de servicios jurídicos en los que el consumidor renuncia a reclamar indemnización al abogado, que le lleva un caso de responsabilidad civil médica, aunque la reclamación se interponga fuera de plazo. El caso se perdió por prescripción de la acción de responsabilidad civil. En esta sentencia dicha cláusula es declarada abusiva - Sentencia 192/2021 del Tribunal Supremo -Sala de lo Civil- de 6 de abril. ROJ: STS 1270/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1270.

nulidad (apdo. 51). De modo que en el caso de la sentencia es evidente que la fijación del precio con base en el criterio tarifa/hora sin proporcionar ningún otro criterio (mínimo de horas a desarrollar por el profesional) que ayude al consumidor a conocer el alcance de los honorarios del abogado, debe ser catalogado como cláusula no transparente y, en consecuencia, la cláusula es abusiva para el Derecho lituano y, por tanto, nula de pleno derecho.

En cuanto a la traslación al Derecho español del razonamiento que, sobre este punto, se hace en la sentencia, cabe decir que si bien, en nuestro Derecho y en puridad, la falta de transparencia no acarrea automáticamente el carácter abusivo de la cláusula[15], lo cierto es que la incorporación al artículo 83 del TRLGDCU de su párrafo segundo por la disposición final 8ª de la Ley 5/2019, de 15 de marzo de contratos de crédito inmobiliario, solventa las disquisiciones de los autores y de la jurisprudencia en este punto al decretar – en una norma sobre los efectos de las cláusulas abusivas- la nulidad de las cláusulas que adolezcan de falta de transparencia.

De modo que puede concluirse que en Derecho español la falta de transparencia de una cláusula, ya se refiera al objeto del contrato o a cualquier otro aspecto, determina su nulidad por aplicación del artículo 83.2 del TRLGDCU, aplicándose por tanto el mismo efecto que si se considerara abusiva.

Lo importante, por tanto, es que la cláusula en que se fijan los criterios de determinación del precio sea transparente; si no lo es, es nula de pleno derecho y ello con independencia de que pueda calificarse de cláusula abusiva o no.

7. Las consecuencias jurídicas anudadas a la falta de transparencia de la cláusula sobre el precio por la STJUE de 12 de enero de 2023 y su posible traslación al Derecho español

El aspecto más relevante de la STJUE de 12 de enero de 2023 es el relativo a los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula que fija los criterios de determinación del precio en los contratos de servicios jurídicos en base a un patrón tarifa/hora. La sentencia vacila entre una solución que podríamos calificar de arriesgada para luego, debido a sus drásticas consecuencias, pasar a matizarla.

7.1. La solución drástica: el abogado pierde el derecho a los honorarios como consecuencia de la nulidad del contrato

De entrada, la primera lectura de la STJUE nos atrapa porque viene a decir que la declaración de nulidad de la cláusula de honorarios por considerarla abusiva debe permitir el restablecimiento de la situación en la que se encontraría el consumidor de no existir aquella. Sigue argumentando la sentencia en el sentido de que el contrato debe subsistir sin otra modificación que la resultante de la supresión de la cláusula abusiva cuando la persistencia del contrato sea jurídicamente viable.

[15] En este mismo sentido CRESPO MORA, «La protección del consumidor de servicios jurídicos», *op.cit*. También PÉREZ VELÁZQUEZ, «Control de transparencia y de abusividad en los contratos de prestación de servicios jurídicos con consumidores», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, ISSN 1139-7179, núm. 53, 2020, epígrafe V.2. y VI.2.

La sentencia considera que, cuando ya se han prestado los servicios que son objeto del contrato, el restablecimiento de la situación del consumidor se puede traducir incluso en la exoneración del pago de dichos honorarios determinados sobre la base de dicha cláusula (apdo. 58). Insiste en el apartado 59 en que el efecto de la nulidad de la cláusula puede llegar a consistir en que el profesional no perciba remuneración alguna por sus servicios. Es decir que la sentencia contempla como solución primaria que el abogado pierde su derecho al cobro de los honorarios. En relación a la doctrina vertida en esta sentencia y sus posibles consecuencias para el Derecho español hay que tener en cuenta que el artículo 83.2 del TRLGDCU también determina la nulidad de la cláusula no transparente. Con lo que la solución adoptada en la sentencia, en cierta medida, es trasladable al Derecho español cuando se trata de relaciones jurídicas que quepa calificar como contratos de consumo.

El pronunciamiento de que la desaparición de la cláusula sobre el precio determina la nulidad del contrato de servicios y, en consecuencia, que el abogado pueda perder su derecho a cobrar sus honorarios es lo más destacable de esta sentencia porque, como he indicado en el epígrafe 2 de este trabajo, viene a cuestionar la doctrina que se sostiene con carácter general en relación a los contratos de servicios conforme a la cual la falta de acuerdo sobre el precio no debe determinar necesariamente la nulidad del contrato de servicios.

Dicha doctrina acaso debe revisarse al menos para las relaciones de consumo: esta sentencia, sin duda, es un apoyo en este sentido, como lo es el artículo 83.2 del TRLGDCU. Pero, además, si se entiende que la nulidad de la cláusula sobre el precio debe determinar la del contrato, el mismo razonamiento que hace la STJUE de 12 de enero de 2023 puede seguirse en Derecho español con otro claro apoyo de Derecho positivo en el artículo 1306.2º del Código civil conforme al cual, cuando la causa de la nulidad sea imputable a uno de los contratantes «no podrá repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato». Como la indeterminación del criterio que permite fijar el precio sería imputable al profesional de la abogacía, éste no podrá exigir que se le pague el servicio que ha prestado. Es más, dice este precepto que el contratante ajeno a la causa de la nulidad que, en este caso sería el cliente, podrá reclamar lo que hubiera pagado, de modo que, si el cliente hubiera hecho algún anticipo, el profesional deberá devolvérselo.

7.2. Matizaciones a la solución anterior

Al TJUE le parece tan arriesgada la solución que conlleva la declaración de nulidad del contrato al desaparecer de su contenido la cláusula que establece los criterios de fijación del precio del servicio que, después de afirmar dicha solución con rotundidad, la matiza diciendo que no será aplicable cuando la nulidad del contrato sea perjudicial para el consumidor. Dicha doctrina que el TJUE había marcado en relación a algunas cláusulas de los préstamos hipotecarios[16] considera que el art 6.1 de la Directiva 93/13 no se opone a que el juez nacional sustituya dicha cláusula por una disposición supletoria de Derecho nacional, posibilidad que sólo cabe cuando la anulación del contrato suponga una penalización para el consumidor.

a. *Si la nulidad puede causar un perjuicio al consumidor*

[16] STJUE 26 de marzo de 2019 sobre cláusula de vencimiento anticipado (asunto Abanca C-70/17 y 179/17) ECLI: EU:C:2019:250.

Como digo, según esta STJUE, cuando la nulidad del contrato exponga al consumidor a consecuencias perjudiciales, para esta sentencia del TJUE cabe *excepcionalmente* la sustitución por una norma de Derecho nacional de carácter supletorio o aplicable en caso de acuerdo entre las partes. De modo que, sólo cuando la consecuencia de la nulidad perjudica al consumidor, la solución dada como apriorística o primaria debe matizarse.
La sentencia considera que se colocaría al consumidor en una situación perjudicial si el profesional pudiera reclamar al consumidor el precio de los servicios prestados sobre una base diferente al contrato anulado o si la nulidad del contrato pudiera incidir en la validez y eficacia de las actuaciones realizadas en virtud del contrato.

Pese a que el Abogado general, en sus conclusiones, parece considerar un perjuicio para el consumidor que quede sometido a la incertidumbre de si el abogado puede reclamarle el pago de los servicios por otra vía y el desconocimiento de a cuánto pueden ascender[17], es difícil ver algún perjuicio o penalización para el consumidor por la nulidad de un contrato de servicios en el que el prestatario - en nuestro caso, el abogado - ya los ha prestado, siendo que el consumidor no debe pagarlos, pudiendo, incluso, recuperar los adelantos efectuados. Y, desde luego, la nulidad del contrato no va a afectar a las actuaciones procesales llevadas a cabo por dicho profesional en el marco del mismo mientras no ha sido anulado.

La STJUE que nos sirve de referencia considera que también puede haber perjuicio para el consumidor si el profesional puede reclamarle el pago de los servicios en base a otra fundamentación jurídica, lo que nos lleva a pensar en la posibilidad de que el profesional haga valer el enriquecimiento injusto del consumidor[18]. Sin embargo, tal posibilidad queda neutralizada por lo previsto en el artículo 1306.2 del Código civil que causalizaría – si se me permite la expresión - el supuesto enriquecimiento del cliente.

Puede apreciarse un caso en el que la nulidad del contrato puede acarrear un perjuicio para el consumidor y es aquel en el que el profesional incumplió las obligaciones asumidas en virtud del contrato causando daños al prestatario del servicio. La posible acción de responsabilidad por incumplimiento contractual, con independencia de que se apoye en los artículos 1124 y 1101 del Código civil o en el artículo 147 del TRLGDCU, prescribe en el plazo de 5 años por aplicación del artículo 1964 del Código civil al no tener señalado un plazo especial; si se anula el contrato, el consumidor podría reclamar los daños sufridos por la vía extracontractual en cuyo caso el plazo de prescripción es de un 1 año por aplicación del artículo 1968 del Código civil. La reducción del plazo de cinco a un año es un perjuicio claro y patente para el consumidor. De modo que entiendo que, en tal caso, no se podrá declarar la nulidad del contrato como consecuencia de la nulidad de la cláusula que fija criterios de concreción del precio no transparentes, porque dicha consecuencia supondría un perjuicio para el consumidor debiendo entonces intentar sustituir esa cláusula por las que puedan derivarse de una disposición de Derecho supletorio nacional. Tal solución se encuentra alineada con la idea que considera que la nulidad de los contratos de servicios en general debe considerarse *ex nunc* o irretroactiva [19].

---

[17] Conclusiones del Abogado general (párrafos 60 y ss). Pueden consultarse en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62021CC0395.

[18] En las conclusiones, el Abogado general menciona la posibilidad de entender concurrente una prestación indebida o *negotiorum gestio*. Pueden consultarse en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62021CC0395.

[19] Sobre esta cuestión puede verse mi trabajo, ALONSO PÉREZ, «Supuestos legales de eficacia ex nunc de la nulidad y su posible aplicación al arrendamiento de servicios», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 701, mayo-junio

b. *Sustitución de la cláusula sobre el precio no transparente por una norma de Derecho nacional de carácter supletorio: ¿los baremos de honorarios?*

Cuando la nulidad del contrato causa un perjuicio al consumidor, la STJUE que he usado como referencia considera que puede sustituirse *la cláusula relativa al precio por una disposición de Derecho nacional de carácter supletorio o aplicable en caso de acuerdo entre las partes*. Es necesario, según dicha sentencia del TJUE, que dicha disposición supletoria se aplique específicamente a contratos con consumidores y no tenga un alcance general lo que, en definitiva, supondría que sería el juez el que estaría fijando sobre la base de su propia estimación la remuneración adeudada por los servicios prestados. Considera factible la sentencia remitirse a la Orden de 2 de abril de 2004 del Ministerio de Justicia lituano que incluye recomendaciones sobre el importe máximo de los honorarios que deben abonarse en asuntos civiles por la asistencia jurídica y que fueron aprobadas por el Colegio de Abogados de Lituania; estos son los criterios que permiten aplicar las normas de la Ley procesal civil lituana para la fijación de costas.

Según esta sentencia del TJUE, el Juez no puede fijar el precio debido por la prestación de los servicios jurídicos según su propia estimación porque esto supondría frustrar el efecto disuasorio de la prohibición del uso de cláusulas no transparentes en los contratos de consumo porque el uso de dichas cláusulas se traduciría en su ajuste a la legalidad a través de una resolución judicial. Sin embargo, la STJUE de 12 de enero de 2023 sí admite que el juez se acoja a los baremos máximos elaborados por los Colegios de abogados (apdo. 66).

A raíz de este pronunciamiento cabe plantearse si la misma solución cabe para el Derecho español, es decir, si cuando no pueda anularse el contrato porque puede perjudicarse al consumidor son aplicables los baremos orientativos elaborados por los Colegios profesionales. Siendo cierto, como dice la profesora CRESPO MORA[20], que se trata de criterios elaborados unilateralmente por los entes profesionales, son el único criterio objetivo que sirve de recurso al Juez. Por otro lado, aunque es cierto que los baremos lituanos están contenidos en una norma porque se recogen en una Orden ministerial, han sido elaborados por los propios Colegios profesionales. Además, los baremos elaborados por los Colegios de abogados en España tienen el «marchamo» de una norma con rango legal como se desprende de la Disposición Adicional 4ª de la Ley de Colegios Profesionales que los entiende aplicables a los procedimientos de jura de cuentas, para la tasación de costas o para la justicia gratuita. La búsqueda de un precio de mercado por parte del órgano jurisdiccional pasa siempre por la consulta a los órganos que representan a la profesión los cuales van a atenerse a las tablas que ellos mismos elaboran. Otra posibilidad sería que el Juez recabara informes a varios profesionales, pero habría que ver si los informantes tienen la misma trayectoria profesional del que efectivamente prestó los servicios y si estos pueden equipararse a los ejecutados desde un punto de vista cualitativo. El recurso a los baremos ofrece objetividad y seguridad jurídica.

2007, ISSN 0210-0444, pp. 1005-1065. Precisamente son los perjuicios que podría sufrir el prestatario por la eficacia retroactiva de la nulidad del contrato de servicios los que me llevan en este estudio a proponer la irretroactividad de la nulidad para estas relaciones contractuales.

[20] CRESPO MORA, «Falta de transparencia de la cláusula contractual de honorarios que tarifica los servicios de abogado por hora. Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de enero de 2023 as. C-395/21: Caso DV contra MA», *La Ley, Unión Europea*, Nº 113, abril 2023, La Ley 2889/2023, 2 de mayo de 2023, 19 páginas.

Recapitulando lo dicho hasta aquí, conviene señalar que cuando la cláusula de fijación del precio adolece de falta de transparencia puede decretarse su nulidad por aplicación del artículo 83.2 del TRLGDCU siempre y cuando dicha nulidad no perjudique al consumidor, en cuyo caso, puede sustituirse dicha cláusula por una norma de Derecho nacional de carácter supletorio que podrían ser los baremos orientativos de honorarios elaborados por los Colegios profesionales.

Sin embargo, he planteado con antelación -apartado 5.1.2- que la consecuencia jurídica de nulidad de la cláusula no transparente sobre el precio establecida en el artículo 83.2 del TRLGDCU debe contrastarse con la solución que a la falta de transparencia ofrece el artículo 65 del TRLGDCU que opta por la integración del contrato. Cuestión de la que paso a ocuparme.

7.3. ¿Cabría la aplicación del artículo 65 del TRLGDCU? La alternativa entre la integración del contrato y su nulidad

El magnífico trabajo de la profesora CRESPO MORA sobre la misma sentencia que está sirviendo de hilo conductor a estas reflexiones y que es publicado en *La Ley*[21] cuestiona que el remedio aplicable a la falta de información o a la información incompleta sobre el precio sea la nulidad de la cláusula por aplicación del artículo 83.2 del TRLGDCU. Entiende que debe aplicarse el artículo 65 del TRLGDCU que establece como remedio la integración del contrato de manera favorable al consumidor cuando hay un defecto de información sobre el precio. Esta es la solución por la que opta la STS 24.02.2020 (RJ 2020,486) que había sido objeto de Comentario por la misma autora[22]. Tiene la virtud este trabajo de la profesora CRESPO MORA de evidenciar un problema de enorme trascendencia si se extrapola del ámbito concreto de los contratos de servicios jurídicos y se plantea con carácter general.

Estas dos normas – el artículo 65 y el art 83.2 del TRLGDCU- establecen consecuencias jurídicas diferentes e incompatibles para un mismo problema, el de falta de transparencia en el contrato. La aplicación de uno u otro remedio puede venir determinada por el hecho de que se pretenda anular una cláusula existente en el contrato pero que no cumple con los parámetros de transparencia como ocurre en el caso de la sentencia del TJUE de 12 de enero de 2023; en efecto, en este caso, el contrato tiene una cláusula que adolece de falta de transparencia y, como la cláusula está en el contrato, puede pretenderse su nulidad. Sin embargo, no existiría posibilidad de aplicar tal remedio cuando en el contrato no se hubiera estipulado nada sobre el precio – lo que puede ocurrir en los contratos de servicios profesionales con bastante frecuencia- porque no habrá cláusula que anular. En tal caso, ausencia de pacto alguno sobre el precio, podría postularse la aplicación del artículo 65 del TRLGDCU que ofrece como remedio la integración del contrato *en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva*, incluso en aquellos casos en que se haya omitido *información precontractual relevante*.

Para seguir discurriendo es conveniente, por lo dicho, definir los supuestos de hecho de manera precisa, debiendo distinguirse, por un lado, aquel en que no hay cláusula ni pacto alguno sobre el precio ni de los criterios que pueden permitir fijarlo *a posteriori* y, por otro, los casos en los que el precio se fija en torno a una serie de criterios de cuantificación que plantean dificultades para su aplicación porque adolecen de falta de transparencia. Es decir, deben diferenciarse los

[21] CRESPO MORA, «Falta de transparencia de la cláusula contractual de honorarios que tarifica los servicios…», *op. cit.*, pp. 7 ss.

[22] CRESPO MORA, «Omisión de la información…», *op.cit*.

supuestos en los que no hay cláusula sobre el precio de los supuestos en los que sí existe esta cláusula, pero no es transparente. Si bien ambos supuestos de hecho causan patologías similares en el contrato, las cuales guardan relación con la falta de transparencia, desde la perspectiva de los remedios puede haber una diferencia importante que puede ser determinante para concretar la norma aplicable: en un caso no hay cláusula ni pacto alguno sobre el precio y en el otro caso hay una cláusula que no respeta el principio de transparencia.

Este problema no existía con anterioridad a la reforma del artículo 83.2 del TRLGDCU por la Ley 5/2019 de contratos de crédito inmobiliario porque sólo era aplicable el artículo 65 del TRLGDCU que remediaba la falta de transparencia en cualquier caso con la integración del contrato.

Conviene recordar que el artículo 83 del TRLGDCU, en su redacción originaria, permitía al Juez la integración y recomposición del contrato cuando una cláusula abusiva era anulada; posteriormente ese precepto se modificó[23] porque la doctrina del TJUE entendió que la sustitución de la cláusula abusiva por parte del Juez por otra estipulación ajustada a la legalidad fomentaba el uso de este tipo de cláusulas desapareciendo el efecto disuasorio de la normativa europea sobre cláusulas abusivas.

Este razonamiento expuesto ha venido conformándose en relación a las cláusulas abusivas y se entiende generalizadamente que, en Derecho español, no puede entenderse que las cláusulas no transparentes deben considerarse abusivas por el único motivo de no ser transparentes. Sin embargo, a partir de la incorporación del párrafo segundo del artículo 83 del TRLGDCU que decreta la nulidad de las cláusulas no transparentes (en una norma que regula la nulidad de las cláusulas abusivas), dicho discurso vertido sobre las cláusulas abusivas entiendo que debería trasladarse a las cláusulas que adolecen de falta de transparencia: si la falta de transparencia puede ser suplida con la integración del contrato mediante la aplicación del artículo 65 del TRLGDCU se está eliminando el efecto disuasorio del uso de cláusulas no trasparentes que persigue el artículo 83 del TRLGDCU al decretar su nulidad.

Tal consideración se puede hacer sin problema para los casos en los que en el contenido del contrato sí existe una cláusula no transparente. Ahora bien, cuando la patología es la inexistencia de cláusula alguna sobre algún aspecto esencial del contrato como puede ser el precio, como ocurre en el caso resuelto por la STS de 24 de febrero de 2020[24], la posibilidad de integrar el contrato por aplicación del artículo 65 del TRLGDCU parece la única solución factible[25].

---

[23] La modificación del artículo 83 se produjo como consecuencia del artículo único, 27 de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre que incorporó al Derecho español la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores.

[24] *Vid*. Comentario de la STS de 24 de febrero de 2020 por CRESPO MORA, «Omisión de la información precontractual sobre los honorarios al cliente consumidor. Comentario a la STS de 24 de febrero de 2020 (RJ 2020,486)», *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 4/2020, https://indret.com/omision-de-la-informacion-precontractual-sobre-los-honorarios-al-cliente-consumidor/. En la página 476 entiende que no deben aplicarse para integrar el contrato los criterios orientativos elaborados por los Colegios profesionales puesto que al haber sido elaborados por los entes que defienden los intereses de los profesionales no benefician al consumidor. Insiste en esta misma idea esta misma autora en «Falta de transparencia ...», *op.cit*.

[25] CRESPO MORA, «Omisión de la información...», *op.cit*.

Sin embargo, algo no encaja. Resulta paradójico que la ausencia de pacto alguno sobre el precio permita la integración del contrato – en beneficio del consumidor- y la existencia de una cláusula no transparente sobre el mismo elemento del contrato deba desembocar en la nulidad de la cláusula y, en consecuencia, del contrato. Podría pensarse que esta lectura de los preceptos fomenta indirectamente que no haya acuerdo alguno sobre el precio.

Por ello, la solución a la ausencia de pacto sobre el precio y a la presencia de cláusulas no transparentes sobre dicho extremo entiendo que debería ser la misma: la nulidad de la cláusula por aplicación del artículo 83.2 del TRLGDCU cuando la hay y, en ambos casos y consecuentemente, la nulidad del contrato si dicha nulidad no causa perjuicio al consumidor, tal y como señala la STJUE de 12 de enero de 2023[26]. En esta interpretación, la integración del contrato que ofrece el artículo 65 del TRLGDCU podría quedar -aunque tengo serias dudas de que esto deba y pueda ser así- para los supuestos de omisión de información sobre otros aspectos del contrato distintos a sus elementos esenciales, como el procedimiento de pago, entrega y ejecución del contrato, por ejemplo, entre otras informaciones mencionadas por el artículo 60 del TRLGDCU.

8. Conclusiones

La STJUE de 12 de febrero de 2023, puede suponer un cambio relevante en el ejercicio de la profesión de abogado en una cuestión tan sensible como las cláusulas del contrato relativas a la fijación de los honorarios del abogado.

Lo más relevante de esta sentencia es la decisión clara y rotunda del TJUE de que la desaparición de la cláusula que fija los criterios de concreción del precio de los servicios por falta de transparencia determina la nulidad del contrato, de modo que el profesional no puede cobrar sus honorarios e incluso deberá devolver los anticipos que haya podido hacerle el cliente a cuenta del precio final. Tal afirmación supone una revisión de la doctrina clásica según la cual de la indeterminación del precio de los contratos de servicios no debe inferirse necesariamente su nulidad; dicha doctrina habría de ser revisada a raíz de este pronunciamiento, pero sólo en relación a los contratos de consumo[27] porque para el resto de contratos subsistiría la doctrina que se ha sostenido por la doctrina especializada en contratos de servicios que acabo de referir.

La reformulación de esta doctrina para las relaciones de prestación de servicios que quepa calificar de contratos de consumo se apoyaría en la necesidad de respetar escrupulosamente el principio de transparencia en la negociación para este sector de la contratación. La protección adecuada de los intereses de los consumidores exige que se cumplan los parámetros normativos que garantizan que el consumidor es consciente de las consecuencias jurídicas y económicas que dicho contrato conlleva para él (transparencia material), de modo que todas las cláusulas contractuales deben estar redactadas de manera clara, comprensible y accesible. En caso contrario, la cláusula adolece de falta de transparencia y debe ser considerada nula por aplicación del 83.2 del TRLGDCU; además, según la doctrina contenida en esta sentencia, al tratarse de la

[26] Opta por la aplicación a todos los supuestos del artículo 65 del TRLGDCU la profesora CRESPO MORA, «Omisión de la información…», *op.cit*.

[27] En este sentido *vid*. como CRESPO MORA, «Omisión de la información…», p. 476, considera también que se trata de cuestiones que se plantean en relación a los contratos de consumo.

cláusula relativa al precio, el contrato también se anula, lo que supone, en el caso de contratos de servicios prestados por abogados, que estos pierden su derecho al cobro de sus honorarios.

Dicha consecuencia sólo debe ser exceptuada cuando la nulidad del contrato cause un perjuicio al consumidor; en este sentido, la STJUE aplica la doctrina que había elaborado con antelación para algunas cláusulas de contratos de préstamo hipotecario conforme a la cual ha de suplirse la cláusula nula por una norma de Derecho nacional de carácter dispositivo que, en este caso, podría pasar por la aplicación de los baremos elaborados por los Colegios profesionales como criterio objetivo al que puede recurrir el Juez, pero el recurso a dichos baremos es controvertido.

La sentencia de referencia considera que la nulidad causa perjuicio al consumidor cuando el profesional puede reclamarle los honorarios en base a otra fundamentación jurídica. En relación a esta cuestión, debe tenerse en cuenta que el abogado no podría hacer valer el enriquecimiento injusto porque lo impide el artículo 1306.2 Código civil que regula la nulidad cuando la causa es imputable a una de las partes y, en este caso, la falta de transparencia es una carencia de la que es responsable el profesional de la abogacía. Así que el profesional no podría alegar enriquecimiento injusto.

De la nulidad del contrato podría derivarse perjuicio para el consumidor cuando el profesional ha incumplido sus obligaciones por actuar negligentemente y ha causado algún daño al prestatario del servicio, puesto que la anulación del contrato le cerraría la vía contractual para exigir responsabilidad civil y le llevaría a plantear una demanda por la vía extracontractual con un plazo de 1 año -artículo 1968 Código civil-, plazo menor que el de 5 años de la primera vía -artículo 1964 Código civil-.

De estar ante un caso como el referido en el que la nulidad perjudica al consumidor, la cláusula no transparente de fijación de los criterios del precio podría ser sustituida por una norma de Derecho nacional de carácter supletorio que podría dar cabida a la fijación del precio en base a los criterios orientativos de honorarios elaborados por los Colegios profesionales, aunque esta solución presenta algunos problemas que ya he explicado.

Una de las cuestiones más interesantes que plantea el caso que se analiza en la STJUE de 12 de enero de 2023 es el contraste del remedio que ofrece el artículo 83.2 del TRLGDCU consistente en la nulidad de la cláusula no transparente y la consecuente nulidad del contrato si no hay perjuicio para el prestatario consumidor con el remedio propuesto por el artículo 65 del TRLGDCU consistente en la integración contractual. Se trata de dos normas que establecen consecuencias jurídicas diferentes e incompatibles -integración del contrato y nulidad de la cláusula y, en su caso, del contrato- para supuestos en los que se produce un problema de transparencia del contrato. La conciliación de estas dos normas es complicada pero entiendo que, ante cualquier problema de transparencia, sea por omisión de información sobre un punto del contrato sea por presencia de una cláusula no transparente, la consecuencia jurídica debería ser la misma: si transportamos al ámbito de la transparencia la doctrina del efecto disuasorio de las normas reguladoras de las cláusulas abusivas que impide integrar el contrato para no fomentar su uso, en ambos casos la respuesta normativa debería ser la de la nulidad con imposibilidad de integrar el contrato, lo que es claro cuando la cláusula no transparente se refiere a los elementos esenciales del contrato.

9. Bibliografía

ALONSO PÉREZ, María Teresa, *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*, Marcial Pons, Barcelona, 1997.

ALONSO PÉREZ, María Teresa, «Supuestos legales de eficacia *ex nunc* de la nulidad y su posible aplicación al arrendamiento de servicios», *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, nº 701, mayo-junio 2007, ISSN 0210-0444, pp. 1005-1065.

ALONSO PÉREZ, María Teresa, «El paralelismo entre obligaciones de medios\resultado y los contratos de servicios\obra en las propuestas oficiales de modernización del Derecho español», *Revista de Derecho Civil*, ISSN 2341-2216, Vol. 6, Nº. 2 (abril-junio), 2019, pp. 169-205.

ALONSO PÉREZ, María Teresa/CALDUCH GARGALLO, Manuel, «La aplicabilidad de la normativa sobre cláusulas abusivas a los contratos de servicios jurídicos», *Revista de derecho privado*, 2020. 1, ISSN 0034-7922, Año nº 104, Mes 1, 2020, pp. 3-20.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Comentarios al artículo 3 del TRLGDCU» en *Comentarios a las normas de protección de consumidores*, Colex, Madrid, 2011.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Conceptos de consumidor y usuario y de persona consumidora vulnerable», *Comentarios al Texto Refundido de Consumidores y Usuarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 103-158.

CRESPO MORA, María Carmen, «Omisión de la información precontractual sobre los honorarios al cliente consumidor. Comentario a la STS de 24 de febrero de 2020 (RJ 2020,486)», *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 4/2020, pp. 469-483. *Vid.* https://indret.com/omision-de-la-informacion-precontractual-sobre-los-honorarios-al-cliente-consumidor/

CRESPO MORA, María Carmen, «Falta de transparencia de la cláusula contractual de honorarios que tarifica los servicios de abogado por hora. Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de enero de 2023 as. C-395/21: Caso DV contra MA", *La Ley, Unión Europea*, núm. 113, abril 2023, La Ley 2889/2023, 2 de mayo de 2023, 19 páginas.

CRESPO MORA, María Carmen, *La prestación de servicios jurídicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

CRESPO MORA, María Carmen, «La protección del consumidor de servicios jurídicos», *Revista de Derecho Civil*, ISSN 2341-2216, vol. 8, núm. 1 (enero-marzo), 2021, pp. 93-145.

Draft Common Frame of Reference: Book IV, Specific contracts and the rights and obligations arising from them. Part C. Services. Accesible en https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf

MATE SATUÉ, Loreto Carmen, *La protección de los consumidores en los contratos de servicios jurídicos*, Reus, 2021.

MATE SATUÉ, Loreto Carmen, *La configuración del daño y su relación con el nexo causal en la responsabilidad civil del abogado,* Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

PÉREZ VELÁZQUEZ, Juan Pablo, «Control de transparencia y de abusividad en los contratos de prestación de servicios jurídicos con consumidores», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, ISSN 1139-7179, núm. 53, 2020.

VILLANUEVA LUPIÓN, Carmen, *El servicio como objeto de tráfico jurídico*, La Ley, Madrid, 2009.

10. Jurisprudencia

Tribunal Supremo

Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 4 de septiembre de 1993 (RJ 1993/7764).

Sentencia 107/2011 del Tribunal Supremo – Sala de lo Civil- de 16 de febrero (RJ 2007\688).

Sentencia 203/2011 del Tribunal Supremo – Sala de lo Civil- de 8 de abril (RJ 2011\3153), ECLI:ES:TS:2011:2011.

Sentencia 121/2020 del Tribunal Supremo -Sala de lo Civil- de 24 de febrero (RJ 2020/486), ECLI:ES:TS:2020:504.

Sentencia 192/2021 del Tribunal Supremo -Sala de lo Civil- de 6 de abril. ROJ: STS 1270/2021, ECLI:ES:TS:2021:1270.

STS – Sala de lo Contencioso- 1684/2022, de 19 de diciembre de 2022. ROJ: STS 4841/2022, ECLI:ES:TS:2022:4841.

STS – Sala de lo Contencioso- 1751/2022 de 23 de diciembre de 2022 ROJ: STS 4946/2022, ECLI:ES:TS:2022:4946.

STS – Sala de lo Contencioso- 1749/2022 de 23 de diciembre de 2022 ROJ: STS 4846/2022, ECLI:ES:TS:2022:4846

Audiencias Provinciales

SAP Ciudad Real núm. 39/2018 de 15 febrero (JUR 2018/117282), ECLI:ES:APCR:2018:168.

SAP Barcelona núm. 310/2018 de 23 mayo. (JUR 2018/163789), ECLI:ES:APB:2018:4740.

SAP Sevilla núm. 247/2018 de 29 junio (JUR 2018/256436), ECLI:ES:APSE:2018:1001.

SAP Málaga núm. 833/2017 de 20 septiembre (JUR 2018/84436), ECLI:ES:APMA:2017:3301.

SAP Zaragoza núm. 278/2016, de 19 de septiembre (JUR 2016\225950), ECLI:ES:APZ:2016:1402.

SAP Valencia núm. 124/2015, de 8 de mayo (JUR 2015\273151), ECLI:ES:APV:2015:2932.

SAP Salamanca núm. 99/2013, de 11 de marzo (JUR 2013\136478), ECLI:ES:APSA:2013:141.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJUE de 12 de enero de 2023, D.V. y M.A., número recurso C-395/21 -ECLI:EU:C:2023:14-. Las conclusiones del Abogado general pueden consultarse en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62021CC0395.

STJUE 26 de marzo de 2019 sobre cláusula de vencimiento anticipado (Asunto Abanca C-70/17 y 179/17), ECLI: EU:C:2019:250.

STJUE de 15 de enero de 2015, caso Siba. Asunto C-537/13 (ECLI: EU:C:2015:14).

InDret
4.2023

El contador-partidor dativo en el derecho civil de Cataluña

Antoni Vaquer Aloy
Universidad de Lleida
-

Sumario

-

El artículo sistematiza la figura del contador-partidor dativo en el derecho civil catalán. Se trata de un cargo de nombramiento judicial cuya misión específica consiste en partir la herencia. La característica del derecho civil catalán es que esta figura no se regula directamente, sino por vía de la remisión que el art. 464-7.2 CCCat efectúa a la partición judicial. Sin embargo, en la medida en que el art. 786.1 LEC remite para las operaciones divisorias a la ley aplicable a la sucesión del causante, cuando esta se rija por derecho catalán deben tenerse en cuenta sus normas sucesorias sustantivas, en particular las previstas para el albacea contador-partidor que admitan la aplicación analógica. Se delinean las funciones del contador-partidor y se formula una propuesta final de lege ferenda.

Abstract

-

This paper systematizes the court-appointed estate partitioner in Catalan law. It is a position whose specific mission is to divide the estate. Catalan law does not rule it directly, but by means of the reference that art. 464-7.2 CCCat makes to the judicial partition. However, to the extent that art. 786.1 LEC refers for the divisional operations to the law applicable to the succession of the deceased, when this is governed by Catalan law, its substantive succession rules must be considered, in particular those foreseen for the executor entrusted to divide the estate that admit analogical application. The functions of the partitioner are outlined and a final proposal de lege ferenda *is formulated.*

Title: *The court-appointed estate partitioner in Catalan law.*

-

Palabras clave: *Derecho de sucesión, partición, contador-partidor dativo.*
Keywords: *Law of succession, Partition, Court-appointed estate partitioner.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2023.i4.02

InDret
4.2023

Recepción
27/06/2023
-
Aceptación
04/08/2023
-

Índice

-

1. Marco legal, jurisprudencial y doctrinal
2. Presupuestos de la designación de contador-partidor dativo
3. Funciones del contador-partidor dativo
3.1. Inventario de los bienes relictos
3.2. Avalúo de los bienes relictos
3.3. Liquidación del caudal partible
3.4. ¿Está el contador-partidor sometido al derecho civil catalán legitimado para la entrega de legados?
3.5. División de la masa partible
3.6. Colación
3.7. Adjudicación
4. Conclusiones: incorporación de un contador-partidor dativo de nombramiento notarial
5. Bibliografía

-

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

1. Marco legal, jurisprudencial y doctrinal*

La figura del contador-partidor tiene tradicionalmente una escasísima regulación en el derecho civil catalán. Hasta el proyecto de 1930 el contador-partidor no aparece en un texto articulado[1], y sólo en el proyecto de Compilación se le mencionaba en varios artículos (los art. 337, 454, 459, 461, 466 y 519), ninguno de los cuales pasó al texto compilado aprobado en 1960. Tal vez ello pueda explicarse porque, en general, hasta el Código de Sucesiones no había prácticamente normas autóctonas en materia de partición, confiando en la aplicación supletoria antes del derecho romano y luego del Código civil estatal[2], ya fuera porque la tradición histórica del heredero único hacía ociosa la figura o por la aversión al juicio de testamentaría[3]. La situación dio un vuelco en el Código de Sucesiones, pues se introdujo el art. 56, claramente inspirado en el art. 1057.II CC[4], conforme al cual «[s]i el testador no ha hecho la partición y no ha nombrado a ningún contador partidor, o el cargo ha quedado vacante, los herederos y los legatarios que representen la mitad del caudal hereditario podrán solicitar al Juez la designación de un contador partidor que practique la partición de la herencia. La partición así realizada requerirá aprobación judicial, salvo que fuera ratificada por todos los herederos y legatarios». La inspiración se hace evidente en la legitimación de los legatarios

* Este trabajo ha sido realizado en el marco de las actividades del Grupo de investigación consolidado «Grup de dret privat comparat: fonaments i anàlisi» 2021 SGR 00057. Agradezco al profesor Esteve Bosch Capdevila sus comentarios a una versión previa de este trabajo.

[1] En un solo precepto, el art. 364, párrafo segundo, conforme al cual «En los casos en que la partición no sea practicada por contador-partidor nombrado en testamento y estén interesados en la herencia personas inciertas, desconocidas, futuras o de ignorado paradero, la división podrá practicarse con aprobación judicial, interviniendo el ministerio fiscal»; este precepto se corresponde con el art. 377 del Anteproyecto de Compilación de 1952. La mayoría de proyectos privados de Apéndice de derecho catalán o carecían de normas sobre partición (ACADEMIA de DERECHO, *Apéndice del Código civil para Cataluña*, Tipografía La Académica, Barcelona, 1896) o apenas introducían matices en el texto del Código civil cuya aplicación presuponían (ALMEDA, J./TRIAS Y DOMÉNECH, M., *Ante-Proyecto de Apéndice del derecho catalán al Código civil*, Barcelona, s.d., incluían mínimas variaciones en 1052, 1054, 1074 y 1087 CC y declaraban inaplicable el art. 1053; el anteproyecto de Compilación de 1952 solo dedicaba a la partición el art. 377, que preveía el albacea con funciones de contador y el contador-partidor testamentario, pero sin regularlos). En cambio, ROMANÍ PUIGDENGOLAS, F./TRIAS Y GIRÓ, J.D., *Ante-Proyecto de Apéndice al Código civil para el Principado de Cataluña*, Hijos de Jaime Jepús, Barcelona, 1903, p. 68, prevén el contador-partidor testamentario, que regulan en el art. 844 con remisión al albaceazgo; PERMANYER Y AYATS, J.J., *Proyecto de Apéndice al Código civil*, Imprenta de la casa provincial de caridad, Barcelona, 1915, introducía en su art. 1324 la previsión de que «[e]l testador podrá encomendar por acto inter vivos o mortis causa para después de la muerte, no sólo la facultad de hacer la partición a los albaceas o a cualquiera persona que no sea uno de los herederos, *sino todas las facultades que estime conveniente para la mejor práctica de la misma (…)*», cargo que llamaba «comisario» en el art. 1326; y en el art. 1329 preveía el recurso a la partición judicial, sin ulterior regulación.

[2] PELLA Y FORGAS, J., *Código civil de Cataluña*, IV, Bosch, Barcelona, s.d., pp. 119-120.

[3] Decía DURAN I BAS, M., *Memoria acerca de las instituciones del derecho civil de Cataluña*, Barcelona, 1883, en *Projecte d'Apèndix i materials precompilatoris del dret civil de Catalunya*, estudi introductori a cura d'Antoni Mirambell i Abancó i Pau Salvador Coderch, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1995, p. 194 [p. 312]: «A éstos [los albaceas particulares] les dan á veces los testadores más extensas facultades, p. e., las de administrar por cierto tiempo sus bienes, enagenarlos privadamente ó en subasta en todo ó en parte, invertir los caudales existentes en la herencia ó el importe de los créditos que se realizan, y aún hacer las particiones: esto último, sin embargo, es lo que menos frecuentemente se lee en los testamentos, pues Cataluña es refractaria á las testamentarías, las cuales antes de la primera ley de enjuiciamiento civil eran punto menos que desconocidas, y aún después de ella es escaso su uso porque los testadores suelen prohibir su formación». La misma idea la expresa BORRELL I SOLER, A., *El Còdich civil a Catalunya*, Fidel Giró impressor, Barcelona, s.d., p. 349 («[e]ls testadors catalans, ò per ells el notari autorisant, no's descuydaven mai de prohibir la testamentaria»). Ni Duran i Bas ni BROCÁ Y MONTAGUT, G.M, AMELL LLOPIS, J., *Instituciones del derecho civil catalán vigente*, Imprenta Barcelonesa, Barcelona, 1886, dedican ni un solo artículo o apartado a la partición de la herencia. Si se consultan los autores de notaría al uso a principios del siglo XIX, se observa que en sus formularios solo incluyen la partición realizada por los propios coherederos (por ejemplo, SALA, M.J., *Elements de la Notaria*, Viuda i fills de Brusi, Barcelona, 1834, § 15, p. 51-52; *Tratado teórico-práctico del arte de notaría. Traducción libre de la obra de D. José Comes*, Imprenta de J. Mayol, Barcelona, 1828, pp. 282-289; FALGUERA, F.M., *Formulario completo de notaría*, 2ª ed., Imprenta de Tomás Gorchs, Barcelona, s.d., pp. 215-219). Más tarde, señalaron FAUS ESTEVE, R./CONDOMINES VALLS, F. de A., *Derecho civil especial de Cataluña*, Bosch, Barcelona, 1960, p. 315: «En Cataluña, la institución del contador-partidor, aunque admitida en la práctica, no ha tenido nunca la raigambre e importancia que se le da en las regiones de derecho común».

[4] MEZQUITA DEL CACHO, J.L., art. 56, en JOU MIRABENT, L. (coord.), *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*, I, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 253-264, quien además señalaba que la redacción legal imperativa impedía al juez desestimar la petición.

pese a no ser integrantes de la comunidad hereditaria. Este precepto no pasó al Código civil de Cataluña[5], que por otra parte no se esfuerza en regular ni la figura del contador-partidor testamentario (art. 464-5 CCCat) -sólo hay alguna norma cuando es, además, albacea- ni la del del dativo. Respecto a este, el art. 464-7.2 prevé que «si los herederos no llegan a un acuerdo para hacer la partición ni procede hacerla de otra forma, cualquiera de ellos puede instar la partición judicial»; conforme al art. 464-5.1, los coherederos deben proceder «de común acuerdo». Esta partición judicial se rige por los art. 782 ss. LEC; el art. 784 prevé el nombramiento de «un contador que practique las operaciones divisorias del caudal». Por su parte, el art. 92 LJV regula el expediente de designación de contador-partidor dativo «en los casos previstos en el artículo 1057 del Código Civil», que remite a «las normas comunes de esta Ley y a lo dispuesto en el Código Civil», pero este contador-partidor es ajeno al CCCat, como se acaba de señalar[6]. Por consiguiente, el contador-partidor dativo de derecho civil catalán es el judicial, y sin normas propias que regulen aspectos como su nombramiento, sus funciones o el desempeño de su cargo.

Con todo, la regulación del contador-partidor en el Código civil no es mucho más profusa[7], aunque sí ha generado una pluralidad de estudios doctrinales. Hay que tener presente que el Código civil de Cataluña es un cuerpo legislativo completo, razón que proscribe la aplicación supletoria del Código civil estatal también en esta materia. Lo ha dicho el Tribunal Superior de Justicia en relación ya con el Código de Sucesiones: «El Codi de Successions ha regulado de forma íntegra y completa la materia sucesoria vigente en Cataluña, excluyendo absoluta y expresamente la aplicación directa o supletoria del Código civil» (sentencia de 9 de junio de 1997[8]); «Queda pues claro que por el carácter de completa, autónoma y global que la Ley se atribuye queda excluida la aplicación de cualquier otro precepto» (sentencia de 18 de diciembre de 1997[9]). Más si cabe, el Código civil de Cataluña excluye la aplicación del Código civil, por idénticas razones.

En la doctrina civilista catalana no se conoce ningún estudio monográfico sobre la figura del contador-partidor dativo. Y concurre la dificultad de la inaplicabilidad del Código civil español en Cataluña, por lo que procede operar con la máxima cautela en el momento de recurrir a las autoras que han elaborado

---

[5] La razón que se da es que ya existe el cauce procesal del juicio de división. Dice el preámbulo de la Ley 10/2008, de 10 de julio: «se ha suprimido la norma que permitía a los herederos y legatarios que representasen más de la mitad del caudal relicto solicitar a la autoridad judicial la designación de un contador partidor, entendiendo que este resultado ya es posible, sin acuerdo mayoritario, por los medios que establece la legislación procesal». Es por ello que, por lo menos en Cataluña, en contra de la opinión de MARIÑO PARDO, F., «El contador partidor dativo: el artículo 1057. 2 del Código Civil», *Iuris Prudente: El contador partidor dativo: el artículo 1057. 2 del Código Civil*, no cabe nombrar contador-partidor dativo por esta vía.

[6] GARCÍA GARCÍA, J.M., «¿A qué inventario y a qué citación se refiere el párrafo último del artículo 1.057 del Código Civil? ¿En qué medida es aplicable a Cataluña?», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1981, pp. 1441-1518, pp. 1510-1516, y ÁLVAREZ-SALA WALTHER, J., art. 1057.2, en ALBALADEJO, M. (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XIV-2º, Edersa, Madrid, 1989, habían advertido sobre la aplicación supletoria del art. 1057.II en Cataluña, este último autor argumentando que, por el protagonismo del heredero, la figura no encajaba en el derecho sucesorio catalán.

[7] Según ESCARTÍN IPIÉNS, J.A. «Los artículos 1057 y 1060 del Código civil vistos desde la Ley de jurisdicción voluntaria», *Revista de Derecho Civil*, vol. III, núm. 2, 2016, pp. 127-145, p. 129, el art. 1057.II CC se introdujo mediante la Ley de 13 de mayo de1981, como «uno de los remedios a las perversas consecuencias que se derivan del principio de unanimidad de los herederos o partícipes de la comunidad hereditaria en la partición extrajudicial». Por su parte, PUIG FERRIOL, L., «El contador-partidor dativo», *Anuario de Derecho Civil*, 1988, pp. 669-688, p. 670, halla el precedente del contador dativo del Código civil en la entonces vigente ley 345 de la Compilación navarra («No habiendo unanimidad los herederos que sumen al menos dos tercios del caudal hereditario liquido podrán acudir al Juez para que éste designe contador que practique la partición. La partición realizada por el contador y aprobada por el Juez obligará a todos los herederos. A falta de dicha mayoría de dos tercios, quedará a salvo el derecho de cualquier heredero para ejercitarlo en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento civil»), también como solución a la necesidad de unanimidad entre los coherederos para partir la herencia; sobre las diferencias entre este contador-partidor dativo y el judicial, LUQUIN BERGARECHE, R., ley 344, en RUBIO TORRANO, E./ARCOS VIEIRA, M.L., *Comentarios al Fuero Nuevo, edición revisada y actualizada según la Ley 21/2019, de 4 de abril*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2020, p. 1413-1414. Asimismo, sobre el fundamento en las dificultades que plantea la unanimidad, ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «El contador-partidor dativo: algunas claves sobre su escaso arraigo práctico y sobre su regulación por la Ley de Jurisdicción Voluntaria», *Anuario de Derecho Civil*, 2017, pp. 5-78, p. 7; RUBIO GARRIDO, T., *La partición de la herencia*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 523: SAN SEGUNDO MANUEL, T., «Partición hecha por contador-partidor dativo. Facultades y efectos de la partición por él realizada», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2008, pp. 2187-2190, p. 2188; GONZÁLEZ ACEBES, B. *El contador-partidor dativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 21-25. Hay que recordar que la unanimidad no se exige para todas las vicisitudes de la comunidad hereditaria regida por el derecho sucesorio catalán, pues para la gestión ordinaria de la comunidad hereditaria rige el principio de mayoría y para la extraordinaria la mayoría reforzada, en virtud de la remisión que efectúa el art. 463-4.2 CCCat al art. 552-7 CCCat, en concreto a sus párrafos 2 y 3.

[8] *Revista Jurídica de Catalunya*, 1997/IV, p. 957 ss.

[9] ECLI:ES:TSJCAT:1997:2841.

trabajos académicos, y de la competencia exclusiva del Estado en materia procesal (art. 149.1.6 CE), aunque sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas. Por cuanto a la jurisprudencia se refiere, ninguna sentencia conocida del Tribunal Superior de Justicia aborda los entresijos de la figura; por lo que concierne a la llamada jurisprudencia menor de las Audiencias catalanas, tampoco se ha encontrado ninguna resolución que se detenga en el análisis de sus contornos.

Si bien el Código civil de Cataluña no regula propiamente el cargo de contador-partidor, sí alude a él en algunos preceptos, significativamente en los art. 464-5 y 464-6 en sede de partición, que prevén un contador-partidor testamentario, pero sin dotarle de un marco normativo específico. Descartado el recurso al Código civil, y respetando la competencia estatal en materia procesal, debe autointegrarse el derecho de sucesiones catalán. Ello conlleva que el régimen jurídico del contador-partidor dativo deba buscarse en las normas sobre el contador-partidor testamentario -en particular, el escueto art. 464-5 CCCat- y las que regulan el albaceazgo (art. 429-1 a 429-15 CCCat), cargo que puede incluir entre sus funciones la de partir la herencia. La aplicación al contador partidor de las normas que regulan el cargo de albacea se justifica con los dos argumentos siguientes[10]. El primero es que en algunas ocasiones la ley da explícitamente el mismo trato a los albaceas y a los contadores-partidores; así, especialmente, el art. 429-5.3 CCCat, en relación con la retribución. El segundo es que, con carácter general, el art. 464-5 remite (con la expresión «de acuerdo con la ley») a las normas del albaceazgo y las aplica también al contador. En concreto, el art. 464-5 establece que «el causante puede también encomendar la partición a un albacea o un contador partidor, que debe actuar de acuerdo con las reglas que el causante haya establecido y, en lo no previsto, de acuerdo con la ley». Hay que recordar que el art. 241 de la Compilación de 1960 preveía el nombramiento judicial de albaceas dativos, con las mismas funciones que los testamentarios, por lo que estaban facultados para realizar la partición. Otra muestra de la asimilación del cargo de partidor al de albacea es la no incorporación al Código civil de Cataluña de la prohibición que se contenía en el art. 56.2 CS, que, en líneas generales, excluía a los coherederos y legatarios de parte alícuota del ejercicio de las funciones de contador-partidor[11]. La supresión de esta prohibición se justifica no solo por el control que pueden ejercer los herederos sobre la actuación del contador-partidor, incluso prescindiendo de él (art. 464-6 CCCat), sino también porque el cargo de albacea, al que tiende a asimilarse el de contador partidor, sí puede ser asumido por un heredero o un legatario (art. 429-3 CCCat).

Ahora bien, no puede obviarse una diferencia relevante entre el contador-partidor, en particular cuando se trata de un contador-partidor dativo, y el albacea testamentario, que radica en que este último es un cargo de confianza del testador. Esa nota no se encuentra presente en el contador-partidor dativo[12], porque o es elegido de común acuerdo por los coherederos o se designa por sorteo de entre los abogados ejercientes con especiales conocimientos en la materia (art. 784.2 y 3 LEC), motivo por el cual la aplicación de las normas del albaceazgo al contador-partidor debe realizarse con suma cautela.

Lo anterior explica por qué las funciones del albacea son mucho más amplias que las del contador-partidor. Por ello, la aplicación de las normas del albaceazgo debe basarse en cuanto reúnan de común ambas figuras.

---

[10] DEL POZO CARRASCOSA, P./VAQUER ALOY, A./BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, 3ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2018, p. 582. En opinión del profesor Esteve Bosch Capdevila, el contador-partidor testamentario no sería más que un albacea particular nombrado con esa única función.

[11] Siguiendo la estela del art. 459.II del Proyecto de Compilación de 1955: «El heredero, legatario y personas favorecidas en la sucesión podrán ser albaceas. Sin embargo, las funciones específicas de contador, partidor, no podrán ser atribuidas a ningún coheredero o legatario de parte alícuota, ni al legatario de usufructo de parte alícuota, salvo que este último sea un ascendiente de todos los herederos.» El art. 1324 del Proyecto de Apéndice de Permanyer únicamente excluía a los coherederos. Luego, el art. 240.IV de la Compilación redujo la exclusión a los coherederos y a los legatarios de parte alícuota, salvo que, en este último caso, se tratara de un ascendiente común de todos los herederos. La razón descansa en la contraposición de intereses del coheredero que tuviera como misión partir la herencia, y lo mismo cabe decir del legatario de parte alícuota, al tener derecho a un valor de la herencia líquida (PUIG FERRIOL, L., art. 240, en ALBALADEJO, M. (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIX, vol. 2º, Edersa, Madrid, 1984, p. 265). Sin embargo, consideraba BORRELL Y SOLER, A.M., *Derecho civil vigente en Cataluña*, t. V, Bosch, Barcelona, 1944, p. 504, «la prohibición de serlo los herederos, contraria a la antigua práctica catalana», quizá porque los herederos acostumbraban a ser, también albaceas.

[12] Lo mismo decía de los albaceas dativos del art. 241 de la Compilación en relación con los albaceas testamentarios PUIG FERRIOL, L. (1984), art, 241, en ALBALADEJO, M. (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIX-2º, Edersa, Madrid, pp. 267-272, p. 268.

Parece obvio que el contador-partidor no asume ninguna función de administración de la herencia, por cuanto esta es una facultad que únicamente aparece en el albaceazgo universal (art. 429-8.1 CCCat), ni función representativa alguna de la herencia[13], ni la amplia legitimación procesal en relación con los litigios sobre la herencia (art. 429-8.2 CCCat). Está facultado para interpretar el testamento[14], pero solo en cuanto sea estrictamente indispensable para el desarrollo de sus funciones y sin que su interpretación goce de ninguna preeminencia. La denominación del cargo, formada por dos sustantivos, nos ofrece una aproximación: contador, que proviene del verbo contar, y partidor, del verbo partir. La función del contador-partidor es la división de la herencia, pero para ello previamente procede determinar qué bienes contiene y su valor.

Conforme al art. 786.1 LEC, hay una remisión al derecho catalán cuando la sucesión del causante se rija por este derecho: «el contador realizará las operaciones divisorias con arreglo a lo dispuesto en la ley aplicable a la sucesión del causante», además de observar las reglas particionales dictadas por el causante (art. 786.1 LEC)[15]. No hay obstáculo legal, pues, a la aplicación de las escasas normas sustantivas del CCCat. El contador-partidor dispone del plazo de dos meses desde que se inicien las operaciones divisorias (art. 786.2 LEC) -salvo que el Letrado de la Administración de Justicia fije otro de acuerdo con el art. 785.3 LEC-, esto es, cuando, amén de estar nombrados los peritos, se disponga de toda la documentación necesaria (art. 785.1 LEC).

2. Presupuestos de la designación de contador-partidor dativo

La designación de contador-partidor dativo sólo es posible cuando la herencia no está dividida y no hay cargo voluntario que asuma la función de partir. Esto presupone:

a) Que el causante no ha realizado la partición, o que, habiéndola realizado, los coherederos prescinden de esa partición (art. 464-6.1 CCCat), sin que, sin embargo, alcancen un acuerdo sobre la partición y cualquiera de ellos inste la partición judicial. Debe notarse que se pasa de la necesaria unanimidad para partir convencionalmente a la legitimación individual con independencia de la extensión de la cuota del concreto coheredero instante.

b) Que el causante no haya designado un contador-partidor testamentario, o el designado por cualquier motivo no lleve a cabo su función. Cierto es que el art. 464-6.2 CCCat legitima a los coherederos para prescindir de los contadores-partidores, pero en este caso lo que el legislador prevé es que «los coherederos pueden acordar unánimemente hacer la partición» prescindiendo de aquellos, es decir, que únicamente pueden prescindir del contador-partidor si de consuno dividen la herencia, pero no cabe prescindir para instar el juicio de partición. Por el contrario, si el testador ha designado un albacea universal con funciones de contador-partidor, entonces los coherederos carecen de legitimación para prescindir de este cargo.

---

[13] BORRELL Y SOLER, *Derecho civil*, p. 510; MEZQUITA DEL CACHO, art. 56, p. 250, sobre el contador-partidor dativo del CS; GÓMEZ CLAVERÍA, P., art. 464-5, en ROCA TRIAS (coord. gen.), *Sucesiones. Libro cuarto del Código civil de Cataluña*, Sepin, Madrid, 2011, p. 1352. Lo mismo defiende para el Código Civil ESPEJO LERDO DE TEJADA (2017), p. 44.

[14] MEZQUITA DEL CACHO, art. 56, p. 249, excluye que posea facultades de interpretación. Consideran que sí las posee, para el Código civil, SEOANE SPIEGELBERG, J.L., «El procedimiento para la división judicial de la herencia», en SEOANE SPIEGELBERG, J.L. (dir.), *La división judicial de patrimonios: aspectos sustantivos y procesales, Cuadernos de Derecho Judicial*, I-2004, pp. 499-633, pp. 581-582; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., *La partición judicial de la herencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 199. En una posición intermedia, GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, C., *La partición judicial: problemas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 101, cuando distingue entre la libertad interpretativa del contador-partidor testamentario y la sujeción al art. 675 CC del judicial, aunque en su literalidad parece que la autora presupone que aquel no debería observar las normas sobre hermenéutica testamentaria. Véanse, también, los matices de BUSTO LAGO, J.M., «Aspectos sustantivos de las operaciones particionales de la herencia», en SEOANE SPIEGELBEG, J.L., *La división judicial de patrimonios. Aspectos sustantivos y procesales, Cuadernos de Derecho Judicial*, I-2004, pp. 287-437, pp. 302-308.

[15] Lo que incluye reglas dictadas para cualquiera de las fases, esto es, el inventario, el avalúo, la liquidación o la división, señalan DOMÍNGUEZ LUELMO, A./ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *Manual de derecho civil. VI. Derecho de sucesiones*, La Ley, Las Rozas, 2021, p. 194.

c) Que ni el testador haya dispuesto la indivisión temporal de la comunidad hereditaria ni los coherederos la hayan acordado unánimemente conforme al art. 463-2 CCCat, supuesto en que la facultad del art. 464-7.2 CCCat no puede ejercitarse mientras no finalice el plazo estipulado de indivisión.

d) Que los coherederos no se pongan de acuerdo en la división de la herencia (art. 464-6.1 y 2 y 464-7.2 CCCat)[16].

e) Que no exista disposición testamentaria que someta a arbitraje la partición, ni tampoco lo acuerden los coherederos (art. 464-7.1 CCCat).

f) Que el testador no haya prohibido la partición judicial, pues su voluntad es ley de la sucesión (art. 421-1 CCCat)[17].

g) Que por lo menos uno de los coherederos inste la partición judicial.

La designación tiene lugar en la Junta que debe convocarse al amparo del art. 783 LEC una vez que se solicita la partición judicial. En esta Junta deben ser convocados quienes son partícipes en la comunidad hereditaria y los acreedores que se hayan personado (art. 783.5 en relación con el art. 782.5 LEC); aunque la LEC prevé la citación del cónyuge superviviente, esto no resulta aplicable en una sucesión regida por el derecho catalán, pues carece de la condición de heredero forzoso. No se exige quórum alguno para la constitución de esta junta, pues el art. 784.1 LEC dice expresamente que «[l]a Junta se celebrará, con los que concurran»[18]. La designación queda en manos de los interesados en la partición, para lo que se requiere la unanimidad de quienes hayan asistido (art. 784.2 LEC); en otro caso, se procede a un sorteo entre los abogados ejercientes con especiales conocimientos (art. 783.3 LEC). Una vez acepta el cargo, el contador-partidor está obligado a completar la partición, de otro modo será responsable de los daños y perjuicios que ocasione el incumplimiento de sus funciones (art. 785.3 *in fine* LEC)[19].

3. Funciones del contador-partidor dativo

En cualquier caso, es evidente que, en primer lugar, el contador-partidor está sometido a la ley y debe acomodar su actuación a los mandatos legales. Por esta razón, el análisis de las funciones que competen al contador-partidor dativo conforme al Código civil de Cataluña debe empezar por la norma aplicable que establezca el marco general de funciones, que no es otra que el art. 786.2 LEC, por la remisión del art. 464-7.2 CCCat a la partición judicial. Dispone la norma procesal que «las operaciones divisorias deberán presentarse en el plazo máximo de dos meses, y se contendrán en un escrito firmado por el contador, en que se expresará:

1º. La relación de los bienes que formen el caudal partible.

2º. El avalúo de los comprendidos en esa relación.

---

[16] Hay quien opina que la partición judicial es, por ello, «de última ratio» o solución (entre los comentaristas del derecho catalán, FARRERO RÚA, A.I., art. 464-7, en PUIG BLANES, F. de A., SOSPEDRA NAVAS, F.J. (dir.), *Comentario al Código civil de Cataluña,* II, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 509-511, p. 510; GÓMEZ TABOADA, J., *Derecho de sucesiones de Cataluña. Teoría y práctica,* Thomson Reuters Lex Nova, Valladolid, 2012, p. 471). Si bien es cierto que el testador puede partir, nombrar contador-partidor o incluso prohibir la partición judicial, lo cierto es que cada cohededero es libre de conducir a los otros por el costoso y lento cauce de la partición judicial sin ni siquiera tener que aparentar que no ha podido alcanzarse la unanimidad, pues nada obliga a tener que probar que no ha sido posible el acuerdo para partir.

[17] Así lo contemplaba el art. 1329 del Proyecto de Apéndice de Permanyer: «Cuando los herederos mayores de edad no se entendieren sobre el modo de hacer la partición, quedará a salvo su derecho para que le ejerciten en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento civil, *pero sin que puedan promover el juicio de testamentaría en caso de haberlo el testador prohibido a no ser que lo promuevan todos de común acuerdo (Art. 1059 Cód.)*. Lo mismo, para el Código civil, STS 508/1999, de 8 de junio, ECLI:ES:TS:1999:4050; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, *La partición judicial*, p. 59.

[18] LETE ACHIRICA, J., «Comunidad hereditaria y partición», en GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. (dir.), *Tratado de derecho de sucesiones*, II, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 2547-2582, p. 2579.

[19] Al respecto, STS 252/2004, de 30 de marzo, ECLI:ES:TS:2004:2166.

3º. La liquidación del caudal, su división y adjudicación a cada uno de los partícipes».

De acuerdo con este precepto, hay que concluir que competen al contador-partidor cinco funciones básicas[20]:

a) inventariar los bienes partibles,

b) avaluar los bienes inventariados,

c) liquidar el caudal,

d) dividir y

e) adjudicar.

3.1. Inventario de los bienes relictos

La primera función que acomete el contador-partidor es el inventario de los bienes partibles, que deben quedar suficientemente identificados. La STS 16 de mayo 1984[21] enfatizó que «en las particiones privadas como en las judiciales se ha de conceder al inventario […] una importancia excepcional, proporcionada a su concepto de base fundamental sobre la que descansan las operaciones particionales, y por lo tanto sólo a partir de la regular formación del mismo como operación inicial se pueda pasar a las subsiguientes». Y en este inventario, si debe liquidarse el caudal, habrá que separar convenientemente las partidas de activo y pasivo, con su correspondiente avalúo.

La redacción legal del art. 786.2 LEC no debe inducir al contador partidor a entender que los bienes a inventariar se reducen a los «partibles», es decir, los que forman parte de la comunidad hereditaria que procede extinguir. Este precepto no puede leerse desgajado del art. 794.1 LEC, que señala que «el inventario contendrá la relación de los bienes de la herencia», sin más, es decir, todos los bienes de la herencia, así como deudas y cargas. Cosa distinta es que en la comunidad hereditaria no se integran los bienes que han sido adquiridos *recta via* por quienes no son partícipes en la comunidad hereditaria, en particular los legatarios favorecidos con legados de eficacia real[22], pues, como dice el art. 427-10.2 CCCat, «el legatario los adquiere por la sola virtualidad del legado», salvo que renuncie al legado, por supuesto, y ello aunque no pueda tomar por sí solo posesión de los bienes legados, pues una cosa es la propiedad y otra la posesión, que no tienen que ir indisolublemente unidas en todos los supuestos, de modo que, además, mientras no se produzca la entrega de los legados la posesión la tienen los coherederos; o tampoco se integran las deudas y cargas, que se dividen por efecto de la ley entre los coherederos (art. 463-1 *in fine* CCCat). Pero que no se integren en la comunidad hereditaria y no deban partirse no significa, para nada, que no deban previamente inventariarse, pues lo exige el art. 794.1 LEC[23]. Como se verá luego, es función del contador-partidor la liquidación de la herencia y la realización de los cálculos relativos al importe de las legítimas, lo que puede derivar en la inoficiosidad de los legados y en la procedencia de la cuarta falcidia.

---

[20] Por ejemplo, SAP Barcelona, sec. 12ª, 28 de febrero de 2003, ECLI:ES:APB:2003:1947: «debe procederse al inventario, valoración de los bienes al momento de la adjudicación, liquidación de la herencia y por último la formación de lotes con adjudicación a cada uno de los coherederos. DÍEZ-PICAZO, L./GULLÓN, A., *Sistema de derecho civil,* IV-2, 11ª ed., Tecnos, Madrid, 2012, p. 271, agrupan estas funciones en dos fases, una preparticional -inventario, avalúo y liquidación-, para determinar el activo neto partible, y una particional estricta -formación de lotes y adjudicación.

[21] ECLI:ES:TS:1984:1213.

[22] DEL POZO/VAQUER/BOSCH, *Derecho de sucesiones*, p. 553; PUIG FERRIOL, L., art. 463-1, en EGEA FERNÁNDEZ, J./FERRER RIBA, J. (dir.), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 1573-1577, pp. 1576-1577.

[23] SAP Barcelona, sec. 1ª, 540/2022, de 14 de noviembre, ECLI:ES:APB:2022:14023: "los bienes objeto de legado o institución "ex re certa" se incluirán también en el inventario para tenerlos en cuenta en su caso, en la liquidación, aunque lógicamente se prescinda de ellos en la partición propiamente dicha, al no formar parte de la comunidad hereditaria". De la misma opinión, CARBALLO FIDALGO, M., *Las facultades del contador-partidor testamentario*, Civitas, Madrid, 1999, p. 306; RUBIO GARRIDO, *La partición*, p. 209, para el régimen del Código civil.

Otro tanto sucede con los legados de eficacia obligacional. No pertenecen a la herencia, ni se integran, por consiguiente, en la comunidad hereditaria, y en algunos casos -el legado de cosa ajena, por ejemplo- puede tratarse, incluso, de bienes extrahereditarios. Sin embargo, estos legados forman parte del pasivo de la herencia que debe inventariarse, y los gastos de entrega del legado son cargas hereditarias (art. 461-19.d) CCCat), por lo que procede su liquidación en la partición de la herencia, lo que conduce a la necesidad de su inventario igualmente a efectos de posible inoficiosidad y cuarta falcidia. Porque, como se tratará después con mayor amplitud, es función, también, del contador-partidor, de conformidad con el art. 786.2 LEC, la liquidación del caudal relicto partible, y para liquidar es imprescindible conocer el pasivo de la herencia, que viene configurado, entre otros elementos, por las legítimas de los hijos, que estos no hayan percibido todavía, y que deben calcularse sobre el caudal relicto neto. Y ello, a su vez, tiene trascendencia en vista a una posible reducción de los legados si perjudican a esa legítima de los hijos que todavía no se ha calculado[24]. Al respecto, debe recordarse que existe un orden legal para el cobro con los bienes hereditarios; primero deben pagarse las deudas y cargas de la herencia, luego los legitimarios y el cónyuge viudo con derecho a la cuarta vidual cobran antes de que los legatarios y herederos reciban lo que les corresponda tomar en la herencia, estos tienen derecho a percibir la cuarta falcidia si están excesivamente gravados con legados, y solo detraída, si procede, la falcidia, deben entregarse los legados[25]. Naturalmente, el contador-partidor debe respetar este orden, y para ello el inventario íntegro es ineludible.
Por su claridad y rotundidad es menester transcribir los razonamientos que formula la STSJC 2/2021, de 14 de enero[26], que confirman tajantemente cuanto se acaba de argumentar:

> «Pel que fa al contingut de l'inventari, l'article 794.1 LEC disposa -en termes semblants als dels articles 1066 i 1067 de la LEC de 1881- que "contendrá la relación de los bienes de la herencia y de las escrituras, documentos y papeles de importancia que se encuentren".
>
> Amb l'expressió "bienes de la herència" hom fa referència al cabal relicte del causant en el sentit més amunt expressat, comprensiu del conjunt de béns i drets que integren el seu patrimoni en la data del traspàs, sense exclusions. Subratllarem en aquest sentit que la formació d'inventari pot obeir a una intervenció judicial de l'herència quan ni tan sols consti l'existència de testament ni de parents cridats a la successió o mentre es tramita la declaració d'hereus intestats (art. 791-792 LEC), casos en els quals és ociosa tota previsió de llegats.
>
> La STS 164/2020, de 11 de març, des de l'estricta perspectiva de l'article 794.4 II LEC, ressalta la conveniència que l'inventari del cabal relicte reflecteixi amb la màxima fidelitat l'actiu hereditari (en aquell cas en un procediment declaratiu tramitat en paral·lel al de divisió de l'herència es va declarar que un bé inclòs en l'inventari de l'herència en realitat pertanyia a tercers, nets del causant).
>
> D'altra banda, convé precisar que la STS de 25 de maig de 1992 -invocada per la sentència del jutjat- no diu de manera expressa que els béns objecte de llegat no formen part de l'inventari, sinó exactament que "tales bienes no entran a formar parte del caudal hereditario sobre el que han de versar las operaciones particionales", la qual afirmació és coherent amb la regulació en el Codi civil espanyol del règim d'adquisició dels llegats (arts. 882 i 885), que fa que els béns objecte de llegats no hagin de ser repartits entre els hereus. I també ho és des de la perspectiva del règim català d'adquisició dels llegats abans exposat.
>
> En aquest punt significarem que el recurrent no ha deixat de subratllar que el fet "que todos los bienes y derechos del causante pasen a formar parte del inventario no significa que todos los inventariados vayan a ser objeto de partición" (al·legació 5ª recurs d'apel·lació), ja que els béns de què disposà el testador en forma de llegat òbviament no han de ser adjudicats entre els hereus, sinó lliurats als legataris en la forma indicada pel testador o subsidiàriament per la llei, amb independència que en el nostre cas els legataris -amb l'excepció de l'esposa i els besnets del causant- son també hereus.
>
> 7. Segons l' article 786.1 LEC, el comptador designat ha de dur a terme les operacions divisòries "con arreglo a lo dispuesto en la ley aplicable a la sucesión del causante; pero si el testador hubiere establecido reglas distintas para el inventario, avalúo, liquidación y división de sus bienes, se atenderá a lo que resulte de ellas, siempre que no perjudiquen las legítimas de los herederos forzosos [...]".

[24] Así, también RUBIO GARRIDO, *La partición*, pp. 166-167.

[25] Con más detalle, DEL POZO/VAQUER/BOSCH, *Derecho de sucesiones*, pp. 533-535.

[26] ECLI:ES:TSJCAT:2021:2757.

> Aquesta norma de procediment referma la pertinència d'incloure en l'inventari del cabal relicte la integritat dels béns -coses i drets patrimonials- que deixa el causant a la seva mort, ja que només amb una visió integral del cabal relicte és factible de practicar les operacions de divisió i adjudicació de béns entre els hereus amb ple respecte al caràcter imperatiu de les llegítimes o parant atenció a les previsions de reducció o supressió de llegats excessius recollides en els articles 427-39 i 427-40 CCCat.
>
> Des d'aquesta perspectiva no és casual que l'article 784.3 LEC estableixi que, si no hi ha acord entre els hereus, la designa del comptador es faci per sorteig entre "los abogados ejercientes con especiales conocimientos en la materia".
>
> Recordem que la llegítima és una atribució patrimonial ex lege reconeguda a determinades persones en la successió del causant que pot arribar a provocar la inoficiositat legitimària quan, amb el valor de l'actiu hereditari líquid no resten a l'hereu béns relictes suficients per a pagar les llegítimes, els llegats en concepte de tals o imputables a les llegítimes i els suplements (arts. 451-1 i 451-22 CCCat i SSTSJ 19/1992 i 24/1999, entre altres). La computació de la llegítima parteix del valor líquid de l'herència en el moment de la mort del causant, i la institució d'hereu i el llegat a favor de qui resulti ésser legitimari impliquen atribució de llegítima, encara que no s'expressi així, i s'hi imputen pel valor dels béns en el moment de la mort si el causant no disposa una altra cosa; ambdues operacions són diferents d'una hipotètica col·lació integrada en la partició (arts. 451-5, a/, 451-7.1 i 464-17 CCCat i SSTSJ 17/2019, de 9 de febrer, i 37/2019, de 20 de maig).
>
> En conseqüència, si la pràctica de les operacions divisòries "con arreglo a lo dispuesto en la ley aplicable a la sucesión del causante" implica en supòsits com el del present recurs el respecte absolut a les llegítimes dels fills del causant i una hipotètica aplicació de les normes reguladores de la reducció o supressió de llegats, esdevé ineludible la presa en consideració en la primera operació divisòria (inventari del cabal relicte) també dels béns hereditaris de què hagi disposat el causant per via de llegat.
>
> 8. En virtut del que s'ha exposat, el motiu ha de ser acollit.
>
> La demanda que obre aquest litigi va ser promoguda a l'empara de l'article 782.1 LEC per dues persones físiques en la seva principal qualitat d'hereus del causant, sense perjudici que també acumulessin la condició de legataris i de legitimaris del propi causant (en puritat, en virtut de la transmissió sancionada per l'article 451-2.3 CCCat, son titulars del dret a percebre la llegítima en la successió del causant que corresponia al seu pare), de manera que en l'inventari corresponent s'havien d'incloure tots els béns del causant, fins i tot aquells dels que disposà a títol de llegat, col·locant així al comptador-partidor en les millors condicions per establir amb la major exactitud -jurídica i matemàtica- la repercussió de les disposicions *mortis causa* a títol particular en les ulteriors operacions de divisió i adjudicació».

Por otra parte, cuando el art. 786.2 LEC impone al contador-partidor el inventario del caudal partible, presupone que se inventaría todo el caudal partible conocido o que puede conocerse, sin perjuicio de que, si aparecen con posterioridad otros bienes que de inicio eran ignorados, pueda realizarse una adición a la partición (art. 464-15.1 CCCat)[27]. Lo que no es admisible es que el contador-partidor renuncie a un inventario íntegro de los bienes partibles conocidos y conocibles[28]. La integridad del inventario es básica, en atención al conjunto de funciones del contador-partidor que se han enumerado, y ello exige que tome un papel activo. No es ocioso recordar que la jurisprudencia invoca con frecuencia el principio de facilidad probatoria, que pesa sobre aquel o aquellos herederos o beneficiarios en la herencia más próximos al causante, quienes deben asumir las consecuencias de no proporcionar la información que es razonable de que dispongan. Basta citar la STSJC 11/2011, de 28 de febrero[29], relativa al cálculo de la legítima de la herencia de un causante que, antes de su defunción, había vendido unas acciones por un valor superior a los 580.000 euros, que depositó en una cuenta bancaria que luego canceló, habiéndose perdido el rastro del dinero. El Tribunal Superior ordena la computación de dicha cantidad a efectos del cálculo de la legítima, argumentando que «su desinterés [de la heredera, en el caso] y silencio ante el destino de tan importante suma, no resulta verosímil, máxime si su convivencia hasta el momento de la muerte fue constante, atendido

---

[27] Siempre que se trate de la omisión de bienes no sustanciales en la partición, procede la adición y realizar una partición complementaria, manteniendo la partición ya realizada sin tales bienes; pero si la omisión es sustancial teniendo en cuenta la composición de la masa partible, entonces procede la ineficacia de la partición practicada y proceder *ex novo*. Al respecto, DEL POZO CARRASCOSA, P., art. 464-15, en EGEA/FERRER (dir.), *Comentaris*, pp. 1651-1653.

[28] Señala GONZÁLEZ ACEBES, *El contador-partidor*, p. 313, que el contador-partidor puede recabar información sobre los bienes relictos en oficinas públicas y privadas, acreditando su condición.

[29] ECLI:ES:TSJCAT:2011:1863.

su estado de salud, y el espacio de un año y medio es insuficiente para estimar que dicha suma ha sido invertida en "gastos corrientes" de la unidad familiar, por lo cual, no puede afirmarse, con éxito, que falta el enlace lógico entre los indicios y la conclusión obtenida acerca de la inclusión en la masa hereditaria del dinero obtenido por la venta de las participaciones sociales». Por otra parte, son diversos los pronunciamientos judiciales que abogan por computar a efectos del cálculo de legítima aquellas cantidades extraídas de las cuentas bancarias que no han redundado en provecho de sus titulares[30]. Obviamente, el contador-partidor no goza de las prerrogativas del juez, pero tampoco cabe que permanezca pasivo ante la posible evaporación de elementos del caudal relicto. Los bienes inventariados deben identificarse suficientemente.

Por último, se incluye en el inventario los frutos civiles y naturales que hayan generado los bienes relictos. Al respecto, hay que tener presente el art. 464-9 CCCat, que en su primer apartado dispone que los coherederos deben reintegrarse recíprocamente, en proporción a su haber, los frutos y rendimientos que hayan percibido individualmente de los bienes relictos, así como los gastos necesarios y útiles que hayan realizado en estos. Los rendimientos de los bienes dentro de la comunidad hereditaria pertenecen a esta, y deben ser compartidos (art. 463-3.1 CCCat), y repartidos en la partición[31]. A diferencia del art. 1063 CC, no aparece mencionada la partición como momento del reintegro; sin embargo, si tales rendimientos no hubieren sido apropiados por uno o más coherederos, habrían entrado en la masa particional, por lo que es un criterio acertado tener en cuenta estos créditos a favor de la masa particional para hacer los ajustes oportunos en los lotes, previa su inclusión en el inventario.

3.2. Avalúo de los bienes relictos

Como ya se ha observado, el mismo nombre de la figura, «contador-partidor», revela que su función es, con carácter primordial, «contar» esto es, valorar los bienes partibles (art. 786.2.2 LEC). Así lo reconoció, con arreglo a la LEC de 1881, la RDGRN de 13 de noviembre de 1998[32]: «la valoración individualizada de todos y cada uno de los bienes que integran el caudal partible, es una de las operaciones inherentes al cometido del albacea-contador-partidor (cfr. art. 1.074 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), de la que no puede prescindirse pues incide en la eficacia de la partición realizada». Pero no es sólo eso, es que el avalúo de todos los bienes es fundamental para la liquidación de la herencia, operación en la que, inevitablemente, como recuerda el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la sentencia transcrita antes, afecta al cálculo de las legítimas y a la concurrencia del derecho a detraer la cuarta falcidia. Ahora bien, el contador-partidor se vale de uno o más peritos que «intervienen» en el avalúo, los que estime necesarios, «pero nunca más de uno por cada clase de bienes que deban ser tasados» (art. 784.3 in fine).

---

[30] Por ejemplo, SAP Barcelona, secc. 1ª, 215/2020, de 29 de junio, ECLI:ES:TSJCAT:2011:1863: «Pues bien del escrito de demanda de dicha codemandada, aunque hablando erróneamente de bienes colacionables, se reconoce expresamente que ciertas cantidades, en concreto las sumas de 4.000, 15.000, 20.000 y 12.000 euros no se realizaron para el sostenimiento de la causante, entendiendo así que las mismas serían "colacionables", y además son tenidas en cuenta en dicho escrito de contestación para fijar cuál sería el importe de la legítima del actor.

De igual modo al contestar a la demandada la Sra. María Purificación reconoció expresamente que ciertas cantidades, en concreto extracciones de 15.000, 20.000 y 12.000 euros no lo fueron para mantenimiento de la causante.

Y finalmente se reconoció por parte de Adela que los 1.000 euros extraídos de la cuenta de la causante el día de su fallecimiento lo fueron para flores y comer personas de la familia, sin que conste que todos los herederos y legitimarios estuvieran conformes en dicha disposición, ni si todos participaron de la misma. En definitiva, conforme a tales declaraciones la suma de 52.000 euros que se extrajo de la cuenta de la Sra. Adela desde septiembre de 2015 no lo habría sido para su sostenimiento, ni consta desde luego voluntad alguna de la misma de realizar donaciones a sus hijas por dicho importe.

Por tanto, teniendo en cuenta que a fecha de fallecimiento dicha cuenta tenía un saldo de 1.452,37 euros, el saldo que debía fijarse como parte del caudal relicto ascendería a la suma de 53.452,37 euros, suma algo inferior a la que reclamó el actor en el acto de la vista, y a la que habrá de estarse.»

[31] Al respecto, para el CC, CARBALLO FIDALGO, *Las facultades*, pp. 307-308, BUSTO LAGO, «Aspectos sustantivos», pp. 311-312, o SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, *La partición judicial*, p. 213. En palabras de la STS 807/2002, de 25 de julio, ECLI:ES:TS:2002:5697: «la expresión legal "deben abonarse recíprocamente en la partición" no es apropiada, pues se tratará, en su caso, de aportaciones a la masa todavía partible o de valores a deducir de la misma, pero no entre los coherederos. Es decir, la responsabilidad no es entre los coherederos, sino entre los herederos y la herencia».

[32] BOE núm. 294, de 9.12.1998, pp. 40677-40679.

Todavía en relación con el avalúo de los bienes, es menester recordar que todos los bienes relictos deben valorarse de forma homogénea según su valor real[33]. Lo ha repetido hasta la saciedad la jurisprudencia, si bien no directamente en relación con la partición. Así, la STSJC 51/2003, de 22 de diciembre[34], consideró que «los bienes mencionados (los que componen el caudal relicto) han de ser valorados por su valor real de mercado […], sea cual sea la fecha en que se proceda a reclamar, calcular o pagar la legítima de que se trate descontando los gravámenes que, sin ser prenda o hipoteca, les afecten». Por su parte, la del mismo Tribunal Superior 8/2008, de 6 de marzo[35], afirmó, en una sucesión regida por el derecho contenido en la Compilación, pero que tiene total identidad de razón con el Código civil vigente, que «l'article 129 de la Compilació no estableix quin criteri s'ha de seguir a l'hora de valorar els béns hereditaris als efectes de la computació legitimària. Però no hi ha dubte que el valor en venda és o pot ésser un valor objectiu i real, com ho acredita el fet que l'article 283 del projecte de Compilació del dret civil de Catalunya digués que s'havia de partir del «valor en venta» dels béns de l'herència, i si bé es cert que aquesta previsió no va passar al text legal, això vol dir únicament que el valor en venda no és l'únic que s'ha de tenir en compte, però no que s'hagi de prescindir del valor en venda». La SAP Barcelona, sec. 19ª, 456/2022, de 16 de septiembre[36], afirma que «inequívocamente la valoración de los bienes no ha de responder ni a conceptos fiscales, ni repositorios, ni a cálculos de construcción ni otros relevantes en otros ámbitos, sino al más concreto y delimitado valor de mercado».

Según resulta del art. 464-13 CCCat, la valoración de los bienes debe referirse al momento en que se realiza la partición[37]. Conforme a esta norma, la rescindibilidad por lesión de la partición toma como parámetro «el valor de los bienes en el momento en que se adjudican» en relación con el valor de la cuota hereditaria, por lo que el avalúo debe buscar el valor real de los bienes en el momento de la formación de los lotes. Sin embargo, si el contador-partidor debe calcular legítimas o prever la inoficiosidad de legados, entonces la valoración debe referirse al momento del fallecimiento del causante (art. 451-5.a i 451-22.1 CCCat), por lo que en tal caso se requiere una doble valoración de los bienes partibles para cada uno de esos dos momentos[38].

3.3. Liquidación del caudal partible

Es, también, misión legal del contador-partidor la liquidación del caudal partible. La liquidación es la operación particional mediante la que se calculan todas las deudas y cargas de la herencia que no hayan de subsistir[39] (como deudas a plazo, préstamos pendientes de amortización, etc.). Es meramente contable, pues ninguna norma legitima al contador-partidor para realizar pagos[40], salvo lo que se dirá más adelante. Ya se ha indicado que la determinación exacta del pasivo es necesaria para el correcto cálculo de las legítimas y, por ende, para poder determinar la inoficiosidad, o no, de las donaciones y legados, o la procedencia de la cuarta falcidia. En esta línea de argumentación, es preciso tener en cuenta la compatibilidad de la cuarta falcidia con la legítima, tal como resulta del art. 427-47.2 CCCat, a cuyo tenor «si el heredero es legitimario, tiene derecho a cuarta falcidia o cuota hereditaria mínima, además de derecho a la legítima». También es menester tener en cuenta que entre las cargas de la herencia figuran los gastos de entrega de legados, de

---

[33] CARBALLO FIDALGO, *Las facultades*, p. 310; RUBIO GARRIDO, *La partición*, pp. 277-279.

[34] ECLI:ES:TSJCAT:2003:13181.

[35] ECLI:ES:TSJCAT:2008:7469.

[36] ECLI:ES:APB:2022:9683.

[37] Así, también, PUIG FERRIOL, L./ROCA TRIAS, E., *Institucions del dret civil de Catalunya. III. Dret de Successions*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 669. Lo mismo para el Código civil DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema*, p. 271, SEOANE SPIEGELBERG, J.L., «El procedimiento para la división judicial de la herencia», p. 594, SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, *La partición judicial*, pp. 207-209, y STS 14 julio 1990, ECLI:ES:TS:1990:5664, o 954/2005, de 14 de diciembre, ECLI:ES:TS:2005:7532 («reiterada jurisprudencia de esta Sala ha proclamado que la valoración de los bienes sujetos a una operación particional debe referirse al momento de la liquidación»). Expresa alguna reticencia LASARTE, C., *Principios de derecho civil. Derecho de sucesiones*, 13ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2018, p. 351.

[38] LETE ACHIRICA, J./LLOBET AGUADO, J., «Partición (II): comunidad hereditaria en Cataluña», en GETE-ALONSO, (dir.), *Tratado de derecho de sucesiones*, II, pp. 2583-2619, p. 2584. Lo mismo para el Código civil, BUSTO LAGO, «Aspectos sustantivos», pp. 349-350; SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., «La partición de la herencia (II)», en SÁNCHEZ CALERO, F.J., *Curso de derecho civil IV. Derecho de familia y sucesorio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 497.

[39] PUIG FERRIOL/ROCA TRIAS, *Institucions*, p. 669.

[40] CARBALLO FIDALGO, *Las facultades*, pp. 313 y 317; ESPEJO LERDO DE TEJADA, «El contador-partidor», p. 44.

pago de legítimas y de albaceazgo, si los hay (art. 461-19.e CCCat)[41]. Que todo el pasivo debe inventariarse y avaluarse resulta del art. 464-9.2 CCCat, cuando advierte que «los gastos que la partición genere en interés común de los herederos deben deducirse de la herencia». Un gasto de este tipo lo constituye, por ejemplo, la escritura en que se eleve a documento público la partición con las adjudicaciones acordadas, lo que permitirá las inscripciones que sean procedentes en los registros públicos de que se trate, o la misma remuneración del contador-partidor[42]. Obviamente, la «herencia» se refiere a la «herencia que debe partirse», con lo que el precepto está presuponiendo que el resto de pasivo, pues no tendría sentido que el legislador únicamente contemple los gastos de partición, también debe inventariarse y contabilizarse para poder proceder a la división y adjudicación de los bienes a partir.

La liquidación procede realizarla antes de la formación de los lotes y, en especial, de la entrega y adjudicación de los bienes a los coherederos, pues de otro modo esos lotes podrían deber ser objeto de rectificación para hacer frente a deudas o cargas no contabilizadas. Lo anterior no significa, hay que insistir en ello, que el contador-partidor deba realizar personalmente los pagos, pero sí que, cuando menos, debe reservar la partida correspondiente en el inventario. Debe recordarse que los acreedores por deudas o cargas son preferentes para el cobro con los bienes relictos, como resulta meridianamente claro del art. 464-3 CCCat, cuando dispone que «los acreedores del causante pueden oponerse a que se haga la partición de la herencia hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos», y del art. 788.3 LEC, que, siendo la partición judicial, dispone que tras la oposición de los acreedores no se hará entrega de los bienes a los herederos sin que aquellos hayan cobrado o se les haya garantizado el pago.

En relación con las legítimas, ya se ha repetido que corresponde al contador-partidor calcular tanto la legítima global como la legítima individual de cada legitimario. Ahora hay que añadir que, conforme al art. 451-11 CCCat, corresponde también al contador-partidor el pago de las legítimas. De conformidad con este precepto, «El heredero o las personas facultadas para hacer la partición, distribuir la herencia o pagar legítimas pueden optar por el pago, tanto de la legítima como del suplemento, en dinero, aunque no haya en la herencia, o por el pago en bienes del caudal relicto, siempre y cuando, por disposición del causante, no corresponda a los legitimarios percibirlos por medio de institución de heredero, legado o asignación de un bien específico, atribución particular o donación». El contador-partidor dativo es, expresamente por su cargo, una persona facultada para hacer la partición, por lo que, conforme al citado art. 451-11, sí goza de legitimación para el pago de las legítimas[43]. Si está legitimado para el pago de las legítimas, por lógica debe proceder a realizar los cálculos legitimarios y analizar si hay activo suficiente para pagarlas o puede plantearse la inoficiosidad de legados y donaciones, como ya se ha señalado repetidamente. Lamarca Marquès[44] plantea la duda de si el contador-partidor, además de pagar en metálico de la herencia, puede proceder a realizar bienes de la herencia para efectuar el pago, y parece decantarse por la respuesta afirmativa. En efecto, si este precepto legitima específicamente al contador-partidor para el pago, facultando para hacerlo en dinero, aunque no sea hereditario, o en bienes relictos, sin introducir ninguna excepción, hay que concluir que puede llevar a cabo todos aquellos actos jurídicos que sean necesarios no

[41] Sobre la distinción entre legado y gastos de entrega de legado como carga hereditaria, VILLÓ TRAVÉ, C., *La responsabilidad por el pago de las deudas hereditarias en el derecho civil de Cataluña*, Atelier, Barcelona, 2018, pp. 148-149.

[42] SEOANE SPIEGELBERG, «El procedimiento para la división judicial de la herencia», p. 575.

[43] Lo estima para el contador-partidor testamentario GÓMEZ CLAVERÍA (2011), art. 464-5, p. 1352. No opina así JOU MIRABENT, L., art. 451-11, en ROCA TRIAS (coord. gen.), Sucesiones. Libro cuarto del Código civil de Cataluña, pp. 1116-1118, p. 1116, reiterando su parecer manifestado en JOU MIRABENT, L., art. 362, en JOU MIRABENT, L. (coord.), *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*, pp. 1225-1227, p. 1226, pues enumera entre los legitimados para realizar la partición a los efectos del pago de la legítima al heredero, al albacea universal, al albacea particular con facultad de partir, al cónyuge y los dos parientes distributarios, al cónyuge usufructuario de regencia, y al curador de la herencia yacente, pero no al contador-partidor, ni siquiera al testamentario.

[44] LAMARCA MARQUÈS, A., art. 451-11, en EGEA/FERRER, *Comentaris*, pp. 1358-1364, p. 1360. Este precepto procede del art. 134 de la Compilación en la redacción otorgada por la Ley 8/1990, de 9 de abril, de modificación de la regulación de la legítima, del que pasó, sin modificaciones, al art. 362 del Código de Sucesiones. FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, F., «Nueva regulación de la legítima en derecho catalán», *La Llei de Catalunya i Balears*, 1991, pp. 703-710, p. 704, no ofrece ninguna razón de la introducción de este art. 134, pero sí que apunta como objetivo de la reforma «desembarazar al heredero o herederos, a un máximo nivel, de las trabas que puedan aportar los derechos legitimarios», lo que apoya una interpretación de la norma vigente lo más favorable a una concepción amplia de las facultades del contador-partidor respecto del pago de las legítimas.

ya para el cálculo, sino para el pago efectivo de las legítimas[45]. Por el contrario, el contador partidor dativo carece de la facultad de optar por el pago del legado de parte alícuota en dinero, pues el art. 427-36.1 CCCat únicamente confiere legitimación al heredero[46].

3.4. ¿Está el contador-partidor sometido al derecho civil catalán legitimado para la entrega de legados?

Una cuestión que no resuelve expresamente el derecho de sucesiones catalán es si compete al contador-partidor la entrega de los legados. Como se ha argumentado antes, no procede aplicar ni el Código civil -directa o supletoriamente- ni traer sin más las conclusiones a que ha llegado la doctrina que ha estudiado la figura en el derecho estatal. Al contrario, lo procedente es autointegrar el derecho catalán y buscar la solución sin acudir a otro ordenamiento jurídico. De entrada, podría pensarse que la respuesta es negativa, por cuanto el art. 427-18 CCCat solo contempla a la «persona gravada» con el legado en relación con su cumplimiento. Sin embargo, lo que en realidad indica el precepto es que únicamente la persona gravada está obligada al cumplimiento; este artículo se ocupa de las personas obligadas a entregar los legados de eficacia real y a cumplir los de eficacia obligacional, pero no es un artículo sobre la legitimación[47], en la medida en que existe específicamente un cargo que, sin estar obligado, sí está legitimado. Se trata del albacea. El albacea puede asumir funciones de contador-partidor, como resulta de los art. 429-5.1 y 429-13.3 y, en particular, del art. 429-10-f) CCCat, conforme al cual el albaceazgo universal de entrega directa de remanente de bienes hereditarios faculta para, «en defecto de contador partidor, practicar la partición de la herencia». Por consiguiente, pudiendo corresponder al albacea la función de contador-partidor, cabe apoyarse en la regulación del albaceazgo para discernir si el contador-partidor está facultado para entregar los legados ordenados por el causante. Esto significa que, siendo varios los herederos, y no habiendo ordenado la partición el testador -como sería el caso si hubiera nombrado un albacea de realización dineraria de toda la herencia del art. 429-9 CCCat- o no habiendo nombrado a un contador-partidor, la partición de la herencia puede corresponder al albacea.

Si los albaceas o, más en concreto, los albaceas universales de entrega del remanente de los bienes, pueden asumir funciones de contador-partidor, hay que analizar qué función les compete en relación con los legados. Conforme al art. 429-10.b) CCCat, el albacea está facultado para «cumplir los legados y demás disposiciones testamentarias». Esto se corresponde con la misión del albacea de ejecutor del testamento. Pero, como se ha advertido antes, trazar una analogía entre las funciones de albacea y de contador-partidor requiere tener en cuenta que en el albacea concurre un elemento de confianza del testador del que carece un contador-partidor dativo, que no ha recibido encargo alguno del testador. Por ello, al contador-partidor cabe reconocerle la facultad de «entregar» los legados, pero «cumplir» los legados, sin disponer de instrucciones del testador, se antoja ciertamente complicado.

Ahora bien, el albacea solo está facultado para partir la herencia en defecto del cargo específico que debe cumplir esta función. En efecto, conforme al art. 429-10.f) CCCat, el albacea de entrega del remanente de los bienes tiene la función de partir la herencia «si no hay contador-partidor». El CCCat no cualifica a este contador-partidor, pero, por el contexto del precepto, únicamente puede tratarse de un contador-partidor testamentario, pues no tendría ningún sentido que en una herencia sin heredero[48] en que esta se reparte

---

[45] No es clara la posición de GÓMEZ CLAVERÍA, art. 464-5, p. 1352, cuando, por un lado, afirma que el contador-partidor testamentario está facultado para pagar legítimas, decidiendo el pago en metálico o en bienes de la herencia, pero, por otro lado, negando que pueda realizar actos dispositivos, si bien ninguno de los ejemplos con que ilustra sus afirmaciones se refiere a la disposición de bienes relictos para obtener metálico con que satisfacer las legítimas.

[46] MEZQUITA DEL CACHO, art. 55, p. 251.

[47] MIRAMBELL ABANCÓ, A., art. 427-18, en EGEA/FERRER (dir.), p. 505, distingue entre «persona gravada» y «persona facultada» para entregar el legado. En cuanto a esta última, MIRAMBELL ABANCÓ, A. (1994), «Els llegats. La nova regulación segons la Llei 40/1991, de 30 de desembre», en Àrea de Dret Civil Universitat de Girona (coord.), Setenes Jornades de Dret Català a Tossa. El nou dret successori de Catalunya, PPU, Barcelona, 1994, pp. 89-148, p. 140, señala como personas facultadas al albacea -el particular si ha sido específicamente facultado- y, en su defecto, el administrador de la herencia yacente -igualmente si tal facultad le ha sido específicamente conferida-.

[48] Es verdad que no hay ninguna norma que impida al testador nombrar uno o más herederos y uno o más albaceas universales en la misma sucesión. Esta cuestión se ha tratado en VAQUER ALOY, A., «Perspectives de futur en l'àmbit del dret català de successions», en INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.), *Els Reglaments*

mediante legados alguien pudiera instar la partición judicial y que hubiera que nombrar un contador-partidor dativo.

Por ello, usualmente el contador-partidor dativo intervendrá en la partición de una herencia con herederos instituidos pero sin albaceas designados. En esta situación, debe concluirse que el contador-partidor dativo sí está, en derecho catalán, facultado para entregar los legados[49]. Los herederos no se han puesto de acuerdo para terminar convencionalmente con la comunidad hereditaria, por lo que es previsible que, siendo varios los gravados con los legados, tampoco se pongan de acuerdo en la entrega de estos. Interesa, además, a los legatarios que el contador-partidor dativo esté facultado, para no depender por completo de los herederos. Ahora bien, solo cabe en aquellos legados en que su actuación sea neutra y no deba sino limitarse a ejecutar la voluntad testamentaria. Esto significa que el contador-partidor, en el ejercicio de su cargo y una vez realizado el inventario y avalúo en los términos señalados en los apartados anteriores, está facultado para entregar los legados de eficacia real, en particular los legados de cosa propia y determinada del testador. En cambio, no dispone de la facultad de «cumplir» los legados de eficacia obligacional. En general, porque no es albacea y carece de la amplitud de funciones de este y de la confianza del causante; los legados de eficacia obligacional deben cumplirlos los herederos. En particular tiene que ser así cuando haya herederos gravados específicamente, a quienes la testadora ha impuesto directamente la obligación de cumplir, por ejemplo, un legado de cosa ajena, y esa voluntad testamentaria debe prevalecer como ley de la sucesión (art. 421-1 CCCat).

3.5. División de la masa partible

La siguiente fase en el desempeño de sus funciones consiste en la división, que se concreta en la formación de lotes. Por supuesto, el contador-partidor debe respetar la voluntad del causante, que en cuanto a la partición puede haberse expresado mediante la ordenación de prelegados o estableciendo normas particionales, por ejemplo. Cobra protagonismo el art. 464-8 CCCat, que establece que «en la partición debe guardarse igualdad en la medida en que sea posible, tanto si se hacen lotes como si se adjudican bienes concretos». A pesar de que el precepto únicamente parece contemplar, en su literalidad, la «igualdad» entre lotes, hay argumentos suficientes en el Código civil de Cataluña para defender que la «igualdad» del art. 464-8.1 se refiere no solo a una igualdad económica en cuanto al valor de los lotes, es decir, el punto de vista cuantitativo, sino también a una igualdad cualitativa, u «homogeneidad» de los lotes, es decir, que los lotes sean equilibrados no ya en cuanto a su valor final, sino también en cuanto a los bienes que los conforman[50]. Así, el art. 426-33.2 CCCat, en relación con los que han de integrarse en la cuarta trebeliánica, habla de «bienes de la herencia que no sean ni de la mejor ni de la peor condición», y el art. 451-12.2

europeus i l'evolució del Dret català de contractes, familia i successions, Documenta, Girona, 2019, pp. 403-457, pp. 447-449, con referencias bibliográficas. Sin embargo, carece de sentido planificar de esta manera la sucesión con cargos -herederos y albaceas- dotados de idénticas facultades que se superpondrían causando infinidad de dificultades. De ahí que lo más lógico es que el nombramiento de albacea universal no vaya acompañado de herederos testamentarios. VILLÓ TRAVÉ, *La responsabilidad*, pp. 47-53, defiende que si el testador nombra herederos y albaceas universales, aquellos en realidad son legatarios de parte alícuota.

[49] A la misma conclusión llega, aunque con argumentos parcialmente distintos al operar sobre otras normas, la doctrina que analiza el Código civil español. Así, ESPEJO LERDO DE TEJADA, «El contador-partidor», p. 60, a pesar de que el art. 885 CC no lo prevea, sino el art. 82 RH; razona este autor que «[e]l art. 81 RH establece que para inscribir a favor del legatario los inmuebles específicamente legados se requerirá la escritura de partición de la herencia o de aprobación y protocolización de operaciones particionales formalizada por el contador-partidor en la que se asigne al legatario el inmueble o inmuebles legados. Otra posibilidad sería inscribir la escritura de entrega otorgada por el legatario y el contador-partidor o el albacea facultado para hacer la entrega o, en su defecto, por el heredero o herederos. La solución de la norma se ha prestado a discusión doctrinal sobre todo por apartarse aparentemente de la letra del art. 885 CC que no prevé la entrega del legado por el contador-partidor, sino solamente por los herederos o por el albacea. No obstante, atendidas las finalidades de la exigencia de que el legado sea entregado por estas personas y que no se pueda tomar por sí mismo por el propio legatario, que no es otra que la protección de las legítimas y de los acreedores de la herencia, entendemos que la interpretación que ha realizado el reglamento es acorde con las finalidades del sistema legal, y no se puede entender contrario al mismo». RUBIO GARRIDO, *La partición*, p. 309, sin expresarse con rotundidad, solo parece excluir que el contador-partidor goce de legitimación cuando hay albacea.

[50] Así, PUIG FERRIOL, L./ROCA TRIAS, E., *Institucions*, p. 669. Lo mismo, para el Código civil, entre otros, DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema*, p. 272; BUSTO LAGO, «Aspectos sustantivos», pp. 385-386; CARBALLO FIDALGO, M., art. 1057, en CAÑIZARES LASO, A./DE PABLO CONTRERAS, P./ORDUÑA MORENO, J./VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (dir.), *Código civil comentado*, II, Thomson Civitas, 2011, pp. 1736-1743, p. 1742. Es lo que el Tribunal Supremo llama «criterio de estricta equidad»: STS 1114/2004, de 29 de noviembre, ECLI:ES:TS:2004:7677; 845/2005, de 2 de noviembre, ECLI:ES:TS:2005:6681; 1093/2006, de 7 de noviembre, ECLI:ES:TS:2006:7778.

CCCat, en cuanto a los bienes con que pagar las legítimas, invoca «la calidad y el valor de los bienes que componen la herencia y del lote que pretenda adjudicarse al legitimario». Ciertamente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ante la norma equivalente que es el art. 1.061 CC, es constante en afirmar que no es precisa una igualdad matemática y absoluta, por lo que no debe llevar a declarar nula la partición por una divergencia cualquiera entre lotes, ni tampoco si las diferencias entre la composición de los lotes obedecen a motivos razonables o circunstancias concurrentes que puedan justificarlas. La sentencia del Tribunal Supremo 323/2014, de 6 de junio[51], sintetiza la doctrina jurisprudencial del siguiente modo: «La jurisprudencia viene entendiendo, respecto al principio de igualdad cuantitativa a que alude el precepto, tomando en cuenta que habla de la «posible igualdad» y las excepciones que contempla el art. siguiente, que el art. 1061 del Cc. tiene un carácter más bien facultativo que imperativo».

La partición de la herencia debe evitar la indivisión de los bienes en lo medida de lo posible. Esta idea se desprendía con claridad del derogado art. 1078 de la LEC de 1881, a cuyo tenor «el contador dirimente, resumiendo los puntos en que las partes estuvieran conformes, se limitará a formular, con arreglo a derecho, aquella o aquellas operaciones en que hubiere desacuerdo, procurando evitar la indivisión, lo mismo que la excesiva división de las fincas.» Ahora insiste en ella el art. 786.1 *in fine* LEC: «Procurará, en todo caso, evitar la indivisión», añadiendo como el criterio económico «así como la excesiva división de las fincas». Obviamente, puesto que debe observar, asimismo, el derecho vigente, no cabe que el contador-partidor divida fincas por debajo de la unidad mínima de cultivo aplicable en cada lugar ni obviando otros límites legales al derecho de propiedad (art. 464-8.3 CCCat). Por otra parte, el contador-partidor debe tener presente si existe algún bien indivisible, ya sea por naturaleza o económicamente porque desmerezca con la división o se trate de una colección cuya desmembración implica su devaluación, supuesto que contempla en particular el art. 464-8.2 CCCat, que dispone que, en tal caso, se adjudican conforme a las reglas del art. 552-11 CCCat. De este modo, el contador-partidor deberá atender a qué coheredero tiene mayor interés o, si los hay igualmente interesados, cuál tiene mayor participación; en caso de igualdad, decide la suerte, lo que supone que deba proceder a un sorteo, que conllevará la obligación del favorecido de abonar en metálico a los otros el valor pericial de su participación. Y si ninguno de los coherederos tiene interés en esos bienes, el contador-partidor debe proceder a su realización y a repartir el precio; la legitimación para disponer del bien procede directamente de la Ley, por lo que no suscita mayor problema. En cambio, no considero aplicable, a pesar de la remisión genérica a las reglas del art. 552-11 CCCat, la que se contiene en su apartado 3 en caso de comunidad hereditaria, salvo que la herencia se componga de un único bien indivisible: no resulta admisible que el instituido heredero en 4/5 de la herencia pueda exigir la adjudicación de todos los bienes relictos partibles pagando en metálico el valor de su respectiva cuota, pues tal resultado sería contrario al espíritu del art. 464-7.2 CCCat en el sentido ya expresado que, con independencia de cuál sea su cuota, cualquier coheredero puede instar la partición judicial. La excepción de la herencia compuesta por un único bien partible es lógica: en tal caso, no hay diferencia sustancial práctica entre la división de la cosa común y la partición de la herencia.

En los lotes no deben incluirse bienes que no pertenezcan a la masa partible, so peligro de incurrir en falta de conformidad de la partición, cuestión de la que trata el art. 464-11 CCCat. El contador-partidor debe ser especialmente cuidadoso en no promover nuevas contiendas entre los coherederos. Ante una titularidad formal el contador-partidor, cuya misión es la que establece el derecho vigente y no otra, no debe entrar en pesquisas sobre si la compra se realizó con dinero prestado por alguien o no o con dinero donado. En todo caso, ello debe ser resuelto en un procedimiento declarativo donde las partes puedan practicar toda la prueba que estimen oportuno[52]. Si tal cosa sucediera, y se declarara, por ejemplo, que se trató de una adquisición fiduciaria y que el verdadero propietario era el causante, la única consecuencia sería tener que efectuar una adición a la partición, efecto mucho menos grave y costoso que gestionar la falta de conformidad en la partición aplicando el art. 464-11 CCCat; esto solo sucedería si se hubiera adjudicado un bien como propio del causante y resultara que su titularidad era meramente formal.

También compete al contador-partidor dativo, si se trata de una sucesión abintestato en la que participa como usufructuario universal el cónyuge o el conviviente en unión estable y que opta por la conmutación

[51] ECLI:ES:TS:2014:2398.

[52] Así, también, BUSTO LAGO, «Aspectos sustantivos», pp. 333-334.

de acuerdo con el art. 442-5 CCCat, proceder a realizar el cálculo de la cuarta parte alícuota de la herencia que le corresponde[53]. Por el contrario, en atención a los requisitos que exige (art. 452-1 CCCat), no le corresponde el cálculo de una hipotética cuarta vidual, salvo que los herederos convengan en su procedencia o una sentencia haya resuelto sobre la existencia del derecho a la cuarta.

3.6. Colación

La colación es una operación particional, como afirma con claridad el art. 464-17.1 CCCat («a los efectos de la partición de la herencia») y de naturaleza contable (art. 464-20.2 CCCat). Puesto que consiste en adicionar contablemente determinadas donaciones realizadas por el causante a los descendientes a quienes ha instituido como coherederos, con la finalidad de que ese valor sea deducido del lote que le corresponda en la partición[54], esta operación debe llevarse a cabo antes de la adjudicación de los lotes, que solo están definitivamente calculados cuando, con la colación, se completan las operaciones particionales, ya que uno o algunos de los coherederos tendrán una menor participación en el resultado de la partición. En la medida en que se trata de una operación particional, meramente contable, y que tiene evidente repercusión en la formación de los lotes, no hay duda de que compete realizarla al contador-partidor dativo como uno más de sus cometidos, debiendo analizar previamente qué donaciones son colacionables y si ha existido dispensa o renuncia a la colación[55].

3.7. Adjudicación

Una vez formados los lotes, el contador-partidor debe proceder a adjudicar un lote a cada uno de los coherederos -o adquirentes de cuota hereditaria por vía del art. 463-6.1. El contador-partidor cabe que adjudique directamente, que permita a los coherederos que elijan un lote -lo que requiere acuerdo entre ellos sobre qué lote eligen o cómo lo eligen- o mediante sorteo[56], ya sea de los lotes o del orden de elección de los lotes.

Conforme al art. 787.1 LEC, una vez hecha la propuesta de partición por el contador-partidor, como es el caso, procede dar traslado a las partes y emplazarlas para que, en su caso, formulen oposición a la propuesta. Si no hay oposición, el Letrado de la Administración de Justicia llamará los autos a la vista y dictará auto aprobándolos, ordenando la protocolización (art. 787.2 LEC), y en tal caso la partición debe considerarse convencional[57], por nacer del acuerdo de las partes. Si se formula oposición, se convocará al contador y a las partes a una comparecencia (art. 787.3 LEC), en el que pueden convenir sobre las discrepancias (art. 787.4); en caso contrario, conforme al art. 787.5 LEC, el tribunal admitirá las pruebas que no sean impertinentes o inútiles y ordenará la continuación del procedimiento con arreglo a lo que se dispone para el juicio verbal, y resolviendo mediante sentencia. Esta sentencia podrá recurrirse, pero es conveniente que los motivos que vayan a esgrimirse en el eventual recurso hayan sido ya alegados en el juicio de partición.

---

[53] La STS 534/2009, de 13 de julio, ECLI:ES:TS:2009:4680, aunque para un supuesto de aplicación del Código civil estatal, apoya la opinión expresada en el texto, al decir que compete la conmutación del usufructo del cónyuge viudo, en defecto de acuerdo, a la autoridad judicial, de quien sería extensión el contador-partidor dativo. En este sentido se expresa, también, RUBIO GARRIDO, *La partición*, p. 419.

[54] DEL POZO/VAQUER/BOSCH, *Derecho de sucesiones*, p. 609; LAMARCA MARQUÈS, A., art. 464-17, en EGEA/FERRER, *Comentaris*, pp. 1655-1666, p. 1656.

[55] Así, también, MEZQUITA DEL CACHO, art. 56, p. 248, y, para el contador-partidor testamentario, GÓMEZ CLAVERÍA, art. 464-5, p. 1352. De la misma opinión, en relación con el contador-partidor del Código civil español, GARCÍA GARCÍA, «¿A qué inventario», pp. 1450-1451; PUIG FERRIOL, «El contador-partidor», p. 684; SEOANE SPIEGELBERG, J.L., «El procedimiento para la división judicial de la herencia», pp. 598-602; ESCARTÍN IPIÉNS, «Los artículos», p. 136; RUBIO GARRIDO, *La partición*, p. 335 ss.; ESPEJO LERDO DE TEJADA, «El contador-partidor», p. 54; COBEÑA RONDÁN, E.Mª., «Designación de contador-partidor dativo por el Letrado de la Administración de Justicia», *La Ley*, nº 9439, Sección Tribuna, 19 de Junio de 2019, p. 8 (del archivo informático), y STS 125/2014, de 13 de marzo, ECLI:ES:TS:2014:1098 («siendo contenido propio del cuaderno particional las operaciones sobre colación de los bienes»).

[56] MEZQUITA DEL CACHO, art. 56, p. 249.

[57] Como indica RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho de sucesiones. Común y foral*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 2578, se trata de una homologación judicial de lo acordado por los coherederos.

En cualquier caso, es patente que la partición realizada por el contador-partidor, para su eficacia, no requiere que sea consentida por los coherederos[58].

El contador-partidor adjudica los lotes, pero la entrega de los bienes corresponde al Letrado de la Administración de Justicia una vez aprobada definitivamente la partición, según dispone el art. 788.1 LEC. El auto o la sentencia que aprueben la partición supone la finalización las funciones del contador-partidor, que ya no podrá intervenir más, ni siquiera para efectuar rectificaciones[59].

4. Conclusiones: incorporación de un contador-partidor dativo de nombramiento notarial

El Código civil de Cataluña no regula directamente la figura del contador-partidor dativo, una vez que el art. 56 del Código de Sucesiones no tuvo continuidad en el texto codificado, por lo que solo aparece cuando se insta la partición judicial conforme al art. 464-7.2 por alguno de los coherederos como consecuencia de la aplicación de la Ley de Enjuiciamiento civil que le otorga el protagonismo en el procedimiento judicial de partición. Sin embargo, la carencia de regulación autóctona no conlleva, sin más, la aplicación de la LEC o del Código civil español, sino que procede cohonestar la regulación estatal con la catalana para delinear las funciones y cometidos. Examinadas las tareas de competen al contador-partidor judicial, que en la práctica cotidiana no siempre se atienden escrupulosamente en aras de una mayor rapidez, resulta difícil justificar que se condene a los coherederos al farragoso y costoso procedimiento judicial de partición cuando el testador no ha realizado la partición ni los coherederos alcanzan un acuerdo unánime para llevar a cabo la división hereditaria. Parece razonable prever un mecanismo de escape de la vía judicial, que podría conseguirse previendo, en la línea del art. 1057.II CC, la legitimación de los coherederos -no de los legatarios, ni siquiera los de parte alícuota, que no son partícipes en la comunidad hereditaria- para instar del notario o notaria el nombramiento de un contador-partidor dativo que se encargue de la partición. Desde luego representaría un ahorro de tiempo y costes para los coherederos. Sería, también, razonable reconocer esa legitimación individualmente: si cada uno de los coherederos, con independencia de su cuota hereditaria, no solo puede instar la división (art. 464-1 CCCat), sino incluso que esta sea judicial (art. 464-7.2 CCCat), no hay razón convincente para que la solicitud de la intervención notarial para designar un contador-partidor requiera una determinada mayoría, ni el 50% del haber hereditario que exige el citado art. 1057.II CC ni ninguna otra. El art. 429-15.1 CCCat pensado para los albaceas dativos podría servir de modelo.

5. Bibliografía

ACADEMIA de DERECHO, *Apéndice del Código civil para Cataluña*, Tipografía La Académica, Barcelona, 1896.

ALMEDA, Joaquín/TRIAS Y DOMÉNECH, Martín, *Ante-Proyecto de Apéndice del derecho catalán al Código civil*, Barcelona, s.d.

ÁLVAREZ-SALA WALTHER, Juan, «art. 1057.2», en ALBALADEJO, M. (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XIV-2º, Edersa, Madrid, 1989.

BORRELL I SOLER, Antoni, *El Còdich civil a Catalunya*, Fidel Giró impressor, Barcelona, s.d.

BORRELL Y SOLER, Antonio Mª, *Derecho civil vigente en Cataluña*, t. V, Bosch, Barcelona, 1944.

[58] STS 1115/2004, de 25 de noviembre, ECLI:ES:TS:2004:7677: «las operaciones particionales realizadas por el contador partidor equivalen a las practicadas por los propios testadores, sin precisar el consentimiento de los interesados al no tener carácter contractual».

[59] STS 473/2018, de 20 de julio, ECLI:ES:TS:2018:2756. Al respecto, ESPEJO LERDO DE TEJADA, «El contador-partidor», p. 59; MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M., «La partición de la herencia. Un estudio jurisprudencial», *Anuario de Derecho Civil*, 2019, pp. 1247-1329, p. 1325.

BROCÁ Y MONTAGUT, Guillermo María, AMELL LLOPIS, Juan, *Instituciones del derecho civil catalán vigente*, Imprenta Barcelonesa, Barcelona, 1886.

BUSTO LAGO, José Manuel, «Aspectos sustantivos de las operaciones particionales de la herencia», en SEOANE SPIEGELBEG, J.L., *La división judicial de patrimonios. Aspectos sustantivos y procesales, Cuadernos de Derecho Judicial*, I-2004, pp. 287-437.

CARBALLO FIDALGO, Marta, *Las facultades del contador-partidor testamentario*, Civitas, Madrid, 1999.

CARBALLO FIDALGO, Marta, «art. 1057», en CAÑIZARES LASO, A./DE PABLO CONTRERAS, P./ORDUÑA MORENO, J./VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (dir.), *Código civil comentado*, II, Thomson Civitas, 2011, pp. 1736-1743.

COBEÑA RONDÁN, Eva Mª, «Designación de contador-partidor dativo por el Letrado de la Administración de Justicia», *La Ley*, nº 9439, Sección Tribuna, 19 de Junio de 2019.

DEL POZO CARRASCOSA, Pedro, «art. 464-15», en EGEA FERNÁNDEZ, Joan/FERRER RIBA, Josep (dir.), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 1651-1653.

DEL POZO CARRASCOSA, Pedro/VAQUER ALOY, Antoni/BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, 3ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2018.

DÍEZ-PICAZO, Luis/GULLÓN, Antonio, *Sistema de derecho civil*, IV-2, 11ª ed., Tecnos, Madrid, 2012.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés/ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar, *Manual de derecho civil. VI. Derecho de sucesiones*, La Ley, Las Rozas, 2021

DURAN I BAS, Manuel, *Memoria acerca de las instituciones del derecho civil de Cataluña*, Barcelona, 1883, en *Projecte d'Apèndix i materials precompilatoris del dret civil de Catalunya,* estudi introductori a cura d'Antoni Mirambell i Abancó i Pau Salvador Coderch, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1995.

ESCARTÍN IPIÉNS, José Antonio, «Los artículos 1057 y 1060 del Código civil vistos desde la Ley de jurisdicción voluntaria», *Revista de Derecho Civil*, vol. III, núm. 2, 2016, pp. 127-145.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, «El contador-partidor dativo: algunas claves sobre su escaso arraigo práctico y sobre su regulación por la Ley de Jurisdicción Voluntaria», *Anuario de Derecho Civil*, 2017, pp. 5-78.

FALGUERA, Félix María, *Formulario completo de notaría*, 2ª ed., Imprenta de Tomás Gorchs, Barcelona, s.d.

FARRERO RÚA, Ana Isabel., «art. 464-7», en PUIG BLANES, F. de A., SOSPEDRA NAVAS, F.J. (dir.), *Comentario al Código civil de Cataluña*, II, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 509-511.

FAUS ESTEVE, Ramon/CONDOMINES VALLS, Francisco de Asís, *Derecho civil especial de Cataluña*, Bosch, Barcelona, 1960.

FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, Francisco, «Nueva regulación de la legítima en derecho catalán», *La Llei de Catalunya i Balears*, 1991, pp. 703-710.

GARCÍA GARCÍA, José María, «¿A qué inventario y a qué citación se refiere el párrafo último del artículo 1.057 del Código Civil? ¿En qué medida es aplicable a Cataluña?», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1981, pp. 1441-1518.

GÓMEZ CLAVERÍA, Pablo, «art. 464-5», en ROCA TRIAS, Encarna (coord. gen.), *Sucesiones. Libro cuarto del Código civil de Cataluña*, Sepin, Madrid, 2011, pp. 1349-1353.

GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, Cecilia, *La partición judicial: problemas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

GÓMEZ TABOADA, Jesús, *Derecho de sucesiones de Cataluña. Teoría y práctica*, Thomson Reuters Lex Nova, Valladolid, 2012.

GONZÁLEZ ACEBES, Begoña, *El contador-partidor dativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

JOU MIRABENT, Lluís, «art. 362», en JOU MIRABENT, Lluís (coord.), *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 1225-1227.

JOU MIRABENT, Lluís, «art. 451-11», en ROCA TRIAS, Encarna (coord. gen.), *Sucesiones. Libro cuarto del Código civil de Cataluña*, Sepin, Madrid, 2011, pp. 1115-1118.

LAMARCA MARQUÈS, Albert, «art. 451-11», en EGEA FERNÁNDEZ, Joan/FERRER RIBA, Josep (dir.), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 1358-1364.

LAMARCA MARQUÈS, Albert, «art. 464-17», en EGEA FERNÁNDEZ, Joan/FERRER RIBA, Josep (dir.), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 1655-1666.

LASARTE, Carlos, *Principios de derecho civil. Derecho de sucesiones*, 13ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2018.

LETE ACHIRICA, Javier, «Comunidad hereditaria y partición», en GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen (dir.), *Tratado de derecho de sucesiones*, II, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 2547-2582.

LETE ACHIRICA, Javier/LLOBET AGUADO, Josep, «Partición (II): comunidad hereditaria en Cataluña», en GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen (dir.), *Tratado de derecho de sucesiones*, II, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 2583-2619.

LUQUIN BERGARECHE, Raquel, «ley 344», en RUBIO TORRANO, E./ARCOS VIEIRA, M.L., *Comentarios al Fuero Nuevo, edición revisada y actualizada según la Ley 21/2019, de 4 de abril*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

MARIÑO PARDO, F., «El contador partidor dativo: el artículo 1057. 2 del Código Civil», *Iuris Prudente: El contador partidor dativo: el artículo 1057. 2 del Código Civil*.

MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz M., «La partición de la herencia. Un estudio jurisprudencial», *Anuario de Derecho Civil*, 2019, pp. 1247-1329.

MEZQUITA DEL CACHO, José Luis, «art. 56», en JOU MIRABENT, Lluís (coord.), *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*, I, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 253-264.

MIRAMBELL ABANCÓ, Antoni, «Els llegats. La nova regulación segons la Llei 40/1991, de 30 de 6desembre», en ÀREA DE DRET CIVIL UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.), *Setenes Jornades de Dret Català a Tossa. El nou dret successori de Catalunya*, PPU, Barcelona, 1994, pp. 89-148.

MIRAMBELL ABANCÓ, Antoni, «art. 427-18», en EGEA FERNÁNDEZ, Joan/FERRER RIBA, Josep (dir.), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 804-806.

PELLA Y FORGAS, José, *Código civil de Cataluña*, IV, Bosch, Barcelona, s.d.

PERMANYER Y AYATS, Juan José, *Proyecto de Apéndice al Código civil*, Imprenta de la casa provincial de caridad, Barcelona, 1915.

PUIG FERRIOL, Luis, «art. 240», en ALBALADEJO, M. (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIX, vol. 2º, Edersa, Madrid, 1984, pp. 257-267.

PUIG FERRIOL, Luis, «art. 241», en ALBALADEJO, M. (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales,* XXIX-2º, Edersa, Madrid, 1984, pp. 267-272.

PUIG FERRIOL, Lluís, «art. 463-1», en EGEA FERNÁNDEZ, Joan/FERRER RIBA, Josep (dir.), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions,* Atelier, Barcelona, 2009, pp. 1573-1577.

PUIG FERRIOL, Lluís/ROCA TRIAS, Encarna, *Institucions del dret civil de Catalunya. III. Dret de Successions,* 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, *Derecho de sucesiones. Común y foral,* Dykinson, Madrid, 2009.

ROMANÍ PUIGDENGOLAS, Francisco/TRIAS Y GIRÓ, Juan de Dios, *Ante-Proyecto de Apéndice al Código civil para el Principado de Cataluña,* Hijos de Jaime Jepús, Barcelona, 1903.

RUBIO GARRIDO, Tomás, *La partición de la herencia,* Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

SALA, Marià Joseph, *Elements de la Notaria,* Viuda i fills de Brusi, Barcelona, 1834.

SAN SEGUNDO MANUEL, Teresa, «Partición hecha por contador-partidor dativo. Facultades y efectos de la partición por él realizada», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* 2008, pp. 2187-2190.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen, *La partición judicial de la herencia,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca, «La partición de la herencia (II)», en SÁNCHEZ CALERO, F.J., *Curso de derecho civil IV. Derecho de familia y sucesorio,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

SEOANE SPIEGELBERG, José Luis, «El procedimiento para la división judicial de la herencia», en SEOANE SPIEGELBERG, J.L. (dir.), *La división judicial de patrimonios: aspectos sustantivos y procesales, Cuadernos de Derecho Judicial,* I-2004, pp. 499-633.

Tratado teórico-práctico del arte de notaría. Traducción libre de la obra de D. José Comes, Imprenta de J. Mayol, Barcelona, 1828.

VAQUER ALOY, Antoni, «Perspectives de futur en l'àmbit del dret català de successions», en INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.), *Els Reglaments europeus i l'evolució del Dret català de contractes, familia i successions,* Documenta, Girona, 2019, pp. 403-457.

VILLÓ TRAVÉ, Cristina, *La responsabilidad por el pago de las deudas hereditarias en el derecho civil de Cataluña,* Atelier, Barcelona, 2018.

InDret
4.2023

Reacondicionamiento, refabricación y modificación sustancial de productos

Guillem Izquierdo Grau
Universidad Autónoma de Barcelona
-

Sumario
-
En el marco de la estrategia de la Unión Europea sobre el tránsito hacia el paradigma de la economía circular, se están impulsando, desde diferentes ámbitos normativos, la reutilización de productos ya introducidos en el mercado o puestos en servicio, mediante el reacondicionamiento y la refabricación de bienes. Ambos procesos ya aparecían tímidamente en la legislación europea. No obstante, la irrupción de los bienes con elementos digitales y con el impulso de la economía circular han sido los elementos que han propiciado la necesidad de poner el foco legislativo sobre esta categoría de bienes. Actualmente, nos encontramos en un momento de cambios legislativos profundos, donde la Unión Europea está adoptando nuevos reglamentos y directivas que actualizan los principios sobre los que se han asentado el derecho contractual europeo y el derecho de daños. El presente trabajo se propone analizar cuál es el tratamiento dispensado a los bienes reacondicionados y refabricados a la luz del estado legislativo actual y qué consecuencias tiene para la responsabilidad del fabricante que se acometan estos procesos mediante una modificación sustancial de sus productos.

Abstract
-
Within the framework of the European Union's strategy on the transition to the circular economy paradigm, the reuse of products already on the market or put into service, through the refurbishment and remanufacturing of goods, is being promoted in different regulatory spheres. Both processes were already timidly appearing in European legislation. However, the irruption of goods with digital elements and the promotion of the circular economy have been the elements that have led to the need to put the legal focus on this category of goods. We are currently at a time of deep legislative changes, where the European Union is adopting new regulations and directives that update the principles on which European contract law and tort law have been based. This paper aims to analyze how refurbished and remanufactured goods are dealt with in the light of the current state of the art and what are the consequences for the liability of the producer when these processes are undertaken by a substantial modification of its products.

Title: *Refurbishment, remanufacturing and substantial modification of products*
-

Palabras clave: bienes reacondicionados, bienes refabricados, modificación sustancial de producto, responsabilidad del productor, diseño sostenible, seguridad general de los productos, plataforma en línea sobre reparaciones y reacondicionamiento, modificación sustancial.
***Keywords*:** *refurbished goods, remanufactured goods, substantial modification, producer liability, eco-design, general safety product, online platform for repair and refurbishment, substantial modification.*
-
DOI: 10.31009/InDret.2023.i4.03

InDret

4.2023

Recepción
03/08/2023
-
Aceptación
09/10/2023
-

Índice

-

1. Introducción
2. ¿Qué entendemos por reacondicionamiento y refabricación de bienes?
2.1. El reacondicionamiento
2.2. La refabricación
3. Análisis del reacondicionamiento y la refabricación a la luz del estado actual de la legislación europea
3.1. La Directiva (UE) 2019/771, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes
a. Ámbito de aplicación
b. La conformidad
c. Responsabilidad del vendedor
d. Carga de la prueba
e. Medidas correctoras. ¿Es posible sustituir un bien defectuoso con un bien reacondicionado o refabricado?
3.2. Propuesta de Reglamento sobre diseño ecológico
a. Ámbito de aplicación: los bienes físicos
b. Requisitos de diseño ecológico relativos al reacondicionamiento y la refabricación
3.3. Propuesta de Directiva sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos
a. Fabricante y modificación sustancial de productos
b. Exoneración de responsabilidad del fabricante original en caso de modificación sustancial de productos
c. Reinicio del plazo de prescripción en caso de modificación sustancial de productos
d. ¿Cómo debe articularse la responsabilidad entre el fabricante originario y el modificador sustancial?
3.4. Reglamento de Seguridad General de los Productos
a. Consideraciones generales
b. ¿Qué es "producto" según el nuevo reglamento?
c. Es fabricante quien modifica sustancialmente un producto
d. ¿Qué entendemos por modificación sustancial según el nuevo reglamento?
3.5. Propuesta de Directiva para promover la reparación de bienes
a. Un nuevo impulso para la reparación de bienes
b. La plataforma en línea sobre reparaciones y bienes sujetos a reacondicionamiento
4. Conclusiones
5. Bibliografía

-

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

1. Introducción[1*]

Desde el año 2020, la Unión Europea está adoptando iniciativas legislativas que se enmarcan en las comunicaciones de la Comisión Europea sobre el Pacto Verde Europeo[2] y del Plan de Acción para la Economía Circular por una Europa más limpia y más competitiva[3]. Ambas comunicaciones fijan los objetivos de la Unión Europea sobre desarrollo sostenible de las Naciones Unidas y la Agenda 2030, además de prever la hoja de ruta para convertir el continente europeo en el primer continente climáticamente neutro del mundo en 2050.

Si nos fijamos en los ejes fundamentales del Plan de Acción para la Economía Circular para una Europa más limpia y más competitiva, vemos que el diseño de productos sostenibles, el empoderamiento de los consumidores y la circularidad de los procesos de producción constituyen algunas de las piezas sobre las que se deberá construir la legislación europea que persiga la consecución de los ambiciosos objetivos climáticos fijados.

Por lo que atañe al diseño de productos sostenibles, la Comisión dice que el 80% del impacto medioambiental que tienen los productos se produce en la fase de diseño, es decir, en la etapa previa a su fabricación. Asimismo, el patrón lineal de consumo actualmente imperante "extraer-fabricar-usar-tirar" no favorece la circularidad de los productos y de sus componentes, por lo que debe adoptarse un nuevo instrumento legislativo que fije, como norma general, la circularidad de los productos y el diseño sostenible. Por tanto, los fabricantes de productos son unos operadores de la cadena de producción de los bienes que deben desarrollar un papel fundamental en la estrategia hacia el paradigma de la economía circular. Asimismo, podríamos decir que, en el nuevo paradigma de la economía circular, el reacondicionamiento y la refabricación son dos cualidades que los productos deberán reunir para ser comercializados en la Unión Europea, toda vez que son propiedades que persiguen alargar el ciclo de vida útil de los productos.

En lo tocante al empoderamiento de los consumidores, la Comisión se propone revisar en el año 2024 la 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, (en adelante, DCCB).[4] Los consumidores son un agente clave de la economía europea y que pueden contribuir decisivamente para alargar la vida útil de los productos mediante nuevas pautas de consumo sostenible. En este sentido, hasta el momento se ha publicado alguna propuesta de *soft law*[5] que

---

[1]* 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

[2] COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. El Pacto Verde Europeo, Bruselas, 11.12.2019 COM(2019) 640 final.

[3] 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.

[4] 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.

[5] 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.

aboga por la introducción de los bienes reacondicionados o refabricados en el sistema de remedios que prevé la DCCB ante la falta de conformidad de los bienes, es decir, la posibilidad de sustituir bienes no conformes con bienes reacondicionados o refabricados, o bien promover el uso de estos bienes mediante el reforzamiento de la confianza de los consumidores[6] a través de una garantía legal para estos bienes.

Al lado de los anteriores ámbitos de intervención legislativa, en los últimos meses la Comisión Europea ha adoptado dos propuestas de directiva sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos[7] y para promover la reparación de bienes[8]. Asimismo, el pasado 23 de mayo de 2023 el Diario Oficial de la Unión Europea publicaba el nuevo Reglamento (UE) 2023/988 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023 relativo a la seguridad general de los productos (en adelante, RSGP)[9]. Estas normas también contienen algunas previsiones acerca del reacondicionamiento y refabricación de bienes que repercuten en la responsabilidad de los fabricantes y de los operadores económicos que llevan a cabo aquellos procesos, mediante modificaciones sustanciales de sus productos. Así pues, el concepto de modificación sustancial de producto adquiere una relevancia capital a los efectos de limitar la responsabilidad del productor originario cuando un tercero, ajeno a su círculo empresarial o profesional, modifica sustancialmente algunas de sus propiedades hasta el punto de equiparar el producto resultante de la modificación sustancial a un producto nuevo.

Por tanto, el objetivo de este trabajo es analizar el régimen jurídico europeo aplicable a los productos reacondicionados y refabricados a la luz del estado legislativo actual, en un momento de cambios profundos de la legislación existente. Por ello, se adopta una perspectiva descriptiva y crítica de la regulación actual.

2. ¿Qué entendemos por reacondicionamiento y refabricación de bienes?

Antes de adentrarnos en el estudio de la legislación actual al reacondicionamiento y la refabricación de bienes, debemos partir de qué se entiende por dichos procesos. Los conceptos de reacondicionamiento y refacturación son confusos y utilizados en ocasiones indistintamente por la doctrina, pero en realidad son procedimientos diferentes a los cuales se someten los bienes y que tienden al restablecimiento o adquisición de nuevas propiedades. Veamos, pues, cuáles son las diferencias existentes entre ambos conceptos.

---

[6] Existen diversos estudios que ponen de manifiesto los prejuicios de los consumidores para la adquisición de bienes de segunda mano, usados, reacondicionados o refabricados. En este sentido, *vid*. ABBEY/MELOY/BLACKBURN/GUIDE, «Consumer Markets for Remanufactured and Refurbished Products», *Universidad de California,* núm. 4, 2015, p. 26-42. ESMAEILIAN/SAMINATHAN/CADE/BEHDAD, «Marketing strategies for refurbished products: Survey-based insights for probabilistic selling and technology level», *Resources, Conservation & Recycling,* núm. 167, 2021, p. 1-10.

[7] COMISIÓN EUROPEA, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, Bruselas, 28.9.2022 COM(2022) 495 final 2022/0302 (COD).

[8] COMISIÓN EUROPEA, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establecen normas comunes para promover la reparación de bienes y se modifican el Reglamento (UE) 2017/2394 y las Directivas (UE) 2019/771 y (UE) 2020/182, Bruselas, 22.3.2023, COM(2023) 155 final 2023/0083(COD).

[9] Reglamento (UE) 2023/988 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023 relativo a la seguridad general de los productos, por el que se modifican el Reglamento (UE) n.º 1025/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 87/357/CEE del Consejo, «DOUE» núm. L 135, de 23 de mayo de 2023).

2.1. El reacondicionamiento

En los últimos años, a razón de la estrategia impulsada por la Comisión Europea en aras a la transición del derecho de consumo hacia el nuevo paradigma de la economía circular, el reacondicionamiento de bienes se ha abierto camino en la legislación europea, en particular, en la nueva legislación europea sobre derecho de consumo y la responsabilidad civil del fabricante. Actualmente, no existe una definición a nivel europeo de este concepto consagrada en la legislación europea, pero sí que la doctrina ha acuñado alguna definición y actualmente aparece una definición de este concepto en la Propuesta de Reglamento sobre diseño ecológico (en adelante PRDE)[10]. En este sentido, el art. 2.18) PRDE define el reacondicionamiento como la «*preparación o modificación de un objeto que es un residuo o de un producto para restablecer su rendimiento o funcionalidad dentro del uso previsto, el intervalo de rendimiento y el mantenimiento concebidos originalmente en la fase de diseño, o para que cumpla las normas técnicas o los requisitos reglamentarios aplicables, con el fin de que sea un producto plenamente funcional*».

Existen algunos elementos de la definición que son clave para entender el concepto de reacondicionamiento. En primer lugar, la base del reacondicionamiento viene constituido por un proceso de preparación o modificación de un objeto que es un residuo o de un producto[11]. A mi juicio, el concepto de residuo es problemático. Para ilustrarlo es suficiente con preguntarse si puede restablecerse el rendimiento o funcionalidad del uso previsto para un residuo. De acuerdo con lo dispuesto en el diccionario de la Real Academia Española, un residuo es aquello que resulta de la descomposición o destrucción de una cosa o el material que queda inservible después de haber realizado un trabajo u operación. Por tanto, no parece que un residuo pueda ser preparado o modificado para que recupere su rendimiento o funcionalidad mediante un proceso de reacondicionamiento. Sin embargo, quizá la Comisión Europea esté pensando en el reciclaje de residuos. En este sentido, el art. 6 de la Directiva 2008/98/CE sobre los residuos establece que puede ponerse fin a la condición de residuo cuando estos hayan sido sometidos a una operación, como el reciclaje, y cuyos elementos resultantes puedan ser utilizados para sus finalidades específicas[12]. Por tanto, en la medida que los residuos deben pasar por un procedimiento de reciclaje para que los bienes resultantes puedan ser usados según finalidades específicas, es difícil imaginar un proceso de reacondicionamiento de bienes basado en residuos. Por otro lado, el concepto de producto también es objeto de una definición autónoma en otras normas de la

[10] COMISIÓN EUROPEA, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se instaura un marco para el establecimiento de requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos sostenibles y se deroga la Directiva 2009/125/CE, Bruselas, 30.3.2022, COM(2022) 142 final 2022/0095(COD).

[11] ULFBECK, «From Linear to Circular Value Chains: A Role for Tort Liability in Recycling Practices?», *European Journal of Risk Regulation,* núm. 13, 2022, p. 607. La equiparación de los residuos con los productos tiene su origen en el Convenio del Consejo de Europa sobre responsabilidad por daños derivados de los productos en caso de muerte o lesiones corporales de 1977: «*There was discussion on whether waste should be considered as a "product" and, accordingly, be subject to the provisions of the convention. The committee considered that if the producer were to use waste in some later manufacturing process or to supply it to another person for that purpose, the waste must be regarded as a product and therefore be subject to the system of liability provided for in the convention. If, however, the waste was discarded, thus becoming refuse, the convention would not apply.*»

[12] Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, sobre los residuos y por la que se derogan determinadas Directivas, «DOUE» núm. L 312, de 22 de noviembre de 2008. Esta directiva actualmente se encuentra transpuesta en el ordenamiento jurídico español por la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular, «BOE» núm. 85, de 9 de abril de 2022.

Unión Europea[13], por lo que debe estarse a la definición de producto que prevé la misma PRDE, que pivota sobre el carácter físico del bien[14].

En segundo lugar, el reacondicionamiento se basa en un proceso de "preparación o modificación". Con estos sustantivos se hace referencia a una nueva condición del bien para que pueda cumplir una nueva finalidad, o bien al cambio de sus propiedades. Son términos suficientemente amplios que incluyen, también, los trabajos de clasificación, selección, inspección, desmontaje, limpieza, reprocesado y montaje[15].

El tercer lugar, el proceso de reacondicionamiento debe conducir al resultado que el bien vea restablecido su rendimiento o funcionalidad dentro del uso previsto, el intervalo de rendimiento y el mantenimiento concebidos originalmente en la fase de diseño, o para que cumpla las normas técnicas o los requisitos reglamentarios aplicables, con el fin de que sea un producto plenamente funcional. Se trata, por tanto, de devolver el bien en las condiciones para que vuelva a ser plenamente funcional, después de cambiar algunas de sus características principales, y así volver a la concepción del mismo en el estado de la fase de diseño.

Para valorar el intervalo de rendimiento que puede esperarse de un bien reacondicionado, debe estarse al rendimiento del bien según fue concebido en la fase de diseño. En este sentido, el art. 6 PRDE se remite al anexo I de dicha Propuesta de Reglamento para fijar los requisitos de rendimiento.

A diferencia de la refabricación, el reacondicionamiento no tiene que llevarse a cabo necesariamente a través de un proceso industrial, lo que conduce a que otros sujetos y operadores económicos, además del fabricante, puedan realizarlo.

En conclusión, el reacondicionamiento no supone la creación de un nuevo producto a través de un proceso industrial, sino que la concepción y la esencia del producto como tal no cambia, sino que se ve modificado en algunas de sus características principales para alcanzar su funcionalidad y rendimiento propios según el estado del mismo en la fase de diseño.

---

[13] Para ver algunos ejemplos, Reglamento (UE) 2023/988 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023 relativo a la seguridad general de los productos, por el que se modifican el Reglamento (UE) n.º 1025/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 87/357/CEE del Consejo, «DOUE» núm. L 135, de 23 de mayo de 2023. «*"producto": todo objeto, esté interconectado o no con otros objetos, suministrado o puesto a disposición, a título oneroso o gratuito, incluso en el contexto de la prestación de un servicio, destinado a los consumidores o que, en condiciones razonablemente previsibles, pueda ser utilizado por los consumidores, aunque no esté destinado a ellos.*»

COMISIÓN EUROPEA, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, Bruselas, 28.9.2022 COM(2022) 495 final 2022/0302 (COD). «*"producto": 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.*»

[14] COMISIÓN EUROPEA, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se instaura un marco para el establecimiento de requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos sostenibles y se deroga la Directiva 2009/125/CE, Bruselas, 30.3.2022, COM(2022) 142 final 2022/0095(COD). «*"producto": todo bien físico que sea introducido en el mercado o puesto en servicio.*»

[15] 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.

2.2. La refabricación

El concepto de refacturación tampoco aparece definido en ninguna norma del acervo legislativo comunitario y también va a irrumpir en la futura legislación sobre diseño sostenible de los productos y, por ende, afectará a la responsabilidad de los fabricantes. Encontramos una definición de refabricación en el art. 2.16) PRDE: «*proceso industrial mediante el cual se produce un producto a partir de objetos que son residuos, productos o componentes y a través del cual se introduce al menos un cambio en el producto que afecta a la seguridad, rendimiento, finalidad o tipo del producto que se introduce habitualmente en el mercado con una garantía comercial*». Se trata, por tanto, de la producción de un producto nuevo a partir de otros productos o componentes. Por las razones expuestas en el apartado anterior, se aboga por la supresión de la referencia a los residuos, pues debe ponerse fin a la condición de residuo de una cosa a través del reciclaje para que los bienes resultantes puedan ser objeto del proceso de refabricación. Por lo que se refiere a los componentes, estos mantienen una relación de accesoriedad respecto de un bien o producto que resulta del proceso de refaricación, habida cuenta de su equiparación con los "productos intermedios" (considerando núm. 11 PRDE).

A tenor de la definición de refabricación, este proceso necesariamente tiene que llevarse a cabo a nivel industrial. En mi opinión, esta previsión dificulta que la refabricación pudiera ser realizada por el mismo titular del bien o por un operador económico que no tenga la consideración de fabricante o productor o que pudiera llevarse a cabo artesanalmente.

El proceso de fabricación al que se somete el bien debe tener una entidad sustancial para producir un cambio en su rendimiento, seguridad o finalidad. Esto nos obliga a tomar en consideración los requisitos de rendimiento que se establecen en el anexo I de la propuesta de Reglamento sobre diseño sostenible y en el RSGP. Por tanto, el cambio sustancial que afecta a la seguridad o al rendimiento del bien que se ha producido a través de un proceso industrial determinará que estemos ante un bien refabricado.

A continuación, la definición de refabricación alude a la introducción en el mercado del producto mediante una garantía comercial. La refabricación persigue extender el ciclo de vida útil del bien y, por ello, una vez completado el proceso, se reintroduce en el mercado y puede ser adquirido por consumidores en el marco de un contrato de compraventa. No comprendo por qué el legislador se refiere a la garantía comercial y no a la legal, toda vez que los bienes refabricados también pueden ser adquiridos a través de un contrato de compraventa y, por tanto, el vendedor debería responder por el plazo de dos años (art. 10 DCCB). ¿Quizá por qué la garantía legal solo está prevista para los bienes nuevos? Lo que no da lugar a dudas es que es el productor quien se convertirá en garante por los defectos o faltas de conformidad que pueda adolecer el bien refabricado, según lo dispuesto en la garantía comercial (art. 17 DCCB).

3. Análisis del reacondicionamiento y la refabricación a la luz del estado actual de la legislación europea

El impulso del reacondicionamiento y la refabricación de bienes vendrá del futuro reglamento europeo que se adopte en materia de diseño sostenible, sin embargo, existen diversas normas en el acervo comunitario europeo que configurarán el régimen jurídico aplicable a esta nueva categoría de bienes. Estas normas también conforman el elenco de obligaciones y

responsabilidades de los fabricantes y vendedores que tratan con bienes y productos en general, y, en particular, los que se mueven en el comercio de bienes usados, reacondicionados o fabricados. Veamos cuáles son y en qué medida contemplan el fenómeno del reacondicionamiento y refabricación de bienes.

3.1. La Directiva (UE) 2019/771, relativa a determinados aspectos del contrato de compraventa de bienes

La Directiva (UE) 2019/771 se aplica a las compraventas de bienes muebles tangibles adquiridos por consumidores mediante un contrato de compraventa formalizado con un vendedor (art. 3 Directiva (UE) 2019/771). Dicha directiva no contiene ninguna referencia al reacondicionamiento o refabricación de bienes, lo que pone de manifiesto que la Directiva (UE) 2019/771 no está pensada en clave de sostenibilidad[16]. Asimismo, para junio de 2024 está prevista la revisión de esta directiva (art. 25 DCCB) y no parece que los bienes reacondicionados o refabricados se encuentren dentro de las prioridades de la Comisión Europea, aunque sí que se prevé que sea objeto de revisión el régimen jurídico de los bienes de segunda mano. Veamos cuáles son las reformas necesarias que deben realizarse en la Directiva (UE) 2019/771 para dar cabida, dentro de su ámbito de aplicación, a los bienes reacondicionados y refabricados.

a. Ámbito de aplicación

Como hemos mencionado anteriormente, la Directiva (UE) 2019/771 regula determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes que se celebran entre un consumidor y un vendedor (art. 3 DCCB). Quedan, por tanto, fuera de su ámbito de aplicación los bienes adquiridos por medio de otro tipo de contratos. Asimismo, la Directiva (UE) 2019/771 no se pronuncia sobre la naturaleza de los bienes con carácter general para determinar su ámbito de aplicación, es decir, si son bienes muebles nuevos o de segunda mano. No obstante, de acuerdo con su tenor literal dentro del ámbito de aplicación de la Directiva (UE) 2019/771 se pueden incluir tanto los bienes muebles nuevos como los de segunda mano, habida cuenta que la definición de "bienes" del art. 2.5.a) DCCB no alude a esta característica y el art. 3.5.a) DCCB solo prevé que los Estados miembros puedan excluir, en su legislación de transposición, los bienes de segunda mano adquiridos en subasta pública. De ello se desprende que todos los bienes muebles adquiridos mediante un contrato de compraventa, independientemente de su condición de bienes muebles nuevos o usados, entran dentro de su ámbito de aplicación.

No obstante, la falta de una referencia expresa a los bienes reacondicionados o refabricados, igualmente adquiridos a través de un contrato de compraventa, plantea la duda de si el legislador europeo los tuvo en consideración cuando se elaboró la Directiva (UE) 2019/771, o si a causa de la irrupción de esta categoría de bienes debe modificarse dicha Directiva para darles cabida en su ámbito de aplicación. Anteriormente, se ha expuesto que esta Directiva destaca por la falta de sensibilidad en materia de sostenibilidad, por lo que no parece que la Comisión Europea estuviera

[16] Para una crítica de la Directiva (UE) 2019/771 en clave sostenibilidad, *vid*. 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. 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.

pensando en esta categoría de bienes[17]. Además, la reciente jurisprudencia del TJUE no ha sido proclive a realizar una interpretación sostenible del derecho de consumo de la Unión[18].

Este escenario nos conduce a plantearnos si los bienes reacondicionados y refabricados pueden tener cabida en el ámbito de aplicación de la Directiva (UE) 2019/771. Hasta el momento la doctrina no ha llegado a un consenso sobre la naturaleza jurídica de los bienes reacondicionados y refabricados. Existe algún autor que defiende que tales bienes son una subcategoría de los bienes de segunda mano[19], mientras que otros defienden que se asemejan a los bienes nuevos[20]. Por su parte, un sector doctrinal defiende que constituyen una categoría de bienes autónomos situada entre los bienes nuevos y refabricados[21].

A mi juicio, para determinar la naturaleza jurídica de los bienes reacondicionados y remanufacturados debemos partir de su concepto y de sus notas características. Anteriormente, hemos visto como la Propuesta de Reglamento sobre diseño ecológico concibe al reacondicionamiento de bienes como un proceso mediante el cual se restablece el rendimiento o la funcionalidad de un bien según su concepción en la fase de diseño. Esta idea de restablecimiento al estado del bien previo a su comercialización sugiere que el reacondicionamiento se lleve a cabo sobre bienes que ya han sido usados y, por tanto, bienes de segunda mano. Por este motivo, a mi modo de ver las cosas, los bienes reacondicionados se asemejan a los bienes de segunda mano y por esta vía podrían considerarse incluidos dentro del ámbito de aplicación de la Directiva (UE) 2019/771, a pesar de que no se haga una referencia explícita a esta categoría de bienes. Se trataría, por tanto, de una interpretación amplia de los bienes de segunda mano.

Por su parte, según el concepto de refabricación que encontramos en la Propuesta de Reglamento sobre diseño ecológico, los bienes refabricados han pasado por un proceso industrial mediante el cual se ha formado un nuevo producto a partir de otros productos o componentes. Como consecuencia de ello se ha cambiado su funcionalidad y posteriormente han sido introducidos en el mercado mediante una nueva garantía. En mi opinión, el proceso de refabricación de bienes se

---

[17] Solo encontramos unas referencias a la economía circular en los considerandos núm. 32 y 48 Directiva (UE) 2019/771.

[18] *Vid*. Sentencia de 27 de marzo de 2019, slewo - schlafen leben wohnen GmbH contra Sascha Ledowski, C-681/17, ECLI:EU:C:2019:255.

[19] 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.

[20] 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. 138. Esta es la opción por la que también se posiciona la Comisión Europea, *vid.* COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión "Guía azul" sobre la aplicación de la normativa europea relativa a los productos, «DOUE» núm. 247, de 29 de julio de 2016. «*Un producto que ha sido objeto de cambios o revisiones importantes dirigidos a modificar sus prestaciones, su propósito o su tipo originales después de haber sido puesto en servicio, con una incidencia significativa en su cumplimiento de la legislación de armonización de la Unión, debe ser considerado un producto nuevo.*»

[21] 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. 7. EUROPEAN LAW INSTITUTE, «Feedback of the European Law Institute on the European Commission's Proposal for a Directive on Common Rules Promoting the Repair of Goods (COM(2023) 155 final)», p. 15-16. disponible en https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Feedback_Right_to_Repair.pdf.

asemeja al proceso de fabricación y, por tanto, estos bienes se equiparan a los bienes nuevos[22]. En consecuencia, los bienes refabricados podrían equiparase a los bienes nuevos y, por tanto, entender que se incluyen dentro del ámbito de aplicación de la Directiva (UE) 2019/771, a pesar de que en este caso tampoco se hace una referencia expresa a este tipo de bienes.

En conclusión, por las razones expuestas, tanto los bienes reacondicionados como los bienes refabricados deben incluirse dentro del ámbito de aplicación de la Directiva (UE) 2019/771, pero para mayor claridad se sugiere que en aras a la reforma de la directiva proyectada para junio de 2024 se haga una referencia expresa a estas categorías de bienes por razones de seguridad jurídica. Sin embargo, como luego se verá, la conceptualización de los bienes reacondicionados como bienes de segunda mano y los bienes refabricados como bienes nuevos hace que existan diferencias en cuanto al régimen jurídico aplicable a ambas categorías de bienes, por lo que se aboga por una conceptualización unitaria que elimine las diferencias que puedan derivar de su naturaleza jurídica.

b. La conformidad

En el momento de la entrega, los bienes no deben adolecer de ninguna falta de conformidad y, por tanto, deben cumplir los criterios de la conformidad que fijan los arts. 5 a 9 DCCB. Los requisitos de conformidad cumplen la función de permitir enjuiciar si el bien presenta algún defecto, sin tener que pactar todas las características del bien en el contrato de compraventa, lo que dificultaría su contratación.

Los bienes reacondicionados y refabricados, en la medida que han sufrido un cambio en sus propiedades, plantean la duda de cómo debe valorarse su conformidad. Debemos partir de la premisa que, en general, los criterios de la conformidad se aplicarán a todos los bienes muebles, independientemente de su naturaleza. No obstante, está claro que la naturaleza y propiedades de los bienes reacondicionados y refabricados condicionará la decisión del consumidor de comprar este tipo de bienes y, a resultas de ello, también afectará el juicio de su conformidad.

En este punto debemos hacer algunas consideraciones a la luz de la Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2011, sobre los derechos de los consumidores (en adelante, DDC)[23]. Entre los deberes de información precontractual, tanto para los contratos distintos de los contratos a distancia o celebrados fuera del establecimiento, como en los contratos a distancia o fuera del establecimiento, los arts. 5 y 6 DDC establecen la obligación del empresario de informar al consumidor sobre las características principales de los bienes. A priori, por tanto, los deberes de información precontractual ya obligan al empresario a informar al consumidor sobre su naturaleza, es decir, si se trata de un bien nuevo, de segunda

[22] *Vid*. Considerando núm. 44 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos Bruselas, 28.9.2022, COM(2022) 495 final 2022/0302 (COD): «*Dado que los productos modificados sustancialmente son en esencia productos nuevos, el plazo de prescripción debe reanudarse después de que un producto haya sido modificado sustancialmente, por ejemplo como resultado de una remanufacturación que modifique un producto de tal manera que pueda verse afectada su conformidad con los requisitos de seguridad aplicables.*»

[23] 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, «DOUE» núm. L 304, de 22 de noviembre de 2011.

mano, reacondicionado o refabricado. No obstante, la eficacia de la información precontractual es discutida[24], máxime cuando el TJUE ha declarado que puede suministrarse a través de las condiciones generales de la contratación de un contrato[25]. Por este motivo, algún autor ha discrepado que mediante los deberes de información contractual el consumidor puede tener un conocimiento real sobre la naturaleza del bien contratado[26].

Con el objetivo de que el consumidor conozca la verdadera naturaleza del bien, el art. 7.5 DCCB prevé una doble exigencia de información para que el consumidor tenga conocimiento real de que una característica del producto se aparta de los requisitos de la conformidad. En primer lugar, en el momento de la celebración del contrato, el vendedor debe informar al consumidor de manera específica que una determinada característica se aparta de los requisitos de la conformidad y, en segundo lugar, el consumidor debe aceptar de manera expresa y por separado la divergencia. Según el considerando núm. 36 DCCB, el consumidor debe expresarse de forma activa e inequívoca.

Teniendo en cuenta lo anterior, el consumidor debería ser informado de la naturaleza del bien cuando se dispone a adquirir un bien reacondicionado o refabricado (arts. 5 y 6 DDC). Asimismo, según el art. 7.5 DCCB, también debería informarse sobre este extremo y consiguientemente, aceptar por separado y de forma expresa esta característica. No obstante, la protección que dispensa el art. 7.5 DCCB también tiene el efecto de ahuyentar a los consumidores de la compraventa de bienes de segunda mano, reacondicionados o refabricados porque presupone que poseen unas propiedades inferiores respecto de los bienes nuevos.

Para separar las diferencias existentes entre los bienes reacondicionados y refabricados es necesario equipararlos en una única categoría de bienes y dotarlos de una declaración y presunción de conformidad, similar a lo que previene la Directiva 2009/125/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, por la que se instaura un marco para el establecimiento de requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos relacionados con la energía[27], una directiva que va camino de ser derogada por el futuro Reglamento de diseño ecológico. Posteriormente, se volverá a retomar el estudio de la conformidad de los bienes reacondicionados y refabricados con ocasión del análisis de la Propuesta de Reglamento sobre diseño ecológico.

---

[24] BEN-SHAHAR/SCHNEIDER, *More than you wanted to know. The Failure of Mandate Disclosure,* Princeton University Press, Princeton, 2014.

[25] *Vid*. Sentencia de 24 de febrero de 2022, Tiketa UAB contra M. Š, C-536/20, ECLI:EU:C:2022:112. «*46. Así pues, lejos de prohibir el uso de determinadas técnicas de comunicación, la Directiva 2011/83 se limita a regular el contenido de la información precontractual que debe proporcionarse al consumidor (véase, por analogía, la sentencia de 23 de enero de 2019, Walbusch Walter Busch, C-430/17, EU:C:2019:47, apartado 43). De ello se deduce que nada impide que, antes de la celebración del contrato, la información prevista en el artículo 6, apartado 1, de esa Directiva se ponga en conocimiento del consumidor en las condiciones generales de la prestación de servicios en el sitio de Internet del intermediario, aprobadas por dicho consumidor marcando la casilla prevista a tal efecto.*»

[26] LOOS, B. M, «Rubbish or recycling?», p. 17-18.

[27] Directiva 2009/125/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, por la que se instaura un marco para el establecimiento de requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos relacionados con la energía, «DOUE» núm. L 285, de 31 de octubre de 2009.

c. La responsabilidad del vendedor

Una vez los bienes han sido adquiridos por consumidores mediante un contrato de compraventa pueden manifestarse defectuosos. Si la falta de conformidad se manifiesta dentro del plazo de responsabilidad del vendedor que fija el art. 10.1 DCCB, el vendedor deberá responder por la falta de conformidad si existía en el momento de la entrega del producto. Por ello, el vendedor no responderá por las faltas de conformidad sobrevenidas si son imputables al consumidor o a un tercero.

Con carácter general, el art. 10.1 DCCB fija un plazo de responsabilidad del vendedor de dos años, ampliables por los Estados miembros (art. 10.3 DCCB). Para el caso de los bienes de segunda mano, el art. 10.6 DCCB prevé que los Estados miembros podrán disponer que, en el caso de los bienes de segunda mano, el vendedor y el consumidor puedan convenir términos contractuales o pactos con un período de responsabilidad más breve, siempre que ese período o plazo más breve no sea inferior a un año. El considerando núm. 43 DCCB trata de justificar las razones por las cuales los Estados miembros pueden prever en su legislación de transposición que las partes puedan reducir el plazo de responsabilidad del vendedor en las compraventas de bienes de segunda mano:

«*(43) Por lo que respecta a algunos aspectos, podría justificarse un trato diferente de los bienes de segunda mano. Aunque un período de responsabilidad o plazo de prescripción de dos años o más habitualmente permite conciliar los intereses del vendedor y el consumidor, puede que esto no sea así en lo que respecta a los bienes de segunda mano. Los Estados miembros deben por lo tanto poder permitir a las partes que convengan un período de responsabilidad o plazo de prescripción más breve para dichos bienes. Dejar que esta cuestión sea objeto de acuerdo contractual entre las partes aumenta la libertad contractual y garantiza que el consumidor deba ser informado tanto de que el bien es de segunda mano como de la reducción del período de responsabilidad o plazo de prescripción. No obstante, dicho período establecido por contrato no debe ser inferior a un año*.»

El considerando transcrito aboga por la libertad contractual de las partes y por el equilibrio de sus intereses para habilitar a los Estados miembros para prever que las partes puedan fijar un período de responsabilidad más breve en las compraventas de bienes de segunda mano. No son, por tanto, razones objetivas las que justifican tal previsión, lo que ha sido criticado por algún autor[28].

En este contexto, y en aras a equiparar el régimen jurídico de todos los bienes muebles adquiridos por medio de un contrato de compraventa, debería preverse un único plazo de responsabilidad del vendedor, independientemente de la naturaleza del bien y, así, estimular el crecimiento de las compraventas de bienes reacondicionados y refabricados[29]. En caso contrario, la previsión de un menor plazo de responsabilidad del vendedor de bienes de segunda mano, reacondicionados o refabricados denota una concepción peyorativa de los bienes que no son nuevos.

[28] LOOS, B. M, «Rubbish or recycling?» p. 10-13.

[29] Idem. Se muestra partidario de eliminar la posibilidad de reducir el plazo de responsabilidad del vendedor en las compraventas de bienes de segunda mano si no contribuye a incrementar la adquisición de este tipo de bienes. En el mismo sentido, VAN GOOL/MICHEL/KEIRSBILNK/TERRYN, «Public consultation as regards the Sustainable consumption of goods – promoting repair and reuse initiative», KU Leuven, pp. 6-7.

d. La carga de la prueba

Para facilitar la prueba de la falta de conformidad, se establece una presunción conforme a la cual, si la falta se manifiesta en el primer año desde la entrega del producto, se entiende que ya existía en el momento de la entrega y, por tanto, el consumidor no debe probar que la falta de conformidad es imputable al vendedor, sino que este extremo se presume (art. 11.1 DCCB). Este plazo es ampliable por los Estados miembros hasta los dos años (art. 11.2 DCCB). El precepto comentado no hace ninguna referencia a los bienes de segunda mano, reacondicionados o refabricados. Solo dice que esta presunción no operará cuando sea incompatible con la naturaleza de los bienes o con la causa que produce la falta de conformidad. En este sentido, el considerando núm. 45 DCCB se refiere, para el primer caso, a los bienes perecederos como las flores y a los bienes de un solo uso. Por tanto, a tenor de lo dispuesto en la misma DCCB, no parece que la posible consideración de los bienes reacondicionados o refabricados como bienes de segunda mano sea un motivo para excluir la aplicabilidad de la presunción de la falta de conformidad[30]. Sin embargo, sería oportuna una aclaración al respecto, como previene la DCCB respecto de los bienes con elementos digitales (art. 11.1 in fine DCCB).

Por tanto, si los bienes reacondicionados y refabricados fueran considerados como bienes de segunda mano, independientemente de la conceptualización de los bienes reacondicionados o refabricados como bienes nuevos o de segunda mano, gozarían del mismo plazo para presumir la falta de conformidad de los bienes, puesto que la Directiva (UE) 2019/771 no hace distinciones en función de la naturaleza de los bienes. Lo anterior entra en contradicción con el art. 10.6 DCCB, que prevé un menor plazo de responsabilidad del vendedor para las compraventas de bienes de segunda mano. Siguiendo dicho criterio, la carga de la prueba tendría que reducirse también a la mitad en las compraventas de bienes de segunda mano, pero el legislador europeo no lo ha previsto. Por tanto, en la mayoría de casos el período de responsabilidad del vendedor coincidirá con el período de la carga de la prueba, lo que es beneficioso para el consumidor (art. 121.1 in fine TRLGDCU). Pero esta afirmación parte del período de responsabilidad del vendedor de un año respecto de los bienes de segunda mano, algo que anteriormente ya se ha criticado. Por tanto, debería aumentarse el período de la carga de la prueba, puesto que si el bien se manifiesta defectuoso una vez ya ha transcurrido, el consumidor tendrá que probar que el defecto era existente en el momento de la entrega, algo, sin duda alguna, que es complicado.

e. Medidas correctoras. ¿Es posible sustituir un bien defectuoso por un bien reacondicionado o refabricado?

Una vez se ha manifestado la falta de conformidad, la Directiva (UE) 2019/771 pone al alcance de las partes un conjunto jerarquizado de remedios para subsanarla. En primer lugar, la reparación o la sustitución se colocan en el primer nivel (art. 13.1 DCCB)[31] en tanto que son medidas

[30] LOOS, B. M, «Rubbish or recycling?», pp. 21 y 23. El autor propone que, para estimular las compraventas de bienes de segunda mano, las normas de la DCCB sean aplicables, también, a las compraventas de bienes de segunda mano celebradas entre consumidores a través de plataformas de intermediación. No obstante, propone dejar al margen algunas previsiones, como la carga de la prueba (art. 11 DCCB). Por tanto, puede deducirse que la carga de la prueba operará a las compraventas de bienes de segunda mano o de bienes reacondicionados o refabricados.

[31] Actualmente se encuentra tramitándose una Propuesta de Directiva que prevé priorizar la reparación sobre la sustitución si aquella tiene unos costes iguales o inferiores a la sustitución. *Vid*. Art. 12 Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo por la que se establecen normas comunes para promover la reparación de bienes y se modifican el Reglamento (UE) 2017/2394 y las Directivas (UE) 2019/771 y (UE) 2020/1828, Bruselas,

correctoras de la prestación del vendedor, es decir, entregar un bien conforme con el contrato de compraventa. En segundo lugar, la reducción del precio y la resolución del contrato tratan de reequilibrar las prestaciones de las partes cuando se cumplen los presupuestos que permiten exigir el ejercicio de estos remedios (art. 13.4 DCCB).

Los bienes reacondicionados o refabricados si son adquiridos por consumidores a través de un contrato de compraventa obvio es que, en caso de revelarse no conformes con el contrato de compraventa, tendrán que ser reparados o sustituidos, o bien deberá reembolsarse parte del precio al consumidor o resolverse el contrato. No obstante, en relación con los bienes en general, se ha planteado la posibilidad de que la sustitución de un bien no conforme pueda realizarse con un bien reacondicionado o refabricado. De entrada, algunos estudios ponen de manifiesto que los consumidores no confían en esta posibilidad, pues creen que los bienes usados, reacondicionados o refabricados no tienen las mismas garantías de fiabilidad que los bienes nuevos[32]. 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 este tipo de bienes, considero que debería regularse mejor la forma de llevar a cabo la sustitución. Los vendedores deberían comprobar la conformidad del bien antes de entregárselo y certificar su conformidad.

Un sector doctrinal ha abogado por la necesidad de reformar la Directiva (UE) 2019/771 para incluir una definición de "sustitución" que incluya expresamente la posibilidad de sustituir un bien no conforme con un bien reacondicionado o remanufacturado[33]. Esto acabaría con la ambigüedad que existe sobre este particular en la Directiva (UE) 2019/771 y permitiría que los tribunales de justicia pudieran facilitar su aplicación, habida cuenta que, salvo excepciones[34], la sustitución por un bien nuevo se ha impuesto en la práctica[35].

22.3.2023 COM(2023) 155 final 2023/0083 (COD). Para una exposición crítica del cambio legislativo propuesto, *vid*. MARÍN LÓPEZ, «La reforma de la Directiva 2019/771, de contratos de compraventa de bienes de consumo, contenida en la Propuesta de Directiva de 22 de marzo de 2023», disponible en https://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/La_reforma_de_la_Directiva_2019_771_.pdf.

[32] EUROCONSUMERS, «Refurbished iphones are getting better and better», https://www.euroconsumers.org/activities/refurbished-iphones-improve.

[33] VAN GOOL/MICHEL/KEIRSBILNK/TERRYN, «Public consultation», KU Leuven, p. 5. «*'replacement' means the remediation by the seller of a lack of conformity by providing to the consumer a good that conforms with the sales contract, which might be a repaired, refurbished or remanufactured good that meets the conformity requirements.*» En el mismo sentido, *vid*. KRYLA-CUDNA, «Sales Contract and the Circular Economy», *European Review of Private Law,* núm. 6, 2020, p. 1221-1225. MAK/TERRYN, «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. 236.

[34] 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. 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.

[35] VAN GOOL/MICHEL/KEIRSBILNK/TERRYN, «Public consultation», KU Leuven, p. 5. WATSON/TOJO/BAUER/MILIOS/GYLLING/THRONRE-HOLST «Circular Business Models in the Mobile Phone Industry», p. 58, disponible en: https://www.researchgate.net/publication/345689895_Circular_Business_Models_in_the_Mobile_Phone_Industry. El artículo contiene la referencia de un caso de Dinamarca donde el consumidor reclamó la reparación de un teléfono móvil poco después de su adquisición. El fabricante le devolvió el teléfono con algunas piezas provenientes de otro teléfono. El consumidor reclamó un producto nuevo y el fabricante se negó a su pretensión.

3.2. Propuesta de Reglamento sobre diseño ecológico

En marzo de 2022, la Comisión Europea hizo pública una nueva ambiciosa propuesta de reglamento por la que se pretende que la Unión Europea cumpla algunos de los objetivos ambientales fijados en el Pacto Verde Europeo y en el Plan de Acción para la Economía Circular por una Europa más limpia y más competitiva. Se trata de la Propuesta de Reglamento sobre diseño ecológico, al cual ya nos hemos referido anteriormente. Según los considerandos de la norma, dicha propuesta de reglamento se erige como un instrumento fundamental para transitar hacia una economía climáticamente neutra y centra el foco regulatorio en el diseño sostenible de los productos.

El marco regulatorio actual viene constituido por la Directiva 2009/125/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, por la que se instaura un marco para el establecimiento de requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos relacionados con la energía. El ámbito de aplicación de la Directiva 2009/125/CE está limitado por los bienes que consumen energía, por lo que otras categorías de bienes escapan de su ámbito de aplicación. Esta es la razón por la que hay que adoptar una nueva regulación, es decir, la necesidad de dotarnos a nivel europeo de una nueva legislación aplicable con carácter general a todas las categorías de productos y que establezca requisitos vinculantes y transversales para asegurar que todos los productos que entran dentro del ámbito de la Unión Europea cumplan estos requisitos de sostenibilidad medioambiental. De esta forma, todos los productos que se introduzcan y comercialicen en el mercado a la Unión Europea deberán ser aptos para el tráfico circular.

El diseño ecológico de los productos constituye la base de las nuevas obligaciones que la Propuesta de Reglamento sobre diseño ecológico impone a los operadores económicos, mediante el cual el legislador europeo pretende reducir el impacto medioambiental de los productos. De esta forma, el diseño ecológico dejará de ser una decisión de política empresarial que dependa de los fabricantes y será la nueva metodología que se impondrá normativamente[36].

La Propuesta de Reglamento sobre diseño ecológico incide sobre diferentes materias que tienen un impacto medioambiental claro, donde destacan los requisitos de diseño ecológico (capítulo II); el pasaporte digital del producto (capítulo III); las etiquetas (capítulo IV); la prohibición de destruir productos de consumo no vendidos (capítulo VI); y las obligaciones de los agentes económicos (capítulo VII), entre otros. Por lo que atañe al objecto de este trabajo, nos centraremos en los requisitos de diseño ecológico, donde tienen especial relevancia los procesos de reacondicionamiento y de refabricación de productos.

a. Ámbito de aplicación: los bienes físicos

La Propuesta de Reglamento sobre diseño ecológico incorpora una nueva definición de producto que se adapta a las exigencias de la nueva regulación. A tenor de la definición de producto

El caso llegó a los tribunales y el fabricante fue obligado a entregar un bien nuevo al consumidor en sustitución del defectuoso o bien a reembolsar el precio de la compraventa.

[36] Para un análisis de los presupuestos básicos del diseño ecológico, *vid.* DOPAZO FRAGUÍO, «El diseño de productos sostenibles como paradigma preceptivo: evolución normativa y régimen jurídico propuesto en la Unión Europea», *Actualidad Jurídica Ambiental,* núm. 139, 2023, p. 1-57.

contenida en el art. 2.1) PRDE, destaca el carácter físico o corporal de los bienes. Esto no debe sorprendernos si uno de los objetivos que se persiguen es reducir los residuos y aumentar el reciclado de los productos, algo que solo tiene sentido respecto de los bienes corporales, físicos o tangibles. No obstante, existen determinadas categorías de productos físicos que quedan fuera del ámbito de aplicación de la nueva regulación porque por su propia naturaleza no pueden cumplir requisitos de diseño ecológico. Es el caso de los alimentos; los piensos; los medicamentos para uso humano; los medicamentos veterinarios; las plantas; animales y organismos vivos; los productos de origen humano y los productos de origen vegetal y animal, directamente relacionados con su futura reproducción. Por tanto, la propuesta de Reglamento sobre diseño ecológico adopta una definición autónoma de producto que se amolda a las categorías de productos respecto de las cuales se exigen requisitos de diseño ecológico.

Una vez realizada la anterior precisión, el art. 1 PRDE precisa que su objeto es establecer requisitos de diseño ecológico que se refieren a: durabilidad y fiabilidad de los productos; reutilizabilidad de los productos; actualizabilidad, reparabilidad, mantenimiento y reacondicionamiento de los productos; presencia de sustancias preocupantes en los productos; eficiencia de los productos en cuanto al uso de energía y de recursos; contenido reciclado en los productos; refabricación y reciclado de los productos; huella de carbono y huella ambiental de los productos; generación prevista de residuos de los productos. Vemos, pues, que el reacondicionamiento y refabricación de productos son propiedad de los productos respecto de las cuales deben adoptarse requisitos de diseño ecológico que deberán cumplir los productos para entrar dentro de la Unión Europea. Esto quiere decir que la Comisión Europea deberá adoptar, mediante actos delegados, los requisitos que deberán cumplir los productos sobre reacondicionamiento y refabricación para certificar su diseño ecológico.

b. Requisitos de diseño ecológico relativos al reacondicionamiento y la refabricación

El art. 5 PRDE concibe el reacondicionamiento y la refabricación como dos procesos para alargar el ciclo de vida útil de los productos respecto de los cuales la Comisión Europea deberá adoptar, mediante actos delegados, requisitos de diseño ecológico. Es decir, los requisitos aplicables al reacondicionamiento y a la refabricación de productos tendrán, a la luz del nuevo reglamento, un impacto directo en el diseño ecológico de los productos para favorecer el tráfico circular.
La colocación sistemática de ambos procesos en el orden establecido en el art. 5 PRDE es reveladora de su distinta naturaleza. El art. 5.1.f) PRDE coloca en el mismo nivel el mantenimiento y el reacondicionamiento de productos, mientras que el art.5.1.k) PRDE coloca la refabricación junto al reciclado de productos. Ello es consecuente con la definición de ambos procesos que se ha analizado anteriormente, pues a diferencia del reacondicionamiento, la refabricación conlleva un proceso industrial que tiene lugar en el final del ciclo de vida útil del producto dirigido a la creación de un nuevo producto mediante residuos, componentes u otros productos (art. 2.16) PRDE).

El art. 5 PRDE no da más pistas sobre los parámetros que tendrá en cuenta la Comisión Europea para establecer los requisitos de diseño ecológico de los productos aplicables al reacondicionamiento y la refabricación. Por ello debemos remitirnos al anexo I PRDE, que dice lo siguiente:

«*Los siguientes parámetros pueden, según proceda y, en caso necesario, complementados con otros, utilizarse como base para mejorar los aspectos del producto a los que se refiere el artículo 5, apartado 1:*

c) facilidad de actualización, reutilización, refabricación y reacondicionamiento expresada mediante: el número de materiales y componentes utilizados; la utilización de componentes estándar; la utilización de normas de codificación de materiales y componentes con el fin de determinar los componentes y materiales; la facilidad para desmontar y volver a montar el producto sin dañarlo; las condiciones para acceder a los datos del producto; las condiciones para acceder a los equipos y los programas informáticos necesarios, y para utilizarlos; las condiciones para acceder a protocolos de ensayo o a equipos de ensayo que no estén disponibles habitualmente; la disponibilidad de garantías específicas para la refabricación o el reacondicionamiento de los productos; las condiciones para acceder a tecnologías protegidas por derechos de propiedad intelectual o para utilizarlas; la modularidad;»

A mi juicio, el reacondicionamiento y la refabricación vendrán determinados por dos categorías de parámetros. Por un lado, los materiales y componentes utilizados y, por otro lado, la posibilidad de acceder a determinada información sobre el producto que será determinante para acometer aquellos procesos.

El art. 5 PRDE establece que los parámetros para determinar los requisitos de diseño ecológico aplicables, entre otros, al reacondicionamiento y a la refabricación, deberán fijarse por la Comisión Europea mediante actos delegados. En este sentido, los considerandos núm. 18 y 19 PRDE obligan a la Comisión Europea a adoptar un enfoque científico basado, sobre todo, en la experiencia de la Directiva 2009/125/CE y en las mejores pruebas disponibles realizadas en los productos en todas las fases de su ciclo de vida útil. Además, para evaluar el establecimiento de requisitos de diseño ecológico, la Comisión Europea deberá ir más allá y tendrá que desarrollar herramientas de evaluación de base científica que sirvan para evaluar los métodos para establecer requisitos de diseño ecológico. Asimismo, el considerando núm. 19 PRDE también prevé que los actos delegados que adopte la Comisión Europea tendrán un impacto en otros aspectos conexos regulados en otras directivas, como la puntuación de reparabilidad que deberá informarse al consumidor previamente a la contratación de un bien o servicio[37].

3.3. Propuesta de Directiva sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos

El pasado 28 de septiembre de 2022 la Comisión Europea hizo pública la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos[38] (en adelante, la Propuesta de Directiva), que debe reemplazar la longeva Directiva

[37] Actualmente se encuentra tramitándose una reforma de la Directiva 2011/83/UE que incide sobre los deberes de información precontractuales del empresario con el consumidor para obligarle a informar sobre la reparabilidad del bien o servicio contratado antes de quedar vinculado contractualmente. *Vid.* COMISIÓN EUROPEA, 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).

[38] Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, Bruselas, 28.9.2022, COM(2022) 495 final 2022/0302 (COD). Para una introducción a la

85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, 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, Directiva 85/374/CEE)[39]. La Propuesta de Directiva constituye, por tanto, el documento base que se discutirá en el Parlamento Europeo y en el Consejo y que puede culminar dentro de un par de años con la adopción de una nueva directiva sobre esta materia.

Sin entrar a valorar otras cuestiones novedosas que incorpora la Propuesta de Directiva podemos decir que el texto adoptado sigue unas directrices que ya estableció el legislador europeo cuando en 2019 se adoptó la DCCB: la concepción unitaria del bien, a pesar de que actualmente los bienes incorporan elementos digitales, y la concentración de la responsabilidad en el productor del bien. La Propuesta de Directiva amplía el grupo de sujetos que reciben la consideración de productor, incluyendo al programador del software y al desarrollador del sistema de inteligencia artificial. Asimismo, en lo tocante al objeto de este trabajo, es importante destacar que el sujeto que produce una alteración sustancial en un producto tiene la consideración de productor (considerando núm. 29 Propuesta de Directiva). Dicha medida se enmarca en la estrategia de la transición hacia el paradigma de la economía circular y trae causa en la necesidad de alargar el ciclo de vida útil de los productos. Veamos cuál es el tratamiento de los bienes reacondicionados y remanufacturados en esta Propuesta de directiva.

a. Fabricante y modificación sustancial de productos

El fabricante es el operador económico que se coloca en el centro de las reclamaciones de los perjudicados por los daños producidos por productos defectuosos. Así lo establece el art. 7.1 de la Propuesta de Directiva, siguiendo, por tanto, el mismo criterio que el art. 3 Directiva 85/374/CEE. En el supuesto que el fabricante no pueda ser identificado o no esté establecido en un Estado de la Unión, la responsabilidad se imputará a determinados operadores económicos que hayan intervenido en la cadena de distribución del bien (art. 3 Directiva 85/374/CEE y art. 7 Propuesta de Directiva).

La futura directiva que se adopte en esta materia va a ampliar el conjunto de sujetos que tendrán la consideración de productor. Uno de los principales problemas que se han planteado con la definición de producto del art. 2 de la Directiva 85/374/CEE es que solo pueden considerarse productores los fabricantes de bienes muebles tangibles y, por tanto, quedan al margen del concepto de productor los fabricantes de bienes intangibles como el software[40]. Para remediar

Propuesta de Directiva, *vid*. VELDT, «The New Product Liability proposal – Fit for the Digital Age or in Need for Shaping Up?» *Journal of European Consumer and Market Law,* núm. 1, 2023, p. 24-31. BORGHETTI, «Taking EU Product Liability Law Seriously: How Can The Product Liability Directive Effectively Contribute to Consumer protection?», *French Journal of Legal Policy,* núm. 1, 2023, p. 1-41.

[39] Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, 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 (Diario Oficial núm. L 210, de 7 de agosto de 1985).

[40] WENDERHORST, «Safety and Liability Related Aspects to Software», p. 64-66. Disponible en: https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/study-safety-and-liability-related-aspects-software.

La autora expone la problemática que existe en torno a la definición de software del art. 2 Directiva 85/374/CEE.

Vid. Sentencia de 10 de junio de 2021, KRONE — Verlag Gesellschaft mbH & Co KG, C-65/20, ECLI:EU:C:2021:471. El TJUE también ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el concepto de producto del art. 2 Directiva 85/374/CE y excluyó de su ámbito de aplicación un consejo de salud inexacto publicado en un periódico que ocasionó un daño corporal a un lector.

esta situación, el art. 4.1) de la Propuesta de Directiva incorpora una nueva definición de producto que incluye los programas informáticos (vid. Considerando núm. 12 Propuesta de Directiva). Por tanto, también tendrá la consideración de productor el desarrollador de programas informáticos o de sistemas de inteligencia artificial[41]. No es objeto de este trabajo analizar el concepto de fabricante que incorpora el art. 4.11) de la Propuesta de Directiva, pero difiere de la definición de productor del art. 3.1 Directiva 85/374/CEE.

Por lo que atañe a la transición hacia la economía circular, el considerando núm. 29 de la Propuesta de Directiva es el único que se refiere a esta cuestión, cuyo tenor literal dispone lo siguiente:

«*En la transición de una economía lineal a una economía circular, los productos se diseñan para que sean más duraderos, reutilizables, reparables y mejorables. La Unión también promueve formas innovadoras y sostenibles de producción y consumo que prolonguen la funcionalidad de los productos y componentes, como la remanufacturación, el reacondicionamiento y la reparación.*»

El considerando núm. 29 se refiere a la remanufacturación. A mi juicio, debería adoptarse el mismo concepto de refabricación que utiliza la Propuesta de Reglamento sobre diseño sostenible para manejar un mismo concepto y referirnos al mismo fenómeno: el proceso industrial que experimenta un producto y que es reintroducido en el mercado con una nueva garantía, después de alterarse su rendimiento, seguridad o finalidad. Asimismo, el considerando núm. 29 concibe la remanufacturación y el reacondicionamiento como dos procesos distintos a través de los cuales se alarga el ciclo de vida útil de los productos, pero que a los efectos de la responsabilidad del fabricante tiene el mismo efecto, como veremos posteriormente.

A continuación, se eleva a la categoría de fabricante al operador económico que ha modificado sustancialmente el bien mediante un proceso de remanufacturación o reaconidcionamiento, a fin de que se le pueda imputar la responsabilidad resultante de un daño que trae causa en la modificación sustancial que ha experimentado el bien, es decir, un daño que trae causa de un defecto producido con ocasion de la modificación sustancial, idea que aparece claramente recogida, también, en el art. 7.4 de la Propuesta de Directiva sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos:

«*Además, los productos permiten modificaciones mediante cambios en los programas informáticos, incluidas las mejoras. Cuando un producto se modifica sustancialmente fuera del control del fabricante original, se considera un producto nuevo y debería ser posible responsabilizar a la persona que realizó la modificación sustancial como fabricante del producto modificado, ya que según la legislación pertinente de la Unión es responsable de que el producto cumpla los requisitos de seguridad.*»

A la vista de lo dispuesto en el considerando núm. 29, cualquier operador económico que modifique sustancialmente un producto, ya sea a través de la remanufacturación, reacondicionamiento o reparación, tiene la consideración de fabricante a los efectos de imputarle la responsabilidad dimanante de los daños provocados con posterioridad a su intervención, si el daño trae causa en ella. Se trata de la aplicación de uno de los principios sobre los que se asienta la legislación sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos: el productor

[41] WAGNER, «Liability Rules for the Digital Age», *Journal of European Tort Law,* núm. 3, 2022, p. 201-202.

solo responde por los daños que hayan causado por productos defectuosos que introdujo en el mercado.

Según el considerando núm. 29, el resultado del reacondicionamiento, remanufacturación o reparación es un producto nuevo. A mi modo de ver las cosas, la expresión producto nuevo no es afortunada porque el bien no necesariamente se reintroduce en el mercado como tal, con una nueva garantía, sino que, como hemos visto, esto solo es un efecto propio de la refabricación. Quizá sería más oportuno hablar de una nueva "puesta en servicio" o de "nueva introducción en el mercado" y que fuera este momento el que permita diferenciar la responsabilidad del fabricante originario y del que realice la modificación sustancial del producto. La redacción del art. 7.4 de la Propuesta de Directiva sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos es más precisa y sí que habla de "introducción en el mercado" o de "puesta en servicio". Por tanto, ante la realización de una modificación sustancial en el producto, hay que considerar que, habida cuenta que puede haber cambiado el riesgo asociado a un producto o que hayan aparecido nuevos riesgos, se ha producido una nueva puesta en servicio o una nueva introducción en el mercado para diferenciar el ámbito de responsabilidad del productor original y del que ha realizado la modificación[42], siempre que la modificación se lleve a cabo fuera del ámbito de control del fabricante original[43]. Sin embargo, esto puede ser problemático. En la era digital muchos productos incorporan un software que es imprescindible para que el producto pueda realizar sus funciones. Los usuarios de dichos productos en ocasiones cambian el sistema operativo que viene de serie con el producto o bien realizan cambios para que pueda cumplir otras funciones. Teniendo en consideración lo dispuesto en la Propuesta de Directiva, estos usuarios que realizan modificaciones no podrían dirigirse contra el fabricante original si el defecto trae causa en la modificación realizada en el producto. En estos casos, podríamos encontrarnos ante un supuesto de culpa exclusiva de la víctima o bien de concurrencia de culpas (art. 12 Propuesta de Directiva). La cuestión fundamental radicará en interpretar qué se entiende por modificación sustancial del producto, algo sobre lo que la Propuesta de Directiva no se pronuncia ni prevé ningún criterio interpretativo.

El nuevo Reglamento sobre la seguridad general de los productos sí que prevé en el art. 13.3 RSGP unos criterios que sirven para interpretar qué se entiende por modificación sustancial de un producto. Sería oportuno que la versión definitiva de la Propuesta de Directiva prevea unos criterios para determinarlo, o bien que se remita a lo dispuesto en el art. 13.3 RSGP.

---

[42] ULFBECK, *European Journal of Risk Regulation,* núm. 13, 2022, p. 608. La autora llega a la misma conclusión, a pesar de que se basa en la responsabilidad del fabricante del producto en general y del fabricante de un componente. Se refiere a un caso de Estados Unidos, donde unos empleados sufrieron daños corporales como consecuencia de inhalar sustancias tóxicas liberadas en el proceso de desmantelamiento de las beterías de unos vehículos. *Vid. Johnson v. Murph Metals*, Inc., 562 F. Supp. 246 (N.D. Tex. 1983): «*Nevertheless, there are necessarily some limits on the concept of product use. In each of the cases known to the court involving "use" of a product, the plaintiff had some contact, however brief, with the defendant's product. In this case, Defendants' product was necessarily destroyed prior to the alleged injuries. Stip. No. 14. Plaintiffs have stipulated that Defendants' product did not injure them while it was intact or while it was being destroyed. Stip. Nos. 15, 18. Rather, the alleged damage occurred after a portion of the destroyed battery was transformed, through the smelting process, into an allegedly injurious substance. During the time periods in question, Plaintiffs did not even come in contact with Defendants' product; Defendants' product had ceased to exist*.»

[43] Vid Art. 5.5) Propuesta de Directiva. Wagner, *Journal of European Tort Law,* núm. 3, 2022, p. 215. La expresión *"fuera del control del fabricante original"* debe interpretarse como una modificación no autorizada por parte del fabricante original.

La modificación sustancial en un producto debe ser realizada por un sujeto externo a la organización empresarial del productor original, de forma telemática, como puede ser una actualización del software, o bien mediante una intervención material en el producto, es decir, mediante una intervención activa tendente a modificar las propiedades del producto. A tenor de lo dispuesto en el considerando núm. 41 Propuesta de Directiva, no parece que la modificación sustancial pueda venir propiciada por una vulnerabilidad que presente el producto y que a causa de ello devenga defectuoso. El concepto de vulnerabilidad no aparece definido en la Propuesta de Directiva. Tampoco se trata de un concepto clave según el texto actual sobre el cual pivotan elementos fundamentales de la nueva regulación, por lo que hay que acudir a la definición de este concepto que aparece en el art. 6.15) de la llamada Directiva SRI 2: «*deficiencia, susceptibilidad o fallo de productos de TIC o servicios de TIC que puede ser aprovechado por una ciberamenaza*»[44]. Vemos, pues, que el concepto de vulnerabilidad incluye términos como deficiencia o fallo, es decir, una debilidad que presenta el producto que lo convierte en vulnerable frente a amenazas de terceros malintencionados. Por tanto, el concepto de vulnerabilidad se basa en una deficiencia o debilidad que presenta el propio producto, mientras que una modificación sustancial requiere una conducta tendente a alterar las características de un producto.

b. Exoneración de responsabilidad del fabricante original en caso de modificación sustancial del producto

El efecto que se persigue otorgando la consideración de fabricante al operador económico que modifica sustancialmente un producto una vez ha sido introducido en el mercado y puesto en circulación es deslindar el ámbito de responsabilidad del fabricante originario de la del sujeto que ha modificado sustancialmente el producto, si este se manifiesta defectuoso y el defecto trae causa en su intervención. Esto permitirá que el perjudicado pueda dirigirse directamente contra el sujeto reacondicionador.

Para imputar y reclamar la responsabilidad de un daño causado por un producto reacondicionado o refabricado es necesario que la modificación operada en el producto sea sustancial. Para ello, el considerando núm. 29 da algunas pautas para interpretar qué debe entenderse por modificación sustancial: «*El hecho de que una modificación sea sustancial se determina de acuerdo con los criterios establecidos en la legislación nacional y de la Unión en materia de seguridad, como las modificaciones que cambian las funciones originales previstas o que afectan al cumplimiento del producto con los requisitos de seguridad aplicables.*»

El considerando núm. 29 nos remite a la legislación nacional y europea en materia de seguridad para determinar el alcance sustancial, o no, de la modificación realizada en un producto. Sin ánimo de exhaustividad, para realizar el análisis del carácter sustancial de la modificación debemos tener muy presente el nuevo Reglamento relativo a la seguridad general de los

---

[44] Directiva (UE) 2022/2555 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de ciberseguridad en toda la Unión, por la que se modifican el Reglamento (UE) núm. 910/2014 y la Directiva (UE) 2018/1972 y por la que se deroga la Directiva (UE) 2016/1148, «DOUE» núm. 333, de 27 de diciembre de 2022.

SCHMITZ/SCHIFFNER, «Responsible Vulnerability Disclosure under the NIS 2.0 Proposal», disponible en https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-12-5-2021/5495/schmitz_schiffner_pdf.pdf. «*A vulnerability is a set of conditions that allows the violation of a security (or privacy) policy. Such conditions might be created by software flaws, configuration mistakes and other human errors of operators, or unexpected conditions of the environment a system runs in.*»

productos, cuyo art. 6 RSGP determina los aspectos a considerar para evaluar la seguridad de los productos. Asimismo, la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los requisitos horizontales de ciberseguridad para los productos con elementos digitales también prevé en el anexo I un conjunto de requisitos que deberán cumplir los productos con elementos digitales para certificar y presumir su ciberseguridad[45]. Por tanto, una alteración de estos parámetros sobre la base de los cuales se certificó la seguridad y ciberseguridad de un producto puede suponer que estemos ante un bien reacondicionado y, por tanto, ante la posible exoneración del fabricante originario si el daño se encuentra relacionado con la intervención del nuevo fabricante.

c. Reinicio del plazo de prescripción en caso de modificación sustancial del producto

El art. 14.2 de la Propuesta de Directiva sigue previendo el plazo general de responsabilidad de 10 años del fabricante, a contar desde que el producto fue puesto en servicio o fue introducido en el mercado. Esto quiere decir que el fabricante no será responsable por los daños causados por un producto defectuoso una vez transcurrido el plazo de 10 años desde su puesta en servicio o introducción en el mercado. Se trata del mismo plazo de responsabilidad que actualmente prevé el art. 11 Directiva 85/374/CEE[46].

La novedad que trae la Propuesta de Directiva es el reinicio del plazo de responsabilidad del fabricante una vez se haya modificado sustancialmente el producto. Partiendo de la premisa que la Propuesta de Directiva considera los productos reacondicionados como bienes nuevos, una vez se haya acometido el reacondicionamiento, el nuevo fabricante o reacondicionador responderá por un plazo de 10 años por los daños que pueda provocar el producto reacondicionado (considerando núm. 44 Propuesta de Directiva). Sin duda alguna, con esta medida se trata de proteger a los consumidores, pero quedan sin resolver algunas cuestiones sobre cómo afectará el nuevo plazo de responsabilidad de 10 años al fabricante original y al nuevo fabricante. Antes hemos visto que el art. 10.1.g) de la Propuesta de Directiva prevé que el nuevo fabricante pueda eximirse de responsabilidad si el daño no trae causa en la modificación realizada en el producto. Por tanto, si la modificación sustancial de un producto conlleva que se reinicie el plazo de responsabilidad del fabricante, ¿qué pasará cuando los daños no se encuentren relacionados con la modificación sustancial? ¿debemos considerar que revive la acción contra el productor original? ¿responderá igualmente el nuevo fabricante? Imputar la responsabilidad al nuevo fabricante por el mero hecho del reinicio del plazo de prescripción significa desproveer al nuevo fabricante de la causa de exoneración de responsabilidad que le reconoce el art. 10.1.g) de la Propuesta de Directiva, que permite exonerar la responsabilidad si demuestra que el daño no se ha producido en ocasión de la modificación sustancial del producto. Lo más lógico, de acuerdo con la voluntad de la Comisión Europea de delimitar la responsabilidad de los operadores económicos, sería que siguiera respondiendo el productor original si logra demostrarse que los daños causados por el producto defectuoso no están relacionados con la modificación sustancial y, en todo caso, siempre que no haya transcurrido el plazo de diez años desde la introducción del producto en el mercado o desde su puesta en servicio.

---

[45] COMISIÓN EUROPEA, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los requisitos horizontales de ciberseguridad para los productos con elementos digitales y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2019/1020, Bruselas, 15.9.2022, COM(2022) 454 final 2022/0272(COD).

[46] Sobre el plazo de prescripción previsto en el art. 11 Directiva 85/374/CEE, *vid*. Sentencia de 9 de febrero de 2006, eclan O'Byrne contra Sanofi Pasteur MSD Ltd y Sanofi Pasteur SA., C-127/04, ECLI:EU:C:2006:93.

d. ¿Cómo debe articularse la responsabilidad entre el fabricante original y el modificador sustancial?

El reinicio del plazo de prescripción de responsabilidad que prevé el considerando núm. 44 Propuesta de Directiva en caso de modificación sustancial del producto plantea el problema de determinar cómo deben responder el fabricante originario y el modificar sustancial y también cómo afectará la reclamación formulada al modificador sustancial, es decir, si la acción contra el modificador sustancial interrumpirá el plazo de prescripción frente al fabricante originario.

En primer lugar, considero que debemos partir del principio consagrado en el art. 11 Propuesta de Directiva, que prevé la responsabilidad conjunta y solidaria de dos o más operadores económicos que sean responsables de los mismos daños. El art. 11 Propuesta de Directiva, interpretado a la luz del considerando núm. 40 Propuesta de Directiva, deja entrever que la responsabilidad solidaria operará fundamentalmente en los casos de *bundled products*, es decir, «*cuando un componente defectuoso esté integrado en un producto que cause daños*». Sería el caso, por ejemplo, de un producto con elementos digitales que es introducido en el mercado o puesto en servicio como un todo, cuando el bien mueble tangible y el software se presenten ante la víctima como un conjunto integrado, es decir, porque ambos componentes se encuentran agregados. Lo que quiero decir es que la responsabilidad solidaria del productor del hardware y del software operará cuando el producto se introduzca en el mercado o se ponga en servicio como un todo, en la medida que si no fuera así no podría realizar sus funciones. Pero si finalmente un tercero modifica sustancialmente un producto fuera del ámbito de control del fabricante originario[47], creo que este supuesto no debería reconducirse al principio general del art. 11 Propuesta de Directiva y que debería considerarse al modificador sustancial como un tercero respecto del productor original, supuesto que nos conduce a lo dispuesto en el art. 12.2 Propuesta de Directiva.

El segundo apartado del art. 12 Propuesta de Directiva dice que la responsabilidad del operador económico, en nuestro caso el fabricante, «*podrá reducirse o anularse cuando el daño sea causado conjuntamente por un defecto del producto y por culpa de la persona perjudicada o de una persona de la que la persona perjudicada sea responsable*». Por tanto, si la defectuosidad de un producto viene propiciada por un tercero que, fuera del ámbito de control del fabricante originario, modifica sustancialmente un producto, la responsabilidad del fabricante podrá anularse si el daño puede imputarse exclusivamente al modificador sustancial.

En lo tocante a los efectos sobre el *dies a quo* del plazo de prescripción de la pretensión frente al modificador sustancial, si este es considerado un tercero que actúa fuera del ámbito de control del fabricante originario y, por tanto, no puede aplicarse la responsabilidad solidaria del art. 11 Propuesta de Directiva, lo mejor para la víctima sería demandar a ambos sujetos o al menos interrumpir la prescripción frente al fabricante originario extrajudicialmente.

[47] Considerando núm. 37 Propuesta de Directiva. *«Sin embargo, dado que las tecnologías digitales permiten a los fabricantes ejercer control más allá del momento de la introducción del producto en el mercado o de la puesta en servicio, los fabricantes deben seguir siendo responsables de las deficiencias que se produzcan después de ese momento como resultado de programas informáticos o servicios conexos que estén bajo su control, ya sea en forma de mejoras o actualizaciones o de algoritmos de aprendizaje automático. Estos programas informáticos o servicios conexos deben considerarse bajo el control del fabricante cuando sean suministrados por él o cuando este los autorice o influya de otro modo en su suministro por un tercero.»*

3.4. Reglamento de Seguridad General de los Productos

a. Consideraciones generales

El 23 de mayo de 2023 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el nuevo Reglamento (UE) 2023/988, relativo a la seguridad general de los productos (RSGP). El nuevo reglamento viene a derogar la Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, relativa a la seguridad general de los productos[48]. Sin embargo, según los arts. 50 y 52 RSGP la nueva regulación no entrará en vigor hasta el 13 de diciembre de 2024. Los considerandos núm. 1 y 2 RSGP establecen que la reforma viene motivada por la necesidad de adoptar una nueva legislación adoptada a la realidad actual, donde han irrumpido productos complejos con la evolución de las nuevas tecnologías. En el momento actual los productos pueden ser vulnerables en cuanto a su seguridad, por lo que debe adoptarse una nueva legislación acorde con la evolución de las nuevas tecnologías. Asimismo, la nueva legislación adopta la forma de reglamento, a los efectos de dotar a la Unión Europea de una legislación transversal y uniforme en esta materia, que no dé lugar a transposiciones divergentes por parte de los Estados miembros (considerando núm. 3 RSGP).

A tenor de lo dispuesto en el art. 1 RSGP, el objetivo del nuevo reglamento es garantizar un nivel elevado de protección de los consumidores, estableciendo requisitos esenciales de seguridad que deberán cumplir los productos que se introduzcan y se comercialicen en el mercado europeo. Por lo que se refiere al ámbito de aplicación, el RGSP sigue una línea continuista respecto del enfoque adoptado por la Directiva 2001/95/CE y previene su aplicación en defecto de una legislación específica europea para determinadas categorías de productos (art. 2.1 RSGP), por lo que establece requisitos en materia de seguridad de los productos con carácter general. Si bien es cierto que se han adoptado regulaciones específicas para determinadas clases de productos, algunos tipos de productos carecen de una legislación sectorial aplicable, por lo que es necesario que exista una regulación horizontal y transversal sobre la seguridad de los productos (considerando núm. 6 RSGP).

b. ¿Qué es "producto" según el nuevo reglamento?

Antes de abordar el tratamiento de los productos reacondicionados y refabricados en el marco del RSGP debemos detenernos en el estudio de algunas definiciones que incorpora el RSGP, en tanto que determinan su ámbito de aplicación.

Por lo que respecta a la definición de "producto" del art. 3.1) RSGP aparecen pocos cambios respecto de la definición del mismo concepto del art. 2.a) Directiva 2001/95/CE: «*todo objeto, esté interconectado o no con otros objetos, suministrado o puesto a disposición, a título oneroso o gratuito, incluso en el contexto de la prestación de un servicio, destinado a los consumidores o que, en condiciones razonablemente previsibles, pueda ser utilizado por los consumidores, aunque no esté destinado a ellos*».

[48] Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, relativa a la seguridad general de los productos «DOUE» núm. L 011 de 15 de enero de 2002.

Desgranando los diferentes elementos de la definición, lo primero que hay que destacar es el carácter mueble y tangible de los productos que entran dentro del ámbito de aplicación del RGSP. El considerando núm. 17 RGSP establece que el nuevo reglamento no es aplicable directamente a los servicios, algo que ya preveía el considerando núm. 9 Directiva 2001/95/CE. No obstante, es posible que los consumidores contraten una prestación de un servicio que conlleve el suministro o puesta a disposición de un producto determinado (*incluso en el contexto de la prestación de un servicio*). En este caso, el mismo considerando declara su aplicabilidad a dichos productos. Finalmente, el considerando núm. 17 RGSP establece una excepción para aquellos equipos que los consumidores montan o en los que viajan, cuando dichos equipos sean manejados directamente por un prestador de servicios en el contexto de un servicio de transporte. En este caso, estos equipos no deben entrar en el ámbito de aplicación del reglamento, ya que debe considerarse en relación con la seguridad del servicio prestado. Por tanto, los equipos o productos utilizados en el marco de un servicio de transporte y que sean operados por el prestador del servicio quedan fuera del ámbito de aplicación del RGSP y se regirán por la normativa específica. Esta distinción que determina que determinados productos que se suministran o se ponen a disposición del consumidor en el marco de una prestación de un servicio entren dentro del ámbito de aplicación del RSGP y otros queden excluidos no me parece justificable y no aporta seguridad jurídica[49].

A continuación, la definición alude a la posible interconexión del producto con otros objetos. En el caso de que el producto se encuentre interconectado con otro objeto para realizar todas o parte de sus funciones, la seguridad de dicho producto deberá valorarse conjuntamente (art. 6.1.b) RGSP). La definición de producto hace referencia a la interconexión del producto con otros objetos.

Es indiferente que el consumidor haya satisfecho una contraprestación para la adquisición del producto, puesto que el reglamento se aplicará independientemente de que el suministro o puesta a disposición del producto se haya producido a título oneroso o gratuito.

Los productos deben ser suministrados o puestos a disposición de consumidores o, a pesar de no ir destinados a ellos, que en condiciones razonables y previsibles, puedan ser utilizados por consumidores, aunque no sean los destinatarios directos. Esta previsión también aparecía en la definición de producto del art. 2.a) Directiva 2001/95/CE. Por tanto, en principio los productos que han sido diseñados exclusivamente para un uso profesional escapan del ámbito de aplicación del RSGP. No obstante, ante la posibilidad de que tales productos posteriormente sean utilizados por consumidores en condiciones razonables y previsibles entrarán dentro del ámbito de aplicación del RSGP (considerando núm. 9 RSGP). De esta forma, según algunos autores quedarán cubiertos por el RSGP productos como las herramientas de bricolaje y de jardinería[50]. A mi modo de ver las cosas, a pesar del deseo del legislador europeo de proteger a los consumidores que adquieren productos destinados a usos profesionales, no es fácil que se produzca la adquisición de tales productos, pues muchas veces no se encuentran disponibles en las grandes plataformas de compraventa de bienes por consumidores y, en todo caso, productos destinados al bricolaje o jardinería sí que pueden ser adquiridos inicialmente por consumidores

[49] FAIRGRIEVE/GOLDBERG, *Product liability,* 2020, p. 869.

[50] Ídem, p. 868.

y se encuentran a su alcance fácilmente[51]. Quizá el legislador europeo esté pensando en productos destinados a usos profesionales adquiridos por consumidores como bienes usados a través de plataformas de bienes de segunda mano.

El art. 2.a) Directiva 2001/95/CE, en la definición de producto, aludía expresamente a los bienes usados o reacondicionados y esta referencia ha desaparecido en la nueva definición de producto que incorpora el art. 3.1) RSGP. No obstante, el art. 2.3 RSGP declara su aplicabilidad a los productos usados, reparados o reacondicionados, salvo que dichos productos se comercialicen o se introduzcan en el mercado como tales para ser reparados o reacondicionados (considerando núm. 16 RSGP). Es decir, no resulta exigible que en estas condiciones los productos puedan cumplir los requisitos que fija el RSGP porque son adquiridos o comercializados para ser reparados o reacondicionados. Una vez acometida la reparación o el reacondicionamiento, entonces sí que serán aplicables las previsiones del RSGP.

c. Es fabricante quien modifica sustancialmente un producto

Actualmente, los productos han evolucionado y son cada vez más complejos. Además, muchos incorporan contenidos digitales y por ello son vulnerables en cuanto a su ciberseguridad. El RSGP es consciente de ello y, por esta razón, declara que, ante una modificación realizada en un producto llevada a cabo, por ejemplo, a través de una nueva actualización, si dicha modificación es sustancial implica que el fabricante deba realizar una nueva evaluación de los riesgos si esta modificación afecta a la seguridad del producto (considerando núm. 25 RSGP).

Asimismo, siguiendo con lo que ya hemos comentado respecto de la Propuesta de Directiva sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, el sujeto que realice la modificación sustancial en el producto tendrá la consideración de fabricante, a los efectos de delimitar el ámbito de responsabilidad del fabricante originario y del que ha operado la modificación sustancial (considerando núm. 34 y art. 13.2 RSGP)[52]. Esto conlleva que, como fabricante, deberá cumplir con las obligaciones que el RSGP impone a los fabricantes[53]. En mi opinión, aunque el RSGP no lo diga expresamente, esto afecta directamente al reacondicionamiento y refabricación de bienes, pues son procesos que pueden conllevar una modificación sustancial en el producto.

Volviendo a lo dispuesto en el art. 13.2 RSGP, el fabricante que haya realizado la modificación sustancial en el producto estará obligado, respecto a la parte afectada por la modificación o respecto a la totalidad del producto, si la modificación sustancial afecta a su seguridad, a cumplir

---

[51] FAIRGRIEVE/HOWELLS, «General Product Safety – a Revolution Through Reform?», *The Modern Law Review,* núm. 69, 2006, p. 60. En Inglaterra en la legislación de transposición de la Directiva 2001/95/CE optaron por imponer la obligación a los fabricantes de etiquetar los productos para determinar los usuarios de los mismos, imponiendo sanciones en caso de incumplimiento. De esta forma, el propio producto preveía quienes eran sus destinatarios.

[52] La consideración de fabricante del operador económico que realiza la modificación sustancial del producto y la conceptualización del producto resultante de la modificación sustancial como producto nuevo plantea algunos problemas en relación con la protección de la marca del fabricante originario. Por el objeto de este trabajo no nos detendremos en este particular, por lo que nos remitimos al mejor estudio del estado de esta cuestión. En este sentido, *vid.* KUR, «'As Good as New' – Sale of Repaired or Refurbished Goods: Commendable Practice or Trade Mark Infringement?», *GRUR International,* núm. 70, 2021, p. 228-236. SENFTLEBEN, «Fashion Upcycling and Trademark Infringement – A Circular Economy/Freedom of the Arts Approach», *Institute for Information Law,* Universidad de Amsterdam, p. 1-21.

[53] HODGES, *European Regulation of Consumer Product Safety,* 2005, p. 93.

con las obligaciones que el art. 9 RSGP impone a los fabricantes. Entre estas obligaciones destaca el deber de realizar un análisis de riesgos interno y a elaborar la documentación técnica pertinente para evaluar su seguridad[54]. Para efectuar el análisis de riesgos interno los fabricantes deberán dotarse de procesos internos relativos a la seguridad de los productos, mediante los cuales podrán evaluar los riesgos del producto. Sorprende que el RSGP deje en manos de los fabricantes todo lo relativo a los procesos internos de evaluación de los riesgos de los productos (considerando núm. 37 RSGP). El considerando que el RSGP dedica a este particular solo prevé que los procesos internos se ajustarán a la posición que ocupe el operador económico en la cadena de producción del bien y que adoptarán la forma de procedimientos organizativos, directrices, normas de normalización o en el nombramiento de un gestor ad hoc.

Los procesos internos para evaluar la seguridad de los productos tienen, como objetivo principal, analizar y certificar los riesgos relacionados con el producto y las soluciones adoptadas para eliminarlos o reducirlos (art. 9.2.a) RSGP). Por tanto, si la modificación operada en el producto tiene la consideración de sustancial, el fabricante que la haya realizado deberá proceder según lo previsto en el art. 9 RSGP y evaluar los riesgos que conlleva para el producto la modificación sustancial operada. En cambio, si la modificación realizada no es sustancial, el fabricante que la haya realizado no tendrá ninguna obligación de evaluar los riesgos que puedan comprometer la seguridad del producto. Por tanto, la cuestión fundamental reside en determinar cuándo se entiende que se ha producido una modificación sustancial en el producto.

d. ¿Qué entendemos por "modificación sustancial" a la luz del nuevo reglamento?

A tenor de lo dispuesto en el art. 13.3 RSGP existen tres casos que dan lugar a entender que se ha producido una modificación sustancial en el producto. Si concurren las circunstancias del art. 13.3 RSGP se entenderá que estamos ante un producto nuevo (considerando núm. 35 RSGP) y que, como hemos visto, el sujeto que la ha realizado tendrá la consideración de fabricante.

«*3. Se considerará que la modificación de un producto por medios físicos o digitales es sustancial cuando afecte a la seguridad del producto y se cumplan los criterios siguientes:*
a) la modificación altera el producto de una manera que no estaba contemplada en la evaluación inicial del riesgo del producto;
b) la naturaleza del peligro ha cambiado, se ha generado un nuevo peligro o el nivel de riesgo ha aumentado debido a la modificación, y
c) las modificaciones no han sido realizadas por los propios consumidores o en su nombre para su propio uso.»

En primer lugar, si la modificación comporta que se altere un producto de tal manera que cambie el resultado de la evaluación inicial del riesgo, estaremos ante una modificación sustancial del producto. Como hemos visto anteriormente, los fabricantes deben realizar un análisis de los posibles riesgos relacionados con el producto (art. 9.2.a) RSGP) y, de acuerdo con este análisis realizado conforme a los procesos internos que adopte el fabricante, documentar técnicamente los resultados. Por tanto, si la modificación operada en el producto comporta un cambio en la evaluación inicial del riesgo, es decir, un aumento de la probabilidad de que exista un peligro que cause un daño o perjuicio y la gravedad de ese daño o perjuicio (art. 3.4) RSGP), estaremos ante una modificación sustancial del producto, lo que obligará a evaluar de nuevo todos los riesgos

[54] Ídem. p. 106.

relacionados con el producto si la modificación ha alterado su nivel de seguridad, o bien a evaluar el riesgo implícito en la modificación si no afecta a la seguridad del producto en general. En este sentido, el considerando núm. 35 RSGP no obliga a la persona que lleve a cabo la modificación sustancial a repetir ensayos y aportar nueva documentación en relación con aspectos del producto que no se hayan visto afectados por la modificación. Será, por tanto, un análisis comparativo de los riesgos del producto lo que determinará el alcance de la modificación.

En segundo lugar, si la modificación cambia la naturaleza del peligro, se genera un nuevo peligro o aumenta el nivel del riesgo a causa de la modificación, también estaremos ante una modificación sustancial. El concepto de "peligro" no aparece definido en el art. 3 RSGP. No obstante, el art. 3.4) RSGP sí que define qué se entiende por riesgo, en cuya definición aparece el término peligro: «*la combinación de la probabilidad de que exista un peligro que cause un daño o perjuicio y la gravedad de ese daño o perjuicio*». Ambos términos evocan a una misma idea: la inminencia o proximidad de que suceda algún mal o daño. Por tanto, la modificación operada en el producto que incremento en el nivel de riesgo supondrá que estemos ante una modificación sustancial del producto. A mi juicio, aunque no lo establezca el art. 13.3.b) RSGP, en este caso también deberíamos partir de la evaluación inicial del riesgo realizada por el fabricante originario, a los efectos de tener un parámetro para valorar el cambio, aumento o el carácter novedoso del peligro o riesgo que afecta al producto.

En tercer lugar, por lo que atañe al tercer criterio, a mi modo de ver las cosas tiene que interpretarse de acuerdo con el considerando núm. 25 RSGP. El tercer criterio dice que estaremos ante una modificación sustancial del producto si dicha modificación no ha sido realizada por el consumidor o en su nombre para uso propio. En caso contrario, si la modificación se realiza por el consumidor o por un tercero en su nombre para uso propio no estaremos ante una modificación sustancial. Queda claro que si es el propio consumidor quien modifica el producto o un tercero en su nombre no se tratará de una modificación sustancial. Por tanto, la modificación debe realizarse por un tercero, ajeno al ámbito de la organización comercial o profesional del fabricante originario, para que sea sustancial y, en consecuencia, tener la consideración de fabricante y estar sujeto a las obligaciones que impone el art. 9 RSGP. Esta previsión reduce el conjunto de modificaciones que puede experimentar un producto que puedan recibir la consideración de sustancial. Por ello, nos trasladamos hacia un mercado emergente, basado en la adquisición de productos usados para su reacondicionamiento o refabricación y posterior venta, que se está estimulando por la Comisión Europea, como veremos a continuación.

La pregunta que nos planteamos es si deben cumplirse todos los criterios del art. 13.3 RSGP para que la modificación sea sustancial o solo es necesario que se cumplan algunos de ellos. Del tenor literal del artículo comentado se desprende que deben cumplirse todos los criterios «*y se cumplan los criterios siguientes*». El último criterio previsto en el art. 13.3.c) RSGP se refiere al sujeto que ha realizado la modificación sustancial, que debe actuar al margen del consumidor, por lo que es de aplicación general. Los demás, se refieren a los efectos que produce la modificación en el producto en cuanto al cambio del resultado de la evaluación inicial de riesgos, la naturaleza del peligro o el cambio del nivel de riesgo.

3.5. Propuesta de Directiva para promover la reparación de los bienes

a. Un nuevo impulso para la reparación de los bienes

El pasado 22 de marzo de 2023 la Comisión Europea dio a conocer la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establecen normas comunes para promover la reparación de bienes (en adelante, la PDRB)[55]. La adopción de esta Propuesta de Directiva se enmarca dentro de la transición hacia la economía circular que ha iniciado la Unión Europea, de acuerdo con los objetivos fijados en el Pacto Verde Europeo. En aras a la sostenibilidad del Derecho de consumo europeo, uno de los ejes fundamentales de la Unión Europea es la promoción del derecho a reparar bienes. En este sentido, el nuevo Plan de acción para la economía circular y la Nueva Agenda del Consumidor abogan por la promoción del derecho a reparar[56]. La reparación de los bienes de consumo no es un nuevo instrumento del que quiera valerse la Unión Europea para mejorar la sostenibilidad del consumo. La reparación ya aparecía como remedio ante la falta de conformidad de los bienes de consumo en la Directiva 1999/44/CE[57], actualmente derogada por la Directiva (UE) 2019/771. En estas directivas la reparación es un remedio contractual puesto al alcance de los consumidores y vendedores para que estos puedan subsanar cualquier falta de conformidad que se manifieste dentro del plazo de la garantía legal de dos años a contar desde el momento de la entrega del producto, ampliables por los Estados miembros (art. 10 DCCB). Una vez transcurrido el plazo de responsabilidad del vendedor, ningún operador económico está obligado a reparar el bien, salvo que el productor hubiera asumido este cometido en la garantía comercial (art. 17 DCCB)[58]. Mediante el derecho a reparar, la Propuesta de Directiva comentada trata de alargar la vida útil de los productos, regulando un nuevo contrato para la prestación de servicios de reparación, que obligará a los productores o reparadores independientes a reparar el bien cuando se cumpla el iter contractual que prevé la Propuesta de Directiva[59]. En consecuencia, el derecho contractual se coloca en el

---

[55] COMISIÓN EUROPEA, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establecen normas comunes para promover la reparación de bienes y se modifican el Reglamento (UE) 2017/2394 y las Directivas (UE) 2019/771 y (UE) 2020/182, Bruselas, 22.3.2023, COM(2023) 155 final 2023/0083(COD). Para una exposición general de la Propuesta de Directiva, *vid*. GÓMEZ LIGÜERRE, «No lo tires, repáralo», *Indret,* núm. 2, 2023, p. 1-3. MARÍN LÓPEZ, «Hacia una regulación europea sobre la reparación de bienes de consumo: La Propuesta de Directiva de 22 de marzo de 2023», disponible en: https://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Hacia_una_regulacion_europea_sobre_la_reparacion_de_bienes_de_consumo.pdf.

[56] HERNÁNDEZ/MIRANDA/GOÑI, «Empowering Sustainable Consumption by Giving Back to Consumers the 'Right to Repair'», *Sustainability,* núm. 3, 2020, p. 8-10.

[57] Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo «DOCE» núm. L 171, de 7 de julio de 1999.

[58] El desenvolvimiento de la garantía legal de la Directiva (UE) 2019/771 casa mal con el funcionamiento del contrato para la prestación de servicios de reparación, donde se prevé que debe facilitarse la libre elección del consumidor a la hora de decidir quién repara sus bienes, pudiendo solicitar el formulario europeo de información sobre la reparación (FEIR) al productor, al vendedor o reparadores independientes (considerando núm. 8 Propuesta de Directiva). Asimismo, el art. 14.1.a) DCCB dispone que la reparación debe realizarse de forma gratuita, mientras que la Propuesta de Directiva prevé que el consumidor debe asumir los gastos necesarios para facilitar la información sobre la reparación (considerando núm. 9 Propuesta de Directiva) y, además, el precio es un elemento esencial del contrato para la prestación de servicios de reparación (considerando núm. 12 y art. 4.4.e) de la Propuesta de Directiva). Por ello, considero que cuando sea aplicable la garantía legal del vendedor de la Directiva (UE) 2019/771 por manifestarse el defecto dentro del plazo de responsabilidad del art. 10 DCCB, la Propuesta de Directiva sería aplicable cuando el defecto no existiera en el momento de la entrega sino acaecido con posterioridad (considerando núm. 11 Propuesta de Directiva). Podría ser el caso, por ejemplo, de defectos del bien imputables exclusivamente al consumidor (art. 13.7 DCCB), o bien imputables a un tercero.

[59] MONTALVO/PECK/RIETVELT, «A Longer Liftime for Products: Benefits for Consumers and Companies», disponible en: https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/579000/IPOL_STU(2016)579000_EN.pdf (consulta realizada el día 7 de junio de 2023). Existe algún estudio que demuestra que alargando la vida útil de determinados bienes de consumo, como una tostadora, un 10% se podrían ahorrar 4.000 toneladas de CO2 y 60 toneladas de residuos anuales.

centro de la intervención legislativa de la Comisión Europea en aras a la promoción del derecho a reparar mediante un nuevo tipo de contrato de prestación de servicios.

b. La plataforma en línea sobre reparaciones y bienes sujetos a reacondicionamiento

El segundo pilar sobre el cual se asienta el impulso de la reparación de bienes y el uso de bienes reacondicionados es la creación de una plataforma estatal, esta es la plataforma en línea sobre reparaciones y bienes sujetos a reacondicionamiento, mediante la cual se pretende explotar un nuevo mercado basado en la reparación y reutilización de bienes por parte de diferentes usuarios. A través de esta plataforma se pretende poner en contacto consumidores con reparadores y promover la reparación de bienes más allá del plazo legal de la garantía legal y el reacondicionamiento de bienes, estimulando el mercado de la reparación y el reacondicionamiento de bienes por reparadores independientes. De esta forma, los consumidores tendrán la posibilidad de contrastar diferentes ofertas y, así, favorecer la competencia entre los operadores económicos. No obstante, según el considerando núm. 26 PDRB uno de los objetivos de la plataforma también es poner en contacto a empresas interesadas en la adquisición de bienes para ser reacondicionados, por lo que la interacción en la plataforma no solo se debe producir necesariamente entre consumidores y reparadores (art. 7.2 PDRB).

La PDRB impone a los Estados miembros la obligación de crear al menos una plataforma a nivel nacional, pero la Propuesta de Directiva no aclara si dicha plataforma debe ser de titularidad pública o privada, aunque del articulado de la norma se desprende que se está pensando en una plataforma de titularidad pública.[60]. En mi opinión, no existe razón alguna para limitar el mercado de este tipo de plataformas y, por tanto, que puedan coexistir diferentes plataformas de explotación privada. A su vez, es difícil imaginar una plataforma en línea de reparadores de titularidad pública, habida cuenta de los costes asociados al mantenimiento de esta plataforma y por razones de competencia entre desarrolladores.

El registro a la plataforma será voluntario para los reparadores y para los vendedores de bienes sujetos a reacondicionamiento, así como para los consumidores y su uso también será gratuito para los consumidores (art. 7.3 PDRB).

4. Conclusiones

El régimen jurídico aplicable a los bienes reacondicionados o refabricados aún está por configurarse totalmente. En el momento actual se están tramitando tres propuestas de reglamento y directivas europeas que serán trascendentales para enjuiciar el impulso que la Unión Europea ha dado para la creación y crecimiento de un mercado de este tipo de bienes. No obstante, las propuestas legislativas planteadas nos dan unas orientaciones sobre cuál va a ser el tratamiento jurídico de los bienes reacondicionados o refabricados.

Empezando por la Directiva (UE) 2019/771, que regula la adquisición de bienes muebles adquiridos por un contrato de compraventa entre un consumidor y un vendedor, puede hacerse

[60] Parece que el legislador se ha inspirado en el caso de Irlanda, que cuenta con una plataforma en línea de reparadores donde se clasifican los productos por categorías y el consumidor puede comparar las empresas que ofrecen servicios de reparación o reacondicionamiento de bienes, teniendo en cuenta, también, la ubicación del reparador. Puede consultarse en: https://www.repairmystuff.ie/ (consulta realizada el día 6 de junio de 2023).

una interpretación amplia para que esta categoría de bienes entre dentro de su ámbito de aplicación y, por lo tanto, que sean aplicables los criterios para determinar la conformidad y los remedios para subsanarla. Ello se consigue aproximando a los bienes reacondicionados o refabricados a los bienes nuevos, o bien a los bienes de segunda mano. En todo caso, no sería sobrante que la próxima revisión de la DCCB prevista para 2024 haga una referencia expresa a este tipo de bienes y, por tanto, despejar las dudas sobre su inclusión dentro de su ámbito de aplicación.

Asimismo, los bienes reacondicionados y refabricados plantean algunos problemas respecto a la aplicabilidad de los criterios para determinar la conformidad, la posibilidad de sustituir bienes defectuosos con bienes reacondicionados o refabricados y cómo opera la carga de la prueba de la conformidad a esta categoría de productos. Sin embargo, estos problemas se plantean porque la DCCB dispensa un tratamiento diferente a los bienes nuevos y a los bienes de segunda mano. Superando tales diferencias se podrían superar los perjuicios que tienen los consumidores sobre este tipo de bienes.

La Propuesta de Directiva sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos ofrece algunas novedades e incorpora algunas normas que serían aplicables a los bienes reacondicionados o refabricados. En primer lugar, se declara la aplicabilidad de la Propuesta de Directiva a los bienes reacondicionados, refabricados o reparados. En segundo lugar, se atribuye la condición de fabricante al sujeto que realiza una modificación sustancial del producto y, en tercer lugar, se exime de responsabilidad al sujeto que ha realizado la modificación sustancial en el producto si logra demostrar que el defecto del producto no está relacionado con su intervención. La incorporación de los bienes reacondicionados y refabricados en el ámbito de aplicación de la Propuesta de Directiva es bienvenida, máxime cuando estos bienes se comercializan como productos y progresivamente van a adquirir más cuotas de mercado.

El concepto de modificación sustancial del producto y, a resultas de su realización, la consideración de que estamos ante un producto nuevo y ante un nuevo fabricante, es clave para los bienes reacondicionados o refabricados, habida cuenta que sufren una modificación de sus propiedades que, en función de su incidencia, recibirá la consideración de sustancial o no, con las implicaciones que esto conlleva. La Propuesta de Directiva dice que el carácter sustancial de una modificación de un producto se determinará de acuerdo con la legislación nacional y de la UE y se trata de modificaciones que afectan a las funciones inicialmente previstas del producto o bien a su rendimiento. A mi juicio, sería más oportuno fijar unos criterios en el texto definitivo de la futura directiva, como los previstos en el art. 13.3 RSGP, o bien, por remisión, referirse a ellos. En todo caso, en función del alcance de la interpretación de este concepto que se acabe imponiendo puede dificultarse que los usuarios puedan reclamar la responsabilidad del fabricante. Piénsese en los casos de productos que son modificados o actualizados por los propios usuarios.

El concepto de modificación sustancial de producto exige una intervención de un tercero fuera del ámbito de control del fabricante original que altera el producto, bien telemática o mecánicamente. Por tanto, a mi juicio no puede aprovecharse una vulnerabilidad que presente el producto para propiciar una modificación sustancial del producto. El concepto de vulnerabilidad entraña una deficiencia o fallo del propio producto que se aleja de la actividad externa al fabricante tendente a alterar el producto que requiere una modificación sustancial.

Asimismo, el art. 7.4 de la Propuesta de Directiva, sobre la consideración de fabricante del sujeto que lleva a cabo una modificación sustancial del producto, no exige que la modificación afecte al software de los productos con elementos digitales y, por tanto, cabría también considerar que puede aplicarse la modificación de productos convencionales. No obstante, obvio es que el precepto operará fundamentalmente en los productos con elementos digitales cuyo software puede ser actualizado por terceros fuera del ámbito de control del fabricante original.

La intervención de un tercero que actúa fuera del ámbito de control del fabricante originario y modifica sustancialmente un producto es un supuesto que debe reconducirse al art. 12 Propuesta de Directiva. En virtud de este precepto, la responsabilidad del fabricante originario podrá anularse si el daño es imputable exclusivamente al modificador sustancial. En la medida que la el modificador sustancial opera fuera del ámbito de control del fabricante original, modificador sustancial y fabricante originario no pueden responder conjunta y solidariamente, con los riesgos que implicaría para el fabricante originario. A mi juicio, la responsabilidad solidaria del art. 11 Propuesta de Directiva está concebida para los supuestos de productos con elementos digitales que se introducen en el mercado o se ponen en servicio como un todo frente al adquiriente y que, por esta razón, la víctima del daño no puede distinguir a qué operador económico es imputable el daño. La solidaridad no tendría que operar, por tanto, cuando un tercero fuera del ámbito de control del fabricante originario modifica sustancialmente el producto.

Por lo que atañe al nuevo Reglamento sobre seguridad general de los productos, el art. 13.3 RSGP prevé unos criterios para determinar cuándo se ha producido una modificación sustancial del producto. Entre ellos destaca la letra c), que dice que la modificación no puede ser realizada por el consumidor o en su nombre. De ello se desprende que la modificación sustancial debe ser realizada por un tercer ajeno al fabricante original y, por tanto, las modificaciones realizadas por el consumidor no tendrán dicha consideración, algo que beneficia a los consumidores claramente. Por lo demás, incluye previsiones como la consideración de fabricante del sujeto que realiza una modificación sustancial en el producto, en la misma línea que la Propuesta de Directiva sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos.

Actualmente, está pendiente de adoptarse el futuro Reglamento sobre diseño ecológico que determinará los requisitos que deberán cumplir los productos en materia de diseño ecológico para ser introducidos y comercializados en el mercado de la UE. A tenor del art. 5 PRDE el reacondicionamiento y la fabricación son propiedades de los productos respecto de las cuales la Comisión Europea deberá adoptar, mediante actos delegados, los requisitos de diseño ecológico (art. 4 PRDE). Serán, por tanto, los actos delegados que adopte la Comisión lo que determinará cuando los procesos de reacondicionamiento o refabricación se ajustan a las exigencias del diseño ecológico.

Para finalizar, la propuesta de directiva para promover la reparación de bienes prevé la creación de una plataforma en línea para poner en contacto operadores económicos que comercialicen bienes reacondicionados o refabricados. Sin mencionarlo, la PDRB está pensando en una plataforma de titularidad pública, similar a la que actualmente existe en Irlanda. Pero lo cierto es que no debe limitarse la iniciativa privada en este nuevo mercado, por lo que abogamos por la creación de plataformas en línea desarrolladas por operadores económicos privados que ayuden a los consumidores a adquirir este tipo de productos y que, asimismo, faciliten el intercambio entre vendedores y fabricantes.

5. Bibliografía

ABBEY, James. D, MELOY, Margaret G, BLACKBURN, Joseph, DANIEL, V, GUIDE, R, «Consumer Markets for Remanufactured and Refurbished Products» *Universidad de California,* núm. 4, 2015, pp. 26-42.

BEN-SHAHAR, Omri, SCHNEIDER, Carl E., *More than you wanted to know. The Failure of Mandate Disclosure,* Princeton University Press, Princeton, 2014.

BORGHETTI, Jean-Sébastien, «Taking EU Product Liability Law Seriously: How Can The Product Liability Directive Effectively Contribute to Consumer protection?», *French Journal of Legal Policy,* núm. 1, 2023, p. 1-41.

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.

Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. El Pacto Verde Europeo, Bruselas, 11.12.2019 COM(2019) 640 final.

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.

Comisión Europea, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, Bruselas, 28.9.2022 COM(2022) 495 final 2022/0302 (COD).

Comisión Europea, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establecen normas comunes para promover la reparación de bienes y se modifican el Reglamento (UE) 2017/2394 y las Directivas (UE) 2019/771 y (UE) 2020/182, Bruselas, 22.3.2023, COM(2023) 155 final 2023/0083(COD).

Comisión Europea, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se instaura un marco para el establecimiento de requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos sostenibles y se deroga la Directiva 2009/125/CE, Bruselas, 30.3.2022, COM(2022) 142 final 2022/0095(COD).

DOPAZO FRAGUÍO, María Pilar, «El diseño de productos sostenibles como paradigma preceptivo: evolución normativa y régimen jurídico propuesto en la Unión Europea», *Actualidad Jurídica Ambiental,* núm. 139, 2023, p. 1-57.

ESMAEILIAN, Behzad, SAMINATHAN, Pradeep Onnipalayam, CADE, Willie, BEHDAD, Sara «Marketing strategies for refurbished products: Survey-based insights for probabilistic selling and technology level», *Resources, Conservation & Recycling,* núm. 167, 2021, p. 1-10.

EUROCONSUMERS, «Refurbished iphones are getting better and better», https://www.euroconsumers.org/activities/refurbished-iphones-improve.

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.

EUROPEAN LAW INSTITUTE, «Feedback of the European Law Institute on the European Commission's Proposal for a Directive on Common Rules Promoting the Repair of Goods (COM(2023) 155 final)» disponible en: https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Feedback_Right_to_Repair.pdf.

FAIRGRIEVE, Duncan, GOLDBERG, Richard, *Product liability,* Oxford University Press, Oxford, 2020.

FAIRGRIEVE, Duncan, HOWELLS, Geraint, «General Product Safety – a Revolution Through Reform?», *The Modern Law Review,* núm. 69, 2006, p. 59-69.

GARCÍA GOLDAR, Mónica, «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 LIGÜERRE, Carlos Ignacio, «No lo tires, repáralo», *Indret,* núm. 2, 2023, p. 1-3.

HERNÁNDEZ, Ricardo J., MIRANDA, Constanza, GOÑI, Julian, «Empowering Sustainable Consumption by Giving Back to Consumers the 'Right to Repair'», *Sustainability,* núm. 3, 2020, p. 1-15.

HODGES, Christopher, *European Regulation of Consumer Product Safety,* Oxford University Press, Oxford, 2005.

KRYLA-CUDNA, Katarzyna, «Sales Contract and the Circular Economy», *European Review of Private Law,* núm. 6, 2020, p. 1207-1229.

KUR, Annette, «'As Good as New' – Sale of Repaired or Refurbished Goods: Commendable Practice or Trade Mark Infringement?», *GRUR International,* núm. 70, 2021, p. 228-236.

LOOS, Marco, 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.

MAITRE-EKERN, Eléonore, DALHAMMAR, Carl, «A Scandinavian Perspective on the Role of Consumers in the Circular Economy», en KEIRSBILCK, Bert, TERRYN, Evelyne (eds.), *Consumer Protection in a Circular Economy,* Intersentia Publishing nv, Cambridge, 2019, pp. 201-223.

MAK, Vanessa, TERRYN, 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.

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «La reforma de la Directiva 2019/771, de contratos de compraventa de bienes de consumo, contenida en la Propuesta de Directiva de 22 de marzo de 2023», disponible en https://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/La_reforma_de_la_Directiva_2019_771_.pdf.

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, "Hacia una regulación europea sobre la reparación de bienes de consumo: La Propuesta de Directiva de 22 de marzo de 2023", puede consultarse en: *https://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Hacia_una_regulacion_europea_sobre_la_reparacion_de_bienes_de_consumo.pdf.*

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.

MONTALVO, Carlos, PECK, David, RIETVELT, Elmer, «A Longer Liftime for Products: Benefits for Consumers and Companies», disponible en: https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/579000/IPOL_STU(2016)579000_EN.pdf (consulta realizada el día 7 de junio de 2023).

SENFTLEBEN, Martin, «Fashion Upcycling and Trademark Infringement – A Circular Economy/Freedom of the Arts Approach», *Institute for Information Law,* Universidad de Amsterdam, p. 1-21.

SCHMITZ, Sandra, SCHIFFNER, Steffan, «Responsible Vulnerability Disclosure under the NIS 2.0 Proposal», disponible en https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-12-5-2021/5495/schmitz_schiffner_pdf.pdf.

ULFBECK, Vibe, «From Linear to Circular Value Chains: A Role for Tort Liability in Recycling Practices?», *European Journal of Risk Regulation,* núm. 13, 2022, p. 603-617.

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 GOOL, Elias, MICHEL, Anaïs, KEIRSBILNK, Bert, TERRYN, Evelyne, *Public consultation as regards the Sustainable consumption of goods – promoting repair and reuse initiative,* KU Leuven, p. 1-10.

VELDT, Gitta, , «The New Product Liability proposal – Fit for the Digital Age or in Need for Shaping Up?» *Journal of European Consumer and Market Law,* núm. 1, 2023, p. 24-31.

WAGNER, Gerhard, «Liability Rules for the Digital Age», *Journal of European Tort Law,* núm. 3, 2022, p. 191-243.

WATSON, David, TOJO, Naoko, BAUER, Bjorn, MILIOS, Leonidas, THRONE-HOLST, Herald, GYLLING, Anja Charlotte, Circular Business Models in the Mobile Phone Industry», p. 58, disponible en: https://www.researchgate.net/publication/345689895_Circular_Business_Models_in_the_Mobile_Phone_Industry.

WENDERHORST, Christiane, «Safety and Liability Related Aspects to Software», p. 64-66. Disponible en: https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/study-safety-and-liability-related-aspects-software.

InDret
4.2023

La acción civil para la defensa de los derechos derivados de la igualdad de trato y la no discriminación

Ana María Chocrón Giráldez
Universidad de Sevilla
-

Sumario
-
Este trabajo tiene como objetivo el análisis de las garantías procesales para la protección de la igualdad de trato y la no discriminación. Partiendo de una breve introducción sobre las Directivas antidiscriminatorias y su influencia en nuestra legislación, se analizan los cambios operados en la Ley de Enjuiciamiento Civil por las Leyes 15/2022, de igualdad de trato y no discriminación y 4/2023, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.
El nuevo régimen legal conlleva un importante avance en la regulación de los derechos de igualdad de trato y la no discriminación, sin embargo, muchos de los aspectos introducidos por las nuevas disposiciones generan no pocos problemas interpretativos y de aplicación. En ese sentido, se presta especial atención a la ampliación de la legitimación, a la distribución probatoria y, con el ánimo de contribuir a la reflexión, se valora la idoneidad de la tramitación de las demandas de tutela antidiscriminatoria a través del juicio declarativo ordinario.

Abstract
-
The aim of this paper is to analyse the procedural guarantees for the protection of equal treatment and non-discrimination. Starting with a brief introduction on the anti-discrimination directives and their influence on our legislation, it analyses the changes made to the Spanish Law on Civil Procedure by Spanish Laws 15/2022, on equal treatment and non-discrimination, and 4/2023, for the real and effective equality of transgender individuals and to guarantee the rights of LGBTI people.
The new legal framework represents an important step forward in the regulation of the rights to equal treatment and non-discrimination, however, many of the aspects introduced by the new provisions generate a number of problems in terms of interpretation and application. In this sense, particular attention is paid to the extension of legal standing, the distribution of evidence and, in an attempt to encourage reflection, the suitability of processing anti-discrimination protection claims through an ordinary court action for declaratory judgment is assessed.

Title: *Civil action for the defence of rights arising from equal treatment and non-discrimination*
-

Palabras clave: Derechos fundamentales, Derecho Antidiscriminatorio, pretensión de cesación, legitimación colectiva, desplazamiento de la carga de la prueba.

***Keywords*:** *Fundamental rights, Antidiscrimination Law, claim for injunctive relief, collective standing, shifting the burden of proof.*
-

DOI: 10.31009/InDret.2023.i4.04

InDret

4.2023

Recepción
06/07/2023
-
Aceptación
05/09/2023
-

Índice

-

1. Introducción
1.1. Directivas europeas antidiscriminatorias : revisión del marco normativo. «Hacia una Unión de la Igualdad»
1.2. La influencia del Derecho de la Unión Europea en la legislación interna
2. La tutela procesal civil frente a prácticas discriminatorias
2.1. Aspectos conceptuales
2.2. Alcance subjetivo de la prohibición de discriminación. La discriminación entre particulares
2.3. Contenido de la tutela: pretensiones que pueden ejercitarse
2.4. Cauce procesal apropiado
3. Legitimación y llamamiento al proceso de las personas afectadas por la discriminación
3.1. La defensa de intereses colectivos y difusos
3.2. Publicidad e intervención en el proceso
4. Reglas especiales sobre la carga de la prueba de la discriminación
4.1. Regulación legal
4.2. Distribución probatoria
4.3. Informe o dictamen de los organismos públicos competentes
5. Conclusiones
6. Bibliografía

-

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

1. Introducción

La defensa y protección de los derechos fundamentales constituye, sin lugar a duda, uno de los principales objetivos de la política social europea encaminada a asegurar una convivencia basada en la tolerancia, la justicia y el respeto en todo el territorio de la Unión. No obstante, situaciones de crisis humanitaria sin precedentes a nivel mundial como la acaecida en los inicios de la tercera década del siglo XXI, han exigido de las instituciones y los Estados miembros de la Unión Europea la toma de decisiones de indudable trascendencia en los derechos fundamentales. Algunas de estas decisiones han supuesto, incluso, el cuestionamiento de valores esenciales del funcionamiento de la Unión Europea lo que ha generado una mayor atención y vigilancia de los mecanismos de tutela de los derechos fundamentales[1].

En el caso específico de la protección del derecho a la igualdad de trato y la no discriminación, no podemos desconocer que la Unión Europea ha realizado avances muy significativos en los últimos lustros constituyendo una de sus prioridades legislativas[2]. Por eso, aunque este estudio se centre en el ámbito del proceso civil, procede efectuar una breve referencia a la evolución de la regulación legal del derecho a la igualdad de trato y la interdicción de la discriminación. En primer lugar, a través de las denominadas «Directivas antidiscriminatorias», normativas que con una sistemática reguladora muy similar desarrollan las disposiciones generales del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) en esta materia. Pero, al mismo tiempo, las mejores y más convincentes propuestas pueden resultar baldías si los Estados miembros no las incorporan a sus ordenamientos jurídicos y las aplican convenientemente. Por esa razón, en segundo lugar, abordaremos la transposición de estas Directivas al ordenamiento jurídico español.

Estamos, pues, ante uno de los grandes desafíos a los que se enfrentan actualmente la Unión Europea y sus Estados miembros.

1.1. Directivas europeas antidiscriminatorias : revisión del marco normativo. «Hacia una Unión de la Igualdad»

El compromiso de la Unión Europea con la tutela antidiscriminatoria queda patente en los textos que integran su ordenamiento jurídico. El artículo 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE) reconoce el derecho a la igualdad de trato y la prohibición de discriminación como fundamento de la Unión y el artículo 3 apartado 3, hace expresa alusión al ámbito de la igualdad entre mujeres y hombres. Por su parte, el TFUE reconoce iniciativa normativa a las instituciones europeas para la adopción de cuantas medidas sean necesarias para luchar contra la discriminación «por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u

[1] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Estrategia para reforzar la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales en la UE», Bruselas, 2.12.2020 COM (2020) 711 final. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza en 2000, conforma el conjunto de valores europeos y de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros. No se incorporó directamente al Tratado de Lisboa, pero el artículo 6.1 del TUE le atribuye el mismo valor jurídico que los Tratados de donde se infiere su carácter jurídicamente vinculante.

[2] En pleno proceso de recuperación pospandemia, la Unión Europea y sus Estados miembros acordaron impulsar una Europa Social en torno al Mecanismo de Recuperación y Resiliencia previsto en el Reglamento (2021/241) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2021 que contiene referencias a los derechos fundamentales, en relación con la igualdad de género y de trato entre los distintos Estados miembros.

orientación sexual» (art. 19.1)[3]. En la misma línea y en clave constitucional, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) prohíbe toda discriminación «por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual» en el artículo 21 y el artículo 23 afirma que «la igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución».

Con esta base jurídica como telón de fondo, el ordenamiento de la Unión Europea en la materia que nos incumbe ha transcurrido en paralelo a las demandas de una ciudadanía cada vez más sensibilizada con sus derechos y obligaciones. De esta forma nos encontramos un conjunto de Directivas que han ido perfilando los contornos de la tutela antidiscriminatoria en el ámbito europeo ampliando paulatinamente el alcance de sus fundamentos normativos.

En términos más concretos deben destacarse las Directivas 2000/43/CE, sobre igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico y la 2000/78/CE, para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad y de orientación sexual en el ámbito del empleo y en la ocupación y a fin de establecer un marco general para la aplicación del principio de igualdad de trato por los Estados miembros. Ambos textos completan los motivos o causas de discriminación del artículo 19 del TFUE superando el marco tradicional desarrollado, hasta ese momento, en torno a la discriminación por razón de sexo. Debe citarse en ese sentido las «Directivas sobre igualdad de género» que son la Directiva 2006/54/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación que compendia las primeras Directivas de los años 70 y 80 del siglo pasado[4], al tiempo que incorpora las novedades planteadas por la doctrina del TJUE; la Directiva 2004/113/CE, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro y, por último, la 2010/41/UE, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma[5].

Por tanto, a resultas de lo expuesto, la normativa antidiscriminatoria en el contexto europeo ha ido evolucionando desde una primera etapa centralizada en la discriminación por cuestiones de género -y centrada básicamente en el ámbito de laboral[6]- para, con posterioridad, enfocar la regulación hacia otras manifestaciones: el origen racial o étnico, religión o convicciones, edad, discapacidad y orientación sexual. Ahora bien, una breve pero detenida reflexión conduce a considerar que, en rigor, todas estas manifestaciones no implican una protección genérica frente a cualquier motivo de discriminación[7]. Las causas son taxativas, su régimen jurídico diverso y

[3] No obstante, la prohibición de discriminación ya aparece contenida en la versión original del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica de 1957 instando a los Estados miembros a trabajar en la integración y el crecimiento económico sin discriminación debida a la nacionalidad y abogando por la igualdad en materia de empleo.

[4] Directivas 75/117, 76/207/, 97/80 y 86/378/CEE

[5] Estas Directivas se completan con la propuesta de Directiva sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica COM (2022)105 final, 2022/006 (COD).

[6] BALLESTER PASTOR, «La lucha contra la discriminación en la Unión Europea», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 92, 2011, p. 207.

[7] De hecho, en los distintos textos normativos la prohibición de discriminación se halla referida a un conjunto de motivos más o menos amplio y sólo la CDFUE permite entrever una prohibición genérica. En su apartado 1 el

también difiere el ámbito de aplicación[8]. Todo ello desemboca en un panorama legislativo poco sistemático y muy dividido lo que impide o, cuando menos, dificulta un tratamiento integrador de la igualdad y la prohibición de discriminación.

Este ámbito material tan heterogéneo ha sido objeto de atención por parte de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA) en su Informe de 2021. Tomando como base el artículo 19 del TFUE y las Directivas antidiscriminatorias que lo desarrollan, concluye que algunas de las características protegidas que se recogen en dicho precepto (en concreto, género y origen racial o étnico) gozan de una protección en esferas esenciales de la vida como el empleo y la ocupación, la protección social y la accesibilidad y el suministro de bienes y servicios para el público, incluida la vivienda, mientras que otras (como religión o convicciones, edad, discapacidad y orientación sexual) se circunscriben únicamente al empleo y la ocupación. Los diferentes ámbitos sobre los que discurre la protección contra la discriminación -más limitados en el segundo caso- ha llevado al FRA a alertar sobre la implantación de una jerarquía artificial de motivos protegidos[9]. En realidad, la organización o distribución jerarquizada de las causas de discriminación no es nueva. Incluso, por la doctrina, se apunta a su origen en una opción del legislador de la Unión que se proyecta tanto en el distinto alcance material de las discriminaciones prohibidas como en los diferentes niveles de justificación en los que las diferencias de trato resultan admisibles[10].

Las instituciones europeas son conscientes de esta realidad. De hecho, la Comisión trabaja desde hace años en la potenciación de la igualdad de trato a fin de promover un abordaje integral contra la discriminación[11]. En todo caso, en periodos de crisis global -financiera, sanitaria, energética- como los que se vienen sucediendo en Europa en el transcurso de estos años, la jerarquización de motivos de discriminación cobra especial relevancia en tanto que evidencia un nuevo perfil de la víctima de discriminación y ello, por sí mismo, obliga a replantear el enfoque y la estrategia para combatirla[12]. El legislador europeo, en su propósito de consolidar la «Unión de la Igualdad», debe responder a esa realidad no sólo reforzando instrumentos y estrategias ya consolidados sino también explorando otros modos de reacción frente a formas de desigualdad y discriminación que hasta ahora no se habían manifestado.

---

artículo 21 señala que «se prohíbe toda discriminación» antes de particularizar ámbitos concretos sobre los que se proyecta esta prohibición.

[8] PRECIADO DOMENECH, Igualdad y no discriminación en el derecho de la Unión Europea, ed. Bomarzo, 2016, p.28.

[9] Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA) Informe de 2021, p. 7.

[10] REQUENA CASANOVA, «La tutela judicial del principio general de igualdad de trato en la Unión Europea: una jurisprudencia expansiva basada en una jerarquía de motivos discriminatorios», *Revista de Derecho Comunitario Europeo,* núm. 40, 2011, p.791. Concretamente la Directiva 2000/78 contempla en su artículo 6 diferencias de trato por motivos de edad que no constituyen causa de discriminación si se cumplen con las exigencias del propio precepto. Véase la doctrina jurisprudencial del TJUE citada por el autor que delimita esta excepción.

[11] Hay que hacer referencia a la lejana propuesta de Directiva de 2008 que plantea la ampliación del principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

[12] La utilización de los servicios en línea aumentó de manera exponencial durante el confinamiento impuesto por la pandemia de covid-19 introduciendo un cambio de hábitos en la vida de los ciudadanos. Algunos cambios han sido meramente coyunturales, sobre todo los vinculados a la situación sanitaria, pero otros han sido claramente estructurales como los relacionados con la transformación digital. Un ejemplo se encuentra en la digitalización del sector bancario que ya venía materializándose desde la crisis económica de 2008. La banca digital ha tenido un impacto muy negativo en el colectivo de personas mayores a quienes se coloca en una situación social desfavorable respecto al resto de clientes lo que entraña una forma de discriminación por razón de edad que desborda el ámbito material de la Directiva 2000/78.

1.2. La influencia del Derecho de la Unión Europea en la legislación interna

Una buena parte de las reformas operadas en nuestro sistema procesal provienen precisamente de la transposición de Directivas europeas en materia de igualdad y prohibición de discriminación. Por esa razón debemos volver a las Directivas 2000/43 y 2000/78 antes citadas. La transposición a la legislación española de ambas normas ha sido muy prolija y se ha realizado escalonadamente. Una primera etapa se inició con la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, cuyo Capítulo III, del Título II se rubrica como «Medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato» y, en su Sección 3ª se regulan «Medidas en materia de igualdad de trato y no discriminación en el trabajo». Pero esta transposición se reveló decididamente deficiente y fue objeto de duras críticas por las propias instituciones europeas. También mereció el reproche doctrinal, no sólo por la metodología empleada -utilizar una ley de acompañamiento que regula materias múltiples-, sino porque se limitó a realizar una transposición de mínimos renunciando a impulsar cualquier iniciativa contra la discriminación[13].

Casi veinte años después se procede a completar la transposición de las citadas Directivas con ocasión de la promulgación de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación, a la que volveremos después. No obstante, a lo largo de todo ese período de tiempo se han producido en España importantes avances normativos y de políticas públicas para promover la igualdad de género y combatir la violencia contra las mujeres. De especial trascendencia en este contexto son las Leyes Orgánicas 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra a la Violencia de Género, que supuso un gran impulso en la búsqueda de una respuesta integral y coordinada frente a la violencia contra las mujeres como manifestación de discriminación, y la 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres a través de la que se incorporan a nuestro ordenamiento jurídico dos directivas en materia de igualdad de trato, la Directiva 2002/73, de modificación de la Directiva 76/207, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; y la Directiva 2004/113, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro.

Asimismo, siguiendo las directrices europeas, se promulga la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que supone la incorporación al derecho español de los artículos 3, apartados 2 a 4, 6 y 9, letras a), b) y g) de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo. Entre sus fines se

[13] ARAMENDI SÁNCHEZ, «La tutela judicial de personas con discapacidad. Un análisis de la aplicación a este colectivo de la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales, una vez transpuesta al derecho español la Directiva 2000/78», *IUSLabor* 1/2006, p. 6. La deficiente transposición a nuestro ordenamiento interno ha obligado a nuestros tribunales a recurrir en no pocas ocasiones al auxilio interpretativo del Tribunal de Justicia planteando cuestiones prejudiciales. Especialmente problemático ha sido el alcance y delimitación del marco general establecido por la Directiva 2000/78. Referente de esta circunstancia es la Sentencia de 11 de julio de 2006, Chacón Navas/Eurest Colectividades SA, C-13/05 (ECLI:EU:C:2006:456) que delimitó el concepto de discapacidad en el contexto de una relación laboral rechazando su extensión a la enfermedad como causa de despido.

encuentra «la erradicación y la protección frente a cualquier tipo de discriminación y la superación de los estereotipos de carácter sexista, racista, homofóbico, bifóbico, transfóbico o por razones estéticas, de discapacidad, de enfermedad, de aporofobia o exclusión social o por cualquier otra circunstancia o condición personal, familiar, social o cultural» (art. 3 j).

En la misma línea hay que situar la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual entre cuyos principios rectores se halla la prohibición de discriminación (art. 2)[14]. En su Exposición de Motivos declara que esta Ley pretende «impulsar la prevención de las violencias sexuales y garantizar los derechos de todas las víctimas», poniendo las bases para la eliminación de los obstáculos añadidos que algunas encuentran por la interrelación o conexión entre distintos factores de discriminación (el género, la discapacidad, el origen racial o étnico, la orientación sexual, la identidad sexual, la clase social, la situación administrativa, el país de procedencia, la religión, la convicción u opinión o el estado civil).

Finalmente, este listado se cierra hasta la fecha con la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI[15], que se encuadra en la estrategia de igualdad y refuerzo de la protección jurídica de las personas LGBTIQ de la Unión Europea[16].

Este marco de medidas legislativas en continuo dinamismo evidencia no sólo una creciente sensibilidad social hacia el trato igualitario, sino también un progresivo interés de los poderes públicos en dotarlo de un régimen jurídico de referencia[17]. A fin de cuentas, el mantenimiento del estado de bienestar y la preservación de la paz social están en buena medida comprometidos con las políticas que se adoptan tanto en la lucha contra las desigualdades -que pueden responder a factores muy variables y diversos-, como en la realización efectiva de la no discriminación[18].

2. La tutela procesal civil frente a prácticas discriminatorias

Las reformas legales reseñadas han afectado también de manera decisiva a nuestras leyes procesales. En concreto, la atribución de la carga probatoria junto a la legitimación para demandar en juicio la defensa del derecho vulnerado, han sido las cuestiones procesales que con mayor incidencia han obligado a realizar las correspondientes adaptaciones en las leyes de enjuiciamiento.

---

[14] En su apartado d) esta norma dispone: «Las instituciones públicas garantizarán que las medidas previstas en esta ley orgánica se apliquen sin discriminación alguna por motivos de sexo, género, origen racial o étnico, nacionalidad, religión o creencias, salud, edad, clase social, orientación sexual, identidad sexual, discapacidad, estado civil, migración o situación administrativa, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social»

[15] Sobre el encuadramiento de la norma en su enclave internacional y europeo, CALAZA LÓPEZ, «Lesbianas, gais, bisexuales, transexuales e intersexuales (LGTBI): libertad, igualdad y fraternidad», *Actualidad civil*, núm. 3, 2023.

[16] Comisión europea. Unión de la Igualdad. Estrategia para la Igualdad de las Personas LGBTIQ 2020-2025 Bruselas, 12.11.2020 COM (2020) 698 final. Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA) Informe de 2022, p.6.

[17] En este aspecto deben ser citados dos preceptos constitucionales: el artículo 9.2 al proclamar la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, así como remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y el artículo 10.1 que establece que el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

[18] Sobre los planteamientos ideológicos que subyacen en la lucha contra las distintas clases de discriminación ORMAZABAL SÁNCHEZ, *Discriminación y carga de la prueba en el proceso civil*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p.27.

Nuestro interés en este estudio se centra precisamente en las reformas procesales impulsadas por las leyes de igualdad -principalmente la Ley 15/2022 (en adelante LITND) y, en menor medida, la Ley 4/2023 ambas reseñadas en el anterior epígrafe.

2.1. Aspectos conceptuales

En el contexto europeo el concepto jurídico de discriminación se encuentra en las Directivas europeas antidiscriminatorias. Estas disposiciones normativas son especialmente interesantes a la hora de precisar una noción jurídica de discriminación a la que tienden a equiparar con el principio de igualdad de trato. Así se observa en la Directiva 2000/43/CE y también en la 2000/78/CE que en su artículo 2.1 declara: «se entenderá por principio de igualdad de tarto la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1».

En nuestro ordenamiento jurídico la norma de referencia es el artículo 14 de la Constitución: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

De la norma constitucional se ha destacado su doble vertiente: por un lado, la declaración general de igualdad ante la ley y, por otro, la prohibición de discriminación apoyada en unas circunstancias específicas[19]. Pues bien, al efecto de lograr su efectividad, la LITND declara que no pretende reconocer nuevos derechos y sí, por el contrario, convertirse en garantía del cumplimiento de las normas que regulan la igualdad de trato y la no discriminación, en cuanto principio informador de todo nuestro sistema jurídico (art. 4.3). En esa línea, la Ley -en su Preámbulo (I. Marco regulatorio)- señala dos aspectos conceptuales de la prohibición de discriminación que debemos subrayar y que evidencian su concordancia con el artículo 24 de la Constitución: a) constituye un complemento del derecho a la igualdad y b) es una garantía del disfrute de todos los derechos fundamentales y libertades públicas[20].

Sin embargo, no podemos obviar que manejamos conceptos que se hallan en constante evolución exigiendo de los tribunales una continua evaluación de su contenido y significado[21]. En este sentido, a la hora de abordar la justificación de la LITND, el legislador explica que no se trata de una nueva ley que reconozca derechos sociales sino que, por el contrario, está llamada a ser una norma de derecho antidiscriminatorio y aunque lo califica de «específico», su intención declarada es, a nuestro entender, mucho más generalista: dar cobertura a las discriminaciones presentes y a las que están por llegar «ya que los desafíos de la igualdad cambian con la sociedad y, en

[19] SUÁREZ PERTIERRA/AMERIGO, «Comentario al artículo 24 de la Constitución», ALZAGA VILLAAMIL (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. II, editorial Edersa, 2006, p. 256.

[20] En tal sentido, según doctrina asentada por el Tribunal Constitucional, el artículo 14 de la Constitución configura la igualdad como un verdadero derecho fundamental vinculante y directamente aplicable por jueces y tribunales, que no es simplemente instrumental a los demás derechos fundamentales, sino que adquiere un contenido propio (STC 91/2019, de 3 de julio).

[21] GONZÁLEZ TREVIJANO SÁNCHEZ, «Los principios de igualdad y no discriminación, una perspectiva de Derecho Comparado», Servicio de Estudios del Parlamento Europeo. Unidad Biblioteca de Derecho Comparado. PE 659.297- octubre, 2020, p. 72.

consecuencia, también deberán hacerlo en el futuro las respuestas debidas» (Preámbulo. II. Justificación de la ley).
Por tanto, las manifestaciones o causas de discriminación no forman en esta Ley un conjunto cerrado o terminado. De hecho, el artículo 2.1 enumera los motivos específicos de discriminación aludiendo también de forma genérica a «cualquier otra condición o circunstancia personal o social»[22]. Así pues, la nueva Ley establece un sistema de cláusula abierta en correspondencia con su carácter de Ley integral. En todo caso, las razones o motivos de discriminación tienen sus propias particularidades y la casuística es muy variada, por lo que su alegación en juicio va a requerir de los tribunales un reexamen a la luz del nuevo marco normativo[23].

Finalmente, como ha puesto de relieve la jurisprudencia constitucional no toda desigualdad de trato ha de conllevar o suponer necesariamente una infracción del artículo 14 de la Constitución. La infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una «diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable» (STC 61/2013, de 14 de marzo). El actual escenario legal derivado de la LITND también admite la diferencia de trato, pero lo hace manteniendo la misma la doctrina constitucional. Por tanto, siempre que pueda justificarse objetivamente por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla (arts. 2.2 y 4.2)[24].

2.2. Alcance subjetivo de la prohibición de discriminación. La discriminación entre particulares

Aunque tradicionalmente la aplicación del derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación se ha vinculado al ámbito de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, no podemos obviar que, paralelamente, ha existido un intenso debate doctrinal entre quienes han defendido la necesidad de extenderlo también a las relaciones entre particulares y quienes, por el contrario, han sostenido que esa extensión podría restringir el libre ejercicio de la autonomía de la voluntad[25].

---

[22] El Tribunal Constitucional viene sosteniendo que la referencia expresa a ciertos motivos o razones de discriminación en el artículo 14 (raza, sexo, religión...) representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no solo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona (STC 145/1991, de 1 de julio que, a pesar de tener ya una cierta antigüedad, sus criterios se vienen reproduciendo).

[23] Los tribunales manejan ya una visión más amplia de algunas causas de discriminación como es el caso de la discriminación por razón de enfermedad en el ámbito de las relaciones laborales. En este sentido se ha pronunciado la reciente Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Granada, de 15 de febrero de 2023, rec. 753/2022: «En definitiva, hasta ahora como consecuencia de la prohibición de discriminación contenida en la Directiva comunitaria 2000/78 para los casos de discapacidad, los Tribunales venían entendiendo que si se producía el trato discriminatorio por dicha discapacidad el despido debería ser calificado como nulo. Con la Ley 15/2022 este espacio se amplía, y la nulidad no requiere de una existente o previsible discapacidad, sino que también queda protegido el trabajador ante actuaciones discriminatorias motivadas por la simple enfermedad», *Diario la ley,* n º 10250, de 17 de marzo de 2023 y LÓPEZ HORMEÑO «Los despidos de los trabajadores en situación de baja médica ¿nulidad o improcedencia?», *Diario la ley,* núm. 10288, de 17 de mayo de 2023, https://diariolaley.laleynext.es.

[24] No podemos detenernos en los distintos tipos de trato discriminatorio o desigual prohibidos por la Constitución, cuestión que suscita no pocas dificultades y que nos aparta del objetivo propuesto en este trabajo. Pero es importante, a nuestro parecer, atender a las definiciones del artículo 6 de la nueva LITND que dan buena cuenta de la transversalidad de esta materia.

[25] Las principales corrientes de opinión han propuesto distintas soluciones a la aplicabilidad de la prohibición de discriminación entre sujetos privados. Se ha planteado una primera vía indirecta que parte de la intervención de

En este contexto, la actual LITND se presenta como una norma integral no sólo en lo que respecta a los motivos de discriminación, como ya se ha tenido ocasión de señalar en el apartado anterior, sino también en lo concerniente a los ámbitos en los que se persigue erradicar las conductas discriminatorias[26]. Con este propósito, el legislador introduce una serie de obligaciones que vinculan tanto a las administraciones públicas como al sector privado. Por tanto, la prohibición de discriminación no tiene como único destinatario a los poderes públicos, sino que alcanza también a los particulares[27].

No obstante, se advierte una tendencia a diferenciar el modo en que esas obligaciones se imponen a unos y otros. Dice la Ley en su Preámbulo que será «incondicionadamente» - o, de manera más exacta, sin sujeción a ninguna condición- cuando se trata de las administraciones públicas y, en la forma «que la Ley establece», en el caso de las relaciones entre particulares.

En la misma línea parece apuntar el artículo 1.2 al señalar que la ley regula derechos y obligaciones de las personas, físicas o jurídicas, públicas o privadas, a la vez que establece «principios de actuación de los poderes públicos» y prevé «medidas destinadas a prevenir, eliminar y corregir toda forma de discriminación, directa o indirecta, en los sectores público y privado».

Llegados a este punto, la interpretación más razonable de estas disposiciones legales parte, una vez más, del artículo 14 de la Constitución y de su tenor literal que impide que prevalezca discriminación alguna. A nuestro juicio, la fuerza de ese mandato permite establecer un marco legal adecuado para combatir todas las formas de discriminación, provengan de los poderes públicos o de las relaciones jurídico privadas. Solo de esa manera puede entenderse operativo el derecho fundamental a no ser discriminado.

Ahora bien, una necesaria reflexión sobre el tema evidencia la complejidad de intervenir la autonomía privada sin riesgo de desvirtuarla[28]. Es evidente que no todos los comportamientos o conductas en el tráfico jurídico privado pueden ser objetivados. En ocasiones una determinada elección o decisión en el ámbito de las relaciones particulares obedece a reacciones puramente subjetivas que no encierran obligatoriamente un móvil discriminatorio. Aun así, hay prácticas o actuaciones reconocibles con facilidad en nuestro entorno que pueden debilitar la presencia de

los poderes públicos asegurando la ausencia de discriminación, bien mediante desarrollo legislativo o, en su caso, a través de la actuación de los Tribunales. Por este camino, una eventual inacción evitando conductas prohibidas daría lugar a una discriminación por omisión del poder público. Ahora bien, como explican RODRÍGUEZ PIÑERO/FERNÁNDEZ LÓPEZ, «el grado de intervencionismo necesario para que el actuar privado se acondicionase al principio constitucional, obstaculizaría el libre ejercicio de la autonomía privada de forma similar a como sucedería si se reconociese sin más la eficacia horizontal del principio de igualdad», *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 265. Esta reflexión defiende, por el contrario, la aplicación directa de la prohibición de discriminación entre particulares «porque es rechazable comoquiera que surja y quienquiera que la ponga en práctica», ibidem, p. 270. Por otro lado, sobre los cambios que el Derecho antidiscriminatorio ha ido introduciendo en el Derecho privado, REY MARTÍNEZ, *Derecho antidiscriminatorio*, Aranzadi, 2020, p. 32.

[26] Como apunte de interés señalamos que dentro de los ámbitos de actuación se incluyen, entre otros, la contratación laboral, la educación, la vivienda, la atención sanitaria y los servicios públicos (art. 3). Además, a lo largo de todo su articulado, la Ley establece criterios específicos de protección para ciertos grupos vulnerables como las mujeres, personas con discapacidad o minorías étnicas.

[27] En lo que se refiere a la determinación de los sujetos -tanto activos como pasivos- de la discriminación véanse las consideraciones al hilo del comentario al artículo 14 de la Constitución en SUÁREZ PERTIERRA/AMÉRIGO, *Comentarios a la Constitución española de 1978*, ALZAGA VILLAAMIL (dir.), t. II, p. 263.

[28] Para ORMAZABAL SÁNCHEZ, *Discriminación y carga de la prueba en el proceso civil*, p. 39, se trata de discernir qué reglas o imperativos morales resultan imprescindibles para asegurar una correcta convivencia social.

valores en las estructuras sociales. Nos referimos, a modo de ejemplo, al «edadismo» o discriminación por razón de edad que puede adoptar muchas formas pero que la reciente pandemia ha demostrado su especial incidencia en las personas de mayor edad, al «racismo inmobiliario» para describir prácticas discriminatorias que llevan a cabo tanto propietarios como agencias inmobiliarias dirigidas a imposibilitar el acceso a una vivienda a las personas extranjeras o los «antecedentes oncológicos» como dato a tener en cuenta a la hora de contratar productos financieros y aseguradores[29].

En relación con expuesto, la LITND prevé una serie de mecanismos para garantizar la aplicación efectiva de la prohibición de discriminación en el sector privado. Estos incluyen la creación de organismos especializados encargados de recibir y tramitar denuncias por actos de discriminación, la posibilidad de imponer sanciones económicas a los infractores y la promoción de la conciliación y la mediación como vías para resolver conflictos de manera ágil y efectiva. Además, la Ley implica directamente a los poderes públicos exigiendo la adopción de medidas para la promoción de la igualdad de trato y no discriminación en las relaciones entre particulares[30].

A tenor de lo dicho, la LITND debe suponer un avance significativo en el desarrollo del artículo 14 de la Constitución, en línea con la propia doctrina constitucional y con los estándares europeos en materia de protección de derechos fundamentales[31]. Además, importa considerar que desde el punto de vista del proceso civil y de las exigencias derivadas de la tutela judicial efectiva se pueden ejercitar diversas pretensiones con el objetivo de garantizar la protección de estos derechos.

2.3. Contenido de la tutela: pretensiones que pueden ejercitarse

En efecto, dentro del marco de la acción civil para la defensa de los derechos derivados de la igualdad de trato y la no discriminación se contempla la adopción por el tribunal de «todas las medidas necesarias para poner fin a la discriminación de que se trate» (art. 28 LITND). A tal fin se pretende que la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) ampare todo tipo de tutela antidiscriminatoria si bien dicha tutela puede concretarse en las siguientes pretensiones:

1ª Cesación de la conducta discriminatoria

El objeto específico de la pretensión de cesación es solicitar al tribunal que ordene a la parte demandada poner fin a la conducta discriminatoria. La Ley -en su artículo 28- se refiere concretamente al «cese inmediato de la discriminación» por lo que hay que entender que se trata

[29] La regulación del derecho al olvido oncológico se enmarca en la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2022, sobre el refuerzo de Europa en la lucha contra el cáncer: hacia una estrategia global y coordinada (2020/2267(INI)).

[30] Dispone el apartado primero del artículo 33 de la LITND: «Con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional a la igualdad, los poderes públicos adoptarán medidas de acción positiva por razón de las causas establecidas en esta ley e impulsarán políticas de fomento de la igualdad de trato y no discriminación real y efectiva en las relaciones entre particulares».

[31] En tal sentido véase la STC 235/2007, de 7 de noviembre, que señala que «la dignidad humana configura el marco dentro del cual ha de desarrollarse el ejercicio de los derechos fundamentales» y la amplísima jurisprudencia citada en BOU FRANCH «La protección de los derechos fundamentales por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», ESPLUGUES MOTA/ PALAO MORENO/PENADÉS FONS, (coords.), *Nuevas Fronteras del Derecho de la Unión Europea,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 867.

de una pretensión de cesación en sentido estricto, o sea, relativa a una conducta en curso. Siendo así, la tutela judicial reclamada por el actor persigue un fallo condenatorio al objeto de cesar o prohibir el comportamiento o práctica que vulnera la igualdad de trato.
Ahora bien, desde la propia acción de cesación se pueden plantear también otras pretensiones como la prohibición de reiterar en el futuro la conducta discriminatoria o la de ejecutar la que aún no se ha producido pero cuya ejecución puede suceder en un futuro muy próximo. La LITND se refiere «a la prevención de violaciones inminentes o ulteriores» a cuyo fin plantea la adopción de medidas cautelares. Por consiguiente, aun siendo el objeto de la acción de cesación un pronunciamiento sobre el fondo que obligue al demandado a dejar de realizar un determinado comportamiento, nada impide que se insten medidas provisionales -cautelares- con el mismo fin. Es decir, cesar o prohibir una práctica o conducta para evitar que se produzcan nuevos daños o que se agraven los ya producidos mientras se halle pendiente la resolución[32].

Además, dada la naturaleza de la pretensión principal para la que se solicitan las medidas cautelares, resulta de interés tener en cuenta el artículo 732.2 de la LEC, norma que permite proponer al tribunal que, con carácter urgente y sin dar traslado de ello al demandado, se realicen las averiguaciones que resulten necesarias para resolver sobre la petición cautelar y que el solicitante no pueda aportar por sí mismo.

2ª Reparación para compensar los efectos de la discriminación

También puede pretenderse la reparación de los daños causados por una práctica que vulnere el derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación. Aunque sobre este punto en particular no nos vamos a extender porque nos desvía de nuestro objetivo principal, sí queremos al menos significar que el contenido de las medidas resarcitorias incorpora un amplio abanico de prestaciones. Entre ellas, la indemnización por daños y perjuicios, la reparación o el restablecimiento de la persona perjudicada en el pleno ejercicio de su derecho. En esta línea, es posible solicitar al tribunal que ordene medidas específicas para compensar los efectos de la discriminación tales como una compensación por pérdida de oportunidades o daño moral, el acceso a servicios o beneficios negados injustamente, o cualquier otra acción que restaure la igualdad de trato[33].

[32] Conforme al apartado segundo del artículo 726 de la LEC: «con el carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento previsto en esta Ley para las medidas cautelares, el tribunal podrá acordar como tales las que consistan en órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso, sin prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte». Como medida cautelar específica resulta de aplicación el párrafo 7º del artículo 727: «la orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad; la de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta; o la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo».

[33] Así, por ejemplo, se pronuncia la STS de 13 de febrero de 2023, rec. n º 9494/2021 (ECLI: ES:TS: 2023:350) en relación con la vulneración del derecho fundamental a la igualdad del artículo 14 de la Constitución: «… la imposición del nudismo implica una lesión de los precitados derechos fundamentales, lo que determina que el recurso deba ser estimado, pues no cabe arbitrariamente, por actos de fuerza, mediante la contratación de servicios privados de seguridad, impedir a los demandantes el disfrute de los derechos que les corresponden en el régimen de propiedad horizontal sobre elementos comunes si no practican el nudismo, lo que es una opción personal perfectamente respetable y legítima, pero cuya práctica no cabe exigir sin base para ello. Y en cuanto a la acción de indemnización de daños y perjuicios sufridos, constatada la vulneración de tales derechos fundamentales, mediante actos de imposición, fundados en unos estatutos no aprobados, determina un evidente daño moral, considerándose que la cantidad postulada por tal concepto entra en el marco de un prudente resarcimiento». También resulta interesante la STJUE (Gran Sala) de 23 de abril de 2020, asunto C-507/18 (ECLI:EU:C:2020:289): «Concierne al Derecho nacional establecer, con arreglo a los principios de equivalencia y de efectividad, los criterios para determinar si una asociación tiene un interés legítimo. Una asociación que tenga

2.4. Cauce procesal apropiado

La Exposición de Motivos de la LEC menciona dos ámbitos perfectamente delimitados en los que puede producirse un eventual acto de discriminación. Por un lado, se encuentran los derechos fundamentales cuya violación se produce fuera del proceso, lo que la Ley denomina «ámbito vital extrajudicial». Por otro lado, están aquellos derechos que, debido a su naturaleza y significado, sólo pueden ser infringidos en el seno de un proceso judicial. En relación con los derechos que se violan fuera del proceso, la Exposición de Motivos señala que pueden y deben ser llevados a un proceso y que dicho proceso debe tramitarse con preferencia para su rápida protección[34]. De acuerdo con lo anterior, la LEC dispone que a través del proceso declarativo ordinario previsto en el artículo 249.1.2 º se tramitarán las demandas que tengan por objeto la tutela de los derechos fundamentales. De esta norma nos interesa destacar los siguientes aspectos.

a) El primero, es que la norma alude expresamente a los derechos relativos al honor, la intimidad y la propia imagen, pero se hace extensiva también a «cualquier otro». En este grupo genérico se incluye el derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación enmarcado en el artículo 14 de la Constitución. Como ya se ha indicado con anterioridad, esta norma establece una suerte de cláusula abierta al prohibir la discriminación no sólo por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión sino que comprende también «cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Pues bien, al no exigir el constituyente una mención expresa de la circunstancia discriminatoria, se facilita en gran medida la protección de nuevas formas de discriminación como la edad, la condición de salud, el estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, la identidad sexual, la expresión de género, la lengua o la situación socioeconómica. Estas causas conforman el ámbito subjetivo de aplicación de la nueva LITND como señala su artículo 2.1, norma que deja abierta la puerta a la aparición en el futuro de otras formas de trato discriminatorio al contener la misma cláusula general del artículo 14 de la Constitución.

b) El segundo aspecto que nos parece importante destacar es que la protección que la LEC brinda al derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación es de carácter ordinario y siempre previa al amparo constitucional, como señala expresamente el artículo 53.2 de la Constitución[35]. Sin embargo, esto no ha impedido introducir en el propio artículo 249.1.2 º de la LEC especialidades procesales tales como su tramitación preferente -de acuerdo con la exigencia del citado precepto constitucional- y la intervención preceptiva del Ministerio Fiscal en su posición de garante de la

un interés legítimo en entablar acciones podrá solicitar que una conducta discriminatoria se sancione de manera efectiva, proporcionada y disuasoria, incluso mediante la concesión de una indemnización, de conformidad con las condiciones establecidas en el Derecho nacional».

[34] «La eventual violación producida fuera del proceso se tutela a través del cauce procesal del art. 53.2 CE, hoy desarrollada a través del procedimiento declarativo ordinario al que remite el art. 249.1.2 LEC. En tanto, si se produjo en el seno del proceso, se articulará a través de los recursos, ordinarios o extraordinarios, y agotada la vía jurisdiccional ordinaria, recurriendo en amparo ante el Tribunal Constitucional», ARMENTA DEU, «Por el derecho a la igualdad de género: tutela procesal civil», *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, núm. 40, 2014, p. 22.

[35] Dispone el artículo 53.2 que cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de los derechos fundamentales «ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional». La preferencia implica prioridad absoluta por parte de las normas que regulan la competencia funcional o despacho de los asuntos. Por sumariedad, cabe entender la exigencia constitucional de que los procesos de protección jurisdiccional sean sustancialmente rápidos o acelerados (STC 81/1992, de 28 de mayo).

legalidad. También la competencia territorial viene determinada por un fuero especial, el tribunal del domicilio del demandante, y cuando no lo tuviere en territorio español, el tribunal del lugar donde se hubiera producido el hecho que vulnere el derecho fundamental de que se trate (art. 52.1 6 º LEC)[36].

De esta forma nos hallamos ante lo que se ha venido a denominar «procesos ordinarios con especialidades», en contraste con los procesos propiamente especiales que integran el Libro IV de la LEC y que están destinados al enjuiciamiento de determinadas pretensiones[37].

c) Pues bien, tanto la LITND como la Ley 4/2023 aumentan las especialidades en la tramitación de la materia jurídica objeto de su tutela. Así, se modifican algunos preceptos de la LEC o directamente se introducen novedades procesales destinadas a la defensa y promoción de la igualdad de trato y no discriminación. En concreto, nos referimos a los artículos 11 bis, 11 ter, 15 ter, 15 quater y 217.5 de la LEC que regulan aspectos tales como la legitimación, la llamada al proceso o la carga de la prueba.

Sobre esta temática trataremos en los epígrafes siguientes con el ánimo de contribuir a la reflexión sobre su ajuste en nuestro sistema procesal. No obstante, antes de abordar estas cuestiones procesales, nos parece importante concluir este apartado valorando la tramitación de las demandas de tutela antidiscriminatoria a través del juicio ordinario.

Es evidente que nos hallamos ante una opción de política legislativa que busca reducir al máximo los procesos civiles especiales, «sin prescindir de particularidades justificadas, tanto por lo que respecta a presupuestos especiales de admisibilidad o procedibilidad como en lo relativo a ciertos aspectos del procedimiento mismo» (Exposición de Motivos, de la LEC apdo. XII). En este sentido, la normativa en materia de igualdad de trato y no discriminación ha encontrado acomodo en el marco general del declarativo ordinario. Dicho de otro modo, no se ha considerado necesario establecer un proceso especial y exclusivo para los casos de discriminación en el ámbito civil. Sin embargo, hay que hacer notar que la tutela judicial de los derechos fundamentales se encauza por los trámites de un proceso especial tanto en el orden contencioso administrativo como en el orden social[38]. En consecuencia, con su opción para el orden jurisdiccional civil, el legislador ha renunciado a una regulación homogénea de la tutela antidiscriminatoria en el conjunto del ordenamiento jurídico procesal.

---

[36] Sobre las especialidades procesales véase GÓMEZ COLOMER, *Proceso Civil. Derecho Procesal II*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p. 646.

[37] CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Civil. Parte General,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, p. 37. De otra parte, la opción del juicio ordinario, en opinión de JIMÉNEZ CONDE, obedece a que es el proceso que ofrece mayores garantías, aunque no se caracteriza precisamente por la rapidez en sus trámites, *Tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales,* Murcia, 2002, p. 19.

[38] En el primer caso, a través del procedimiento especial previsto en los artículos 114 a 122 quater de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que derogó el procedimiento que a tal fin que venía regulado en la Ley 62/1978 de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona. Por lo que se refiere al orden social, fue el Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral de 1990 el que introdujo por primera vez una modalidad procesal específica para la tutela de derechos fundamentales de los trabajadores -antes se regía por el juicio laboral ordinario- que se mantiene como proceso especial en la actual Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (arts. 177 a 184).

3. Legitimación y llamamiento al proceso de las personas afectadas por la discriminación

El artículo 11 bis de la LEC regula legitimación procesal para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación, mientras el artículo11 ter hace lo propio referido al colectivo de personas LGTBI[39]. Ambas normas diferencian entre los supuestos en los que los afectados por el acto discriminatorio estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables (intereses colectivos) y aquellos otros en los que los perjudicados son indeterminados o de difícil determinación (intereses difusos)[40]. Esa distinción compromete decididamente no sólo el modo de identificar a los afectados, sino que alcanza también a la transmisión de información y a su intervención en el proceso (art. 15 ter y quater LEC).

Se trata de cuestiones procesales esenciales porque están en clara relación con el derecho de acceso a la justicia (art. 24 CE y 7.3 LOPJ).

3.1. La defensa de intereses colectivos y difusos

Con carácter general, cualquier persona víctima de trato discriminatorio puede entablar la acción civil en defensa de sus derechos y legítimos intereses en el marco del juicio ordinario, ejercitando la reclamación que considere oportuna y procurando la obtención de una sentencia que le sea favorable. Sin embargo, esta actuación -que se presupone individual y concreta de una persona determinada- no excluye que la protección del derecho a la igualdad de trato pueda ser encomendada a persona distinta de quien afirma ostentar un derecho subjetivo.

Al permitir la representación legal y el interés legítimo se facilita el acceso a la justicia para aquellos que, de manera individual, puedan tener dificultades para iniciar o sostener un proceso judicial. Además, este enfoque contribuye a promover la economía procesal y la homogeneidad de soluciones que trascienden de la esfera individual.

A) Con relación a la defensa de igualdad de trato y no discriminación la LEC confiere legitimación a los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos, las organizaciones de personas consumidoras y usuarias y las asociaciones y organizaciones legalmente constituidas que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos humanos, de acuerdo con lo establecido en la LITND (arts. 11.1 bis LEC en relación con el 29.1 de la LITND). Es importante destacar que la legitimación que se otorga está relacionada específicamente con sus afiliados o asociados. En consecuencia, estas entidades están facultadas para actuar en nombre y representación de sus miembros en las cuestiones litigiosas relacionadas con la prohibición de discriminación. Por el contrario, cuando se trata de la defensa de los derechos de las personas LGTBI las entidades mencionadas anteriormente representan a la

[39] Los artículos 11 bis y 11 ter de la LEC recogen respectivamente lo dispuesto en los artículos 29 de la LITND y 65 de la Ley 4/2023.

[40] Como observa CORDÓN MORENO, esta diferenciación sigue el esquema del artículo 11 de la LEC que establece la legitimación para la defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios. «Las normas procesales contenidas en la Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación», Gómez Acebo & Pombo, 29 de septiembre 2022, https://www.ga-p.com/publicaciones/

totalidad de los afectados, incluso a los no afiliados o asociados a ellas, como se desprende de la lectura literal del artículo 11 ter 1 de la LEC.

Partiendo de las anteriores consideraciones, los requisitos exigidos por la ley para reconocer legitimación a estas entidades están vinculados a tres aspectos concretos: autorización expresa, tiempo de constitución y ámbito territorial de actuación.

Con respecto al primero de los requisitos la LEC no precisa que se requiera autorización «expresa» para actuar en representación de las personas afectadas a diferencia de lo establecido en el artículo 11. 1 ter -con relación a la defensa de la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI- y en el artículo 29.1 de la LIDTN. En ambos preceptos se menciona la autorización expresa de la parte. De la lectura del artículo 11. 1 bis de la LEC podría pensarse que la autorización de las personas afectadas puede considerarse concedida si se les ha comunicado la voluntad de la entidad de iniciar el pleito y no hay declaración expresa en contrario. Aún así, pensamos que no basta con acreditar la condición de afiliado o asociado y siempre será exigible algún tipo de acreditación o reconocimiento formal para actuar en representación de éstos.

El artículo 29.1 de la LIDTN establece otros dos requisitos para tener en cuenta. El primero de ellos va referido al tiempo de constitución de la entidad exigiendo que deben haberse constituido legalmente al menos dos años antes de la iniciación del proceso judicial y que vengan ejerciendo de modo activo las actividades necesarias para alcanzar los fines previstos en sus estatutos. Sin embargo, se establece una excepción para aquellas entidades que ejerciten las acciones administrativas o judiciales en defensa de los miembros que la integran. Finalmente, el segundo de los requisitos tiene que ver con el ámbito territorial de actuación de la entidad señalando al respecto el «ámbito estatal o, en su caso, en un ámbito territorial que resulte afectado por la posible situación de discriminación».

B) Cuando se trate de la defensa de intereses difusos los partidos políticos, sindicatos y asociaciones nombradas anteriormente también podrán entablar acciones judiciales. No obstante, se contienen reglas específicas:

1º En el caso de las organizaciones de personas consumidoras y usuarias la legitimación activa se reduce a aquéllas que sean de ámbito estatal (art. 11 bis 2 LEC).
2º En el caso de sindicatos y las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos la legitimación activa se reconoce a los tengan la condición de más representativos (art. 11 bis 2 LEC)[41].
3º En el caso de la defensa de los intereses difusos de las personas LGTBI la legitimación corresponde exclusivamente a los organismos públicos con competencia en la materia, sindicatos, partidos políticos, organizaciones empresariales, asociaciones profesionales de trabajadores autónomos y organizaciones de personas consumidoras y usuarias que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos de las personas LGTBI o de sus familias (art. 11 ter 2 LEC).

C) Mención especial merece la legitimación de la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación prevista en el Titulo III de la LITND. Se trata de un organismo

[41] Artículos 6 y 7 de la LO 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad sindical y artículo 21 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo.

independiente, unipersonal y basado fundamentalmente en la auctoritas de su titular, con la función de ofrecer protección frente a la discriminación y promover el cumplimiento del derecho antidiscriminatorio. Los artículos 40 a 45 abordan diversos aspectos como la naturaleza, régimen jurídico, organización y funcionamiento que quedan al margen de la regulación procesal.

Por su parte, la LEC se centra en atribuir a la Autoridad Independiente legitimación extraordinaria por sustitución. Este mecanismo legal permite actuar en nombre e interés propio, pero por un derecho ajeno[42]. Por tanto, la Autoridad Independiente será parte en el proceso por discriminación a cuyo efecto deberá recabar la correspondiente autorización de las personas afectadas cuando se trate de la defensa de intereses colectivos (art. 11 bis LEC).

De igual modo, aunque el artículo 11 ter de la LEC no mencione específicamente la legitimación de la Autoridad Independiente para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales, el artículo 62.4 de la Ley 4/2023 establece que la Autoridad Independiente podrá intervenir en todo caso con las competencias y funciones establecidas en la LITND.

D) La regulación de la legitimación se cierra en la LEC con el apartado relativo a la legitimación activa en caso de acoso discriminatorio por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales (art. 11 ter 3). Se trata de un supuesto específico que excepciona las reglas anteriores al reconocer como única legitimada a la persona acosada. De la literalidad del precepto se desprende que no pueden intervenir otros sujetos distintos de la propia víctima y que solo la persona que ha sufrido directamente la lesión será parte en el proceso. En ese orden, el uso del término «persona acosada» implica una mayor concreción y precisión que el de «personas afectadas» que utiliza el artículo 11 ter en sus apartados precedentes, resultando el predominio del interés individual sobre el colectivo[43]. En todo caso, se trata de una fórmula que conecta con otras disposiciones similares en esta materia lo que proporciona coherencia y uniformidad en el tratamiento legal del acoso[44].

3.2. Publicidad e intervención en el proceso

De conformidad con el artículo 222.3 de la LEC los efectos de la sentencia que se dicte en el proceso de tutela antidiscriminatoria se extienden a quienes han sido parte en el mismo, pero también pueden alcanzar a sujetos no litigantes en la posición activa, es decir, aquellos que sin participar directamente en el proceso tienen derechos que están fundamentando la legitimación de las partes.

En coherencia con lo anterior, los artículos 15 ter y 15 quater de la LEC establecen el régimen de publicidad e intervención en procesos para la defensa del derecho a la igualdad de trato y la no discriminación, pues no de otra manera puede pretenderse un posicionamiento de la persona

[42] MORENO CATENA, *Derecho Procesal Civil. Parte General,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, p. 97.

[43] No obstante, señala LOUSADA AROCHENA que la norma «no impide la legitimación como parte principal de otros sujetos distintos a la propia víctima en los supuestos de vulneración simultánea de los aspectos individual y colectivo del derecho, y en los supuestos de prevalencia del interés colectivo sobre el derecho individual», *Sistema de Derecho Procesal Laboral*, Laborum, Murcia, 2015, p. 362.

[44] Disposiciones similares pueden encontrarse en el artículo 12.3 de la Ley de igualdad LO 3/2007 y en el artículo 177.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

afectada respecto de una decisión que le vincula automáticamente. Ahora bien, la falta de sistemática interna de ambos preceptos genera no pocos problemas interpretativos.

En efecto, de acuerdo con las normas de referencia «se llamará al proceso a quienes tengan la condición de personas afectadas por haber sufrido la situación de discriminación que dio origen al proceso, para que hagan valer su derecho o interés individual». El llamamiento se hará -con carácter imperativo- por el Letrado de la Administración de Justicia aunque el artículo 15 ter 1 omite cualquier referencia a este extremo, consecuencia quizá de una cierta improvisación. No existiendo tampoco previsión expresa respecto del régimen de publicidad en ninguno de los dos preceptos (pese a la rúbrica de ambas normas), la única manera que señala la LEC es la dispuesta en su artículo 15.1. Esta norma se refiere a la publicación de la admisión de la demanda en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se haya manifestado la lesión del interés protegido.

Por otra parte, siguiendo el mismo enfoque establecido para regular la legitimación (art. 11 ter), el artículo 15 quater -obsérvese que en el artículo 15 ter no se hace mención expresa a este aspecto- establece un régimen de intervención en el proceso que varía dependiendo de si se trata de intereses colectivos y difusos[45]. De esta forma, cuando se trate de un proceso en el que estén determinadas o sean fácilmente determinables las personas afectadas por la situación de discriminación, «el demandante o demandantes deberán haber comunicado previamente su propósito de presentación de la demanda a todos los interesados. En este caso, tras el llamamiento, la persona afectada podrá intervenir en el proceso en cualquier momento, pero solo podrá realizar los actos procesales que no hubieran precluido» (art 15 quater 3). Por el contrario, cuando se trate de un proceso en el que la situación de discriminación perjudique a una pluralidad de personas indeterminadas o de difícil determinación, «el llamamiento suspenderá el curso del proceso por un plazo que no excederá de dos meses y que el Letrado de la Administración de Justicia determinará en cada caso atendiendo a las circunstancias o complejidad del hecho y a las dificultades de determinación y localización de las personas afectadas. El proceso se reanudará con la intervención de todas aquellas que hayan acudido al llamamiento, no admitiéndose la personación individual de personas afectadas en un momento posterior, sin perjuicio de que éstas puedan hacer valer sus derechos o intereses conforme a lo dispuesto en los artículos 221 y 519» (art. 15 quater 4).

Es evidente, por lo tanto, que el legislador continúa sin afrontar la reforma de los intereses supraindividuales o colectivos. Como resultado, la protección de los derechos de igualdad de trato y no discriminación, sujeta a las mismas reglas de publicidad e intervención en el proceso que se establecen en la LEC para consumidores y usuarios, presentará en la práctica las mismas deficiencias que ya se evidenciaban con respecto al artículo 15[46].

[45] Sobre la intervención provocada por intereses colectivos y difusos, MARTÍNEZ GARCÍA, *Proceso Civil. Derecho Procesal II*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p.124

[46] GARNICA MARTÍN/ FERRERES COMELLA/ DÍEZ PICAZO/AGUILERA MORALES, «Algunas ideas sobre la transposición de la Directiva 2020/1828 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores», *Diario La Ley*, núm. 9938, 2021, https://diariolaley.laleynext.es

Finalmente, el tribunal encargado de conocer los procesos antidiscriminatorios deberá comunicar su iniciación al Ministerio Fiscal para que valore la posibilidad de su personación (art 15 ter 2 y 15 quater 2 en relación con el artículo 249.1.2 º de la LEC)[47].

4. Reglas especiales sobre la carga de la prueba de la discriminación

4.1. Regulación legal

Finalizada la actividad probatoria en un proceso judicial, corresponde al juez o tribunal valorar los resultados de dicha prueba. Sin embargo, es posible aún que existan hechos controvertidos que no han sido probados de manera concluyente. En esta situación entran en juego las reglas sobre la carga de la prueba previstas en el artículo 217 de la LEC. Conforme a esta norma, corresponde al demandante probar los hechos constitutivos de su pretensión mientras que al demandado le corresponde los hechos que impidan, extingan o excluyan la prensión del actor (art. 217.2 y 3). Hasta aquí la regla general sobre la carga de la prueba que constituye una regla de juicio y que sirve, además, para orientar al juzgador cuando los hechos permanecen inciertos. No obstante, debemos todavía añadir que el apartado séptimo del citado artículo 217 obliga a interpretar esta regla general teniendo en cuenta la disponibilidad y facilidad probatoria de cada una de las partes en litigio. Y es importante subrayar este aspecto porque como, veremos seguidamente, tiene un reflejo inmediato en la prueba de la discriminación.

En efecto, la discriminación -ya sea directa o indirecta- es un fenómeno complejo que, por lo general, no se manifiesta de una forma abierta, clara o evidente. Por esa razón, en aquellos supuestos en los que puede constatarse un desequilibrio en cuanto facilidad probatoria, disponibilidad de los medios y proximidad a las fuentes de prueba, se busca una distribución razonable de la carga de la prueba. Consecuentemente, junto a la regla general (art. 217.2, 3 y 6) coexiste una regla especial justificada en la necesidad de evitar las dificultades probatorias que pudiera originar una estricta aplicación de los criterios generales de distribución probatoria.

De acuerdo con ello dispone el artículo 217.5 de la LEC en su redacción vigente:

> En aquellos procesos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, la orientación e identidad sexual, expresión de género o las características sexuales, y aporte indicios fundados sobre su existencia, corresponderá a la parte demandada la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

En su redacción inicial, el artículo 217.5 reproducía, con ligeras variaciones, lo dispuesto en el artículo 13 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres al

[47] El artículo 124 de la Constitución otorga al Ministerio Fiscal "la misión de promover la acción de la Justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los tribunales y procurar antes éstos la satisfacción del interés social". Asimismo, el artículo 3.6 de la Ley 50/1981 de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, establece que el Fiscal tomará parte «en defensa de la legalidad y del interés público o social en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley».

señalar que: «De acuerdo con las Leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias, por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad». Por tanto, la modificación del artículo 217, con la inclusión del apartado quinto referido solo a las «actuaciones discriminatorias por razón de sexo» fue llevada a cabo por la mencionada LO 3/2007. Esta reforma resulta ahora especialmente relevante a la luz de la evolución que ha experimentado la norma procesal.

En efecto, su redacción vigente -antes transcrita- proviene de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (Disposición Final 5ª). Pero hay que mencionar que poco antes de la promulgación de esta norma, la LITND en su intención de convertirse en una Ley general en materia de derecho antidiscriminatorio, ya había modificado el texto primigenio del artículo 217.5. De acuerdo con su Disposición Final 2ª aparecía con el siguiente tenor: «En aquellos procesos en los que la parte actora alegue discriminación y aporte indicios fundados sobre su existencia, corresponderá a la parte demandada la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad»[48]. Obsérvese que se trata de un trasunto casi literal del artículo 30.1 de propia la LITND según el cual:

> De acuerdo con lo previsto en las leyes procesales y reguladoras de los procedimientos administrativos, cuando la parte actora o el interesado alegue discriminación y aporte indicios fundados sobre su existencia, corresponderá a la parte demandada o a quien se impute la situación discriminatoria la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

Así pues, dos reformas legales en un corto espacio de tiempo y en asuntos no precisamente menores sino en normas esenciales.

Como consecuencia de este devenir legislativo se ha pasado de una norma procesal reguladora de una regla especial sobre carga de la prueba que abarcaba todas las causas de discriminación (art. 217.5 de acuerdo con la redacción dada por la LITND), a la norma actual que limita la regla especial a la discriminación por razón del sexo, la orientación e identidad sexual, expresión de género o las características sexuales (art. 217. 5 de acuerdo con la redacción dada por la Ley 4/2023), sin que resulte explicada la causa de tan distinto tratamiento[49]. En estas circunstancias, la alegación en un proceso civil de una causa de discriminación no contemplada en la ley general obliga a recurrir al citado artículo 30.1 de la LITND, como ley especial, para que resulte aplicable la misma distribución probatoria cualquiera que sea la causa de discriminación esgrimida por el actor. La referida solución parece, además, la más razonable atendiendo a la intención de la LITND de reforzar las garantías contempladas para la mejor defensa de los derechos fundamentales.

---

[48] Sobre el marco normativo previo a la Ley 15/2022, RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, «La carga de la prueba en la Ley integral para la igualdad de trato y no discriminación: algunas consideraciones críticas desde la óptica del proceso civil», *Diario la Ley*, núm. 10131, septiembre 2022, https://diariolaley.laleynext.es

[49] Téngase presente además que la Disposición adicional cuarta de la Ley 4/2023 declara de aplicación supletoria la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

En otro orden, la vigente redacción del artículo 217.5 tampoco es coincidente con el artículo 96.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, otra norma procesal que regula la carga de la prueba en casos de discriminación en el ámbito laboral y que ha supuesto un importante referente en esta cuestión[50]. Llama especialmente la atención que esta disposición legal -referida inicialmente sólo a la discriminación por razón de sexo-, haya conservado su contenido en lo esencial sin perjuicio de haber incorporado después diversas causas de discriminación como reflejo de una consolidada doctrina constitucional en materia probatoria. Es decir, en el enjuiciamiento laboral se ha seguido el camino inverso al de la LEC. Señala el artículo 96.1: «En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad».

Finalmente, y en relación con todo lo anterior, la regla especial en materia de carga de la prueba aparece exigida en las Directivas antidiscriminatorias sobre igualdad por razón de sexo (Directiva 2006/54/CE, artículo 19), origen racial o étnico (Directiva 2000/43/CE, artículo 8) y religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (Directiva 2000/78/CE, artículo 10).

4.2. Distribución probatoria

En contraste con lo expuesto en el apartado anterior, se constata que las sucesivas modificaciones operadas en la LEC por las leyes de igualdad de 15/2022 y 4/2023 no han provocado variación en la regla especial para la prueba de la discriminación. De esta forma -y siempre de acuerdo con el artículo 217.5- el actor deberá aportar indicios fundados de que existió un trato desigual o discriminatorio mientras que la parte demandada deberá probar que la medida adoptada tiene una justificación objetiva y razonable y que es proporcional con el acto que la motivó[51]. Así pues, ambas partes asumen «cargas probatorias».

Es importante subrayar esta idea porque supone la superación de un encendido debate doctrinal en torno a la carga de la prueba del demandante surgido a raíz de la LO 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres[52]. Según el artículo 13 de esta norma, «en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias, por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad», una redacción poco afortunada dado que los indicios no surgen de las alegaciones per se, sino que se requiere acreditarlos.

Esta precisión se encuentra ahora expresamente reconocida en el apartado quinto del artículo 217, tras la reforma operada por la LITND.

---

[50] Sobre la influencia de la tutela antidiscriminatoria propia de los procesos laborales en el enjuiciamiento civil, ARMENTA DEU, *Revista del Instituto colombiano de Derecho Procesal*, núm 40, 2014, p. 33.

[51] La misma distribución probatoria se contiene en el artículo 30.1 de la Ley 15/2022 y en el 60.1 de la Ley 4/2023.

[52] ARMENTA DEU, *Revista del Instituto colombiano de Derecho Procesal*, núm 40, 2014, p. 38; ORMAZABAL SÁNCHEZ, *Discriminación y carga de la prueba en el proceso civil*, p. 104 y más recientemente BONACHERA VILLEGAS, «A vueltas con la igualdad: la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 60, 2023, p. 26.

a) De acuerdo con la distribución probatoria del citado precepto, no le basta al demandante con la mera alegación formal de hechos, sino que debe aportar indicios fundados para que se produzca el desplazamiento del onus probandi al demandado. Lo resume claramente la STS de 21 de septiembre de 2020 al explicar que «para que se produzca el desplazamiento de la carga de la prueba no basta simplemente con que el demandante tache la medida de lesiva a sus derechos fundamentales, sino que, además, ha de acreditar la existencia de indicios que generan una sospecha, apariencia o presunción a favor de su alegato. Solo cuando esto último sucede, la parte demandada asume la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias para considera que su actuación no ha sido lesiva de derechos fundamentales del demandante»[53].

Por tanto, el actor no queda relevado de la carga de probar o, en otras palabras, no le basta simplemente con calificar como discriminatoria la decisión o actuación de la parte demandada, sino que deberá desplegar una primera e ineludible tarea probatoria y no meramente alegatoria.

b) De igual forma, una consolidada doctrina constitucional sostiene que el indicio debe permitir deducir la posibilidad de que haya podido producirse la vulneración constitucional. Así, señala la STC 49/2003, de 17 de marzo que «tendrán aptitud probatoria tanto los hechos que sean claramente indicativos de la probabilidad de la lesión del derecho sustantivo, como aquéllos que, pese a no generar una conexión tan patente y resultar por tanto más fácilmente neutralizables, sean sin embargo de entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de la vulneración de un derecho fundamental. Esto es, son admisibles diversos resultados de intensidad en la aportación de la prueba que concierne a la parte actora, pero deberá superarse inexcusablemente el umbral mínimo de aquella conexión necesaria, pues de otro modo, si se funda la demanda en alegaciones meramente retóricas o falta la acreditación de elementos cardinales para que la conexión misma pueda distinguirse, haciendo verosímil la inferencia, no se podrá pretender el desplazamiento del onus probandi al demandado»[54].

Es decir, el indicio alegado debe, al menos, sugerir la posibilidad de un hecho o circunstancia. En tal sentido se atribuye al indicio un valor superior a la mera sospecha, pero inferior a la prueba[55]. No hay que olvidar, además, que son las dificultades de probar la discriminación las que fundamentan esta regla especial en materia de carga de la prueba. Por esa razón, y a los fines de potenciar el alivio probatorio de la parte demandante, se ha considerado que es más favorable que el actor presente una evidencia inicial, un principio de prueba o prueba prima facie en lugar de tener que aportar necesariamente una base indiciaria. Con ello se trataría de influir en el ánimo del juzgador la sospecha fundada de un trato discriminatorio sin obligar a la parte a acreditar el hecho base como sí exige el indicio[56].

La LEC no es ajena a la técnica del principio de prueba, aunque se observa una tendencia generalizada a exigirlo en otros contextos, normalmente para dar verosimilitud y apariencia de

[53] STS 478/2020, Civil, de 21 de septiembre (ECLI:ES:2020:2959).

[54] SSTC 87/1998, de 21 de abril; 140/1999, de 22 de julio; 207/2001, de 22 de octubre; 29/2002, de 11 de febrero; 17/2003, de 30 de enero.

[55] CASTILLEJO MANZANARES, «La carga de la prueba en los procesos civiles por discriminación», en TORRES GARCÍA, (dir.), *Construyendo la igualdad. La feminización del Derecho Privado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 962

[56] RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, *Diario la Ley*, núm. 10131, septiembre 2022, https://diariolaley.laleynext.es

credibilidad a la pretensión que se ejercita[57]. Por el contrario la figura del indicio aparece vinculada a la facilidad probatoria. Por parte de la jurisprudencia constitucional -en mayor medida la recaída en materia laboral- la alusión al principio de prueba suele aparecer como complemento del indicio. Como cuestión de interés citamos la STC 90/1997, de 6 de mayo (reiterada después en la STC 66/2002, de 21 de marzo): «la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél»[58].

c) Con la acreditación de indicios a partir de los cuales surja razonablemente un panorama indicativo de posible discriminación en una determinada actuación o comportamiento, la parte demandada tiene la carga de llevar a la convicción del juzgador que su actuación obedece a causas ajenas a cualquier conducta discriminatoria o vulneradora de derecho fundamental y que, por sí misma, tiene la entidad suficiente para justificar la decisión adoptada. Se trata, pues, de situar a la contraparte ante la prueba de que su actuación resulta ajena a cualquier propósito generador de discriminación[59]. Ello implica una inversión de la carga de la prueba, un concepto legal muy extendido que se utiliza cuando el onus probandi se desplaza a la parte demandada. No obstante, más que inversión de la carga de la prueba lo que propiamente establece el artículo 217.5 de la LEC es un aligeramiento de la carga que, de ordinario, debería asumir el demandante.

En esa línea, la doctrina procesalista precisa que la inversión de la carga de la prueba se refiere al cambio que se introduce en el supuesto de hecho de una norma, cambio que determina una concreción o especificación de la carga de la prueba contraria o inversa a la que correspondería de no haberse producido el cambio[60].

Pues bien, tratándose de alegaciones de las que se desprende una causa de discriminación tanto el artículo 30.1 de la LITND como el artículo 66.1 de la Ley 4/2023 concuerdan con la regla especial del artículo 217.5 de la LEC justificada por la posición de desventaja o dificultad de obtener pruebas de la discriminación, desplazando al demandado la prueba de que su actuación no está relacionada con ningún móvil discriminatorio. Combatir, en definitiva, los indicios que previamente han sido alegados por el actor.

4.3. Informe o dictamen de los organismos públicos competentes

La prueba de la discriminación se completa en el artículo 217.5 de la LEC con la facultad del tribunal de solicitar informes o dictámenes a organismos públicos competentes[61]. Estos

[57] Pueden consultarse en el sentido indicado el artículo 266. 2º sobre documentos que habrán de acompañar a la demanda en casos especiales aludiendo expresamente a aquellos que «constituyan un principio de prueba del título en que se funden las demandas de retracto»; el artículo 595.3: «Con la demanda de tercería de dominio deberá aportarse un principio de prueba por escrito del fundamento de la pretensión del tercerista» y también el artículo 767. 1: «En ningún caso se admitirá la demanda sobre determinación o impugnación de la filiación si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde».

[58] Extensamente sobre los elementos que pueden resultar relevantes en la acreditación de una discriminación en materia laboral véase LOUSADA AROCHENA *Sistema de Derecho Procesal Laboral*, p. 196.

[59] Véase la STJUE de 25 de abril de 2013, asunto C-81/12 Asociația Accept y Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării (ECLI:EU:C:2013:275).

[60] CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal civil. Parte general*, p. 233.

[61] Sobre la iniciativa de la actividad probatoria en el proceso civil consúltese el artículo 282 de la LEC: «Las pruebas se practicarán a instancia de parte. Sin embargo, el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen

organismos suelen ser entidades gubernamentales con experiencia en la promoción y protección de derechos fundamentales o expertos técnicos en áreas de conocimiento específicas[62].

La intervención de «personas expertas en la cuestión objeto del pleito» está prevista en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social -artículo 95.1- en el momento del acto del juicio o, terminado éste, como diligencia final. Con carácter particular el apartado tercero de este precepto se refiere a los procesos en los que se suscite una cuestión de discriminación, supuestos en los que está previsto recabar dictamen de organismos públicos competentes[63]. Por su parte, la LEC no contiene disposiciones concretas que regulen el informe de expertos o de asesores más allá de lo dispuesto en la regulación de la prueba pericial (art. 335).

Como norma general, la finalidad de estos dictámenes es obtener una información adicional o proporcionar un asesoramiento razonado al juez de cara a dotar de contenido la resolución del litigio. Por esa razón son considerados como medio de aportar al juicio máximas de experiencia, de ahí su vinculación a la prueba de peritos[64]. En casos de discriminación, esas máximas de experiencia servirán para aumentar la capacidad de juicio del tribunal ayudándole a comprender y evaluar la existencia o manifestación de la discriminación a través de estadísticas, estudios o análisis de los organismos competentes.

Así pues, con el informe o dictamen no se trata de probar la existencia del hecho en sí, sino de calificar el hecho desde la perspectiva de la discriminación[65]. Por tanto, el tribunal tiene la potestad de solicitar estos informes o dictámenes cuando lo estime necesario, sin necesidad de que lo hayan solicitado expresamente las partes.

Sin perjuicio de lo anterior, a instancia de cualquiera de las partes, también es posible solicitar al tribunal la obtención de los informes o dictámenes mencionados emitidos por los organismos públicos competentes, justificando su pertinencia y utilidad a los fines del proceso y de las alegaciones formuladas por las partes (art. 283 LEC). En tal caso, incumbe al tribunal decidir si admite la petición y requiere el informe o dictamen correspondiente.

No obstante, en este punto conviene recordar que la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa sostiene que los órganos judiciales no pueden denegar una prueba oportunamente propuesta y vinculada al relato de los hechos y, posteriormente, fundar su decisión en la falta de acreditación de los hechos cuya demostración se intentaba obtener mediante la actividad probatoria que no se pudo practicar. Tampoco faculta para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso, sino que atribuye únicamente el derecho a la recepción y práctica de aquellas que

determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley».

[62] Un ejemplo de estos organismos en LOUSADA AROCHENA, «El dictamen de los organismos públicos competentes en los procesos laborales sobre discriminación de sexo», *La Ley. Revista jurídica de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 2006, p. 1457.

[63] Artículo 95.3: «Cuando en el proceso se haya suscitado una cuestión de discriminación por razón de sexo, orientación sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad o acoso, el juez o tribunal podrá recabar el dictamen de los organismos públicos competentes».

[64] Sobre el carácter complementario de la prueba pericial con respecto a otros medios de prueba CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Civil. Parte general*, p. 274; GÓMEZ COLOMER, *Procesal Civil. Derecho Procesal II*, p. 258.

[65] MONTERO AROCA, *Introducción al proceso laboral*, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 216.

sean pertinentes, correspondiendo a los órganos judiciales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas solicitadas y, finalmente, también supone vulneración del derecho fundamental a la prueba que ésta sea admitida y después no hubiera podido celebrarse por causas imputables al propio órgano judicial (por todas, SSTC 133/2003, de 30 de junio, 86/2008, de 21 de julio; 174/2008, de 22 de diciembre; 80/2011, de 6 de junio; 142/2012, de 2 de julio).

5. Conclusiones

La promoción de la igualdad de trato y la lucha contra la no discriminación ha acaparado gran parte del interés legislativo en los últimos tiempos. Esto se ha reflejado en la aprobación consecutiva de dos leyes de igualdad -la Ley 15/2022 y la Ley 4/2023- que abordan esta problemática desde diferentes ámbitos como la vivienda, el empleo, los servicios o la educación. Estas disposiciones legales se insertan dentro de las políticas de la Unión Europea cuyo objetivo es armonizar medidas y normativas en los Estados miembros para erradicar la discriminación y asegurar la igualdad de trato.

En nuestro país las leyes de igualdad han introducido cambios muy significativos en la LEC, particularmente en lo que respecta a la legitimación activa, carga de la prueba y el llamamiento al proceso de las personas afectadas por la conducta generadora de un trato desigual. Sin embargo, a pesar de estos cambios, el marco normativo procesal no logra consolidar un régimen jurídico sólido y eficiente.

Existen dificultades interpretativas derivadas de la falta de una sistemática interna clara en la nueva normativa de igualdad. Además, la necesidad de reforzar la protección de los intereses generales y colectivos y promover la economía procesal, sugiere la necesidad de reformar la tutela colectiva en nuestra ley procesal.

En ese sentido, es importante considerar que una vez aceptado legalmente que se puede desplazar a ciertas asociaciones y entidades especializadas en la lucha contra discriminación la legitimación para ejercitar en juicio las acciones correspondientes, su regulación legal resulta excesivamente prolija y no acaba de resolver la obtención de la autorización de los interesados.

Asimismo, debería reconsiderarse el sistema de publicidad -como instrumento indispensable para la tutela de intereses difusos- con el propósito de asegurar que las personas afectadas puedan ejercitar de forma efectiva su derecho.

En todo caso, cualquier iniciativa legislativa relacionada con estas cuestiones debería ser abordada con reflexión y prudencia considerando sus consecuencias e implicaciones.

6. Bibliografía

ARAMENDI SÁNCHEZ, Pablo, «La tutela judicial de personas con discapacidad. Un análisis de la aplicación a este colectivo de la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales, una vez transpuesta al derecho español la Directiva 2000/78», *IUSLabor*, núm. 1, 2006.

ARMENTA DEU, Teresa, «Por el derecho a la igualdad de género: tutela procesal civil», *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, núm. 40, 2014, pp. 17-33.

BALLESTER PASTOR, Amparo, «La lucha contra la discriminación en la Unión Europea», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 92, 2011, pp. 207-259.

BONACHERA VILLEGAS, Raquel, «A vueltas con la igualdad: la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 60, 2023.

BOU FRANCH, Valentín, «La protección de los derechos fundamentales por el TJUE» en ESPLUGUES MOTA, C./ PALAO MORENO, G./ PENADÉS FONS, M. (coords.), *Nuevas Fronteras del Derecho de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 867-888.

CALAZA LÓPEZ, Sonia, «Lesbianas, gais, bisexuales, transexuales e intersexuales (LGTBI): libertad, igualdad y fraternidad», *Actualidad civil*, núm. 3, 2023.

CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, «La carga de la prueba en los procesos civiles por discriminación», en Torres García, T., (dir.), *Construyendo la igualdad. La feminización del Derecho Privado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 993-1006.

CORDÓN MORENO, Faustino, «Las normas procesales contenidas en la Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación», Gómez Acebo & Pombo, 29 de septiembre 2022, https://www.ga-p.com/publicaciones/

CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho Procesal Civil. Parte General,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.

GARNICA MARTÍN, J/ FERRERES COMELL, A./ DÍEZ PICAZO, I./AGUILERA MORALES, M., «Algunas ideas sobre la transposición de la Directiva 2020/1828 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores», *Diario La Ley*, núm. 9938, 2021, https://diariolaley.laleynext.es

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *Proceso Civil. Derecho Procesal II*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022.

GONZÁLEZ TREVIJANO SÁNCHEZ, Pedro, «Los principios de igualdad y no discriminación, una perspectiva de Derecho Comparado», Servicio de Estudios del Parlamento Europeo. Unidad Biblioteca de Derecho Comparado. PE 659.297- octubre, 2020.

JIMÉNEZ CONDE, Fernando, *Tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales,* Murcia, 2002.

LOPEZ HORMEÑO, María, «Los despidos de los trabajadores en situación de baja médica ¿nulidad o improcedencia?», *Diario la ley,* núm. 10288, de 17 de mayo de 2023, https://diariolaley.laleynext.es

LOUSADA AROCHENA, José F., et al. *Sistema de Derecho Procesal Laboral*, Laborum, Murcia, 2015.
«El dictamen de los organismos públicos competentes en los procesos laborales sobre discriminación de sexo», *La Ley. Revista jurídica de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 2006, pp. 1457-1460.

MARTINEZ GARCÍA, Elena, *Proceso Civil. Derecho Procesal II*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022.

MONTERO AROCA, Juan, *Introducción al proceso laboral*, Madrid, Marcial Pons, 2000.

MORENO CATENA, Víctor, *Derecho Procesal Civil. Parte General,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.

ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo, *Discriminación y carga de la prueba en el proceso civil*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

PRECIADO DOMENECH, Carlos, *Igualdad y no discriminación en el derecho de la Unión Europea*, ed. Bomarzo, 2016.

REQUENA CASANOVA, Millán, «La tutela judicial del principio general de igualdad de trato en la Unión Europea: una jurisprudencia expansiva basada en una jerarquía de motivos discriminatorios», *Revista de Derecho Comunitario Europeo,* núm. 40, 2011, pp. 767-793.

REY MARTÍNEZ, Fernando, *Derecho antidiscriminatorio*, Aranzadi, 2020.

RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana, «La carga de la prueba en la Ley integral para la igualdad de trato y no discriminación: algunas consideraciones críticas desde la óptica del proceso civil», *Diario la Ley*, núm. 10131, septiembre 2022, https://diariolaley.laleynext.es

RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel/FERNANDEZ LÓPEZ, Mª Fernanda, *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986.

SUÁREZ PERTIERRA, Gustavo /AMÉRIGO, Fernando, *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. II, editorial Edersa, 2006.

InDret
4.2023

Insignificancia y Derecho penal económico

Miguel Bustos Rubio
Universidad Internacional de La Rioja
-

Sumario

-

El criterio de la insignificancia en Derecho penal tiene por finalidad limitar la punición de ciertos comportamientos de mínima lesividad o bagatela, que formalmente encajan en un tipo penal y que además afectan, si bien de forma mínima, a un bien jurídico. En el sector del Derecho penal económico es posible encontrar actualmente tipos penales cuyo alcance no ha sido correctamente delimitado por el legislador, y que permiten acoger intramuros de su tipicidad comportamientos de mínima lesividad. En este trabajo se parte de una conceptualización del criterio de la insignificancia, previa delimitación con otros conceptos próximos como el de adecuación social o el de riesgo permitido, realizándose una exégesis sobre su naturaleza y fundamento en un Derecho penal de máximos como el que actualmente impera en nuestras sociedades, y se termina por valorar la operatividad de dicho criterio en el marco de la delincuencia económica, a través de tres ejemplos seleccionados en el Código Penal.

Abstract

-

The rule of insignificance in Criminal Law can limit the criminal sanction of some acts of low injuriousness, which formally are into a criminal category and suppose a minimal affectation for a legally protected right. In Economic Criminal Law, it is currently possible to find criminal offenses whose scope has not been correctly defined by the legislator, and which allow sanctioning acts of minimal harm. In this paper we start from a conceptualization of the rule of insignificance. Next, other close concepts such as «social adequacy» or «allowed risk» are delimited. An analysis is also carried out on the nature and foundation of this clause, in a máxima ratio of Criminal Law. The research work ends by assessing the application of the rule of insignificance in the context of economic crime, through three examples in the Spanish Criminal Code.

Zusammenfassung

-

Der Grundsatz der «Bedeutungslosigkeit» im Strafrecht kann die strafrechtlichen Sanktionen auf geringfügige Schäden beschränken, die formal unter eine Straftat fallen, aber materiell geringfügige Schäden an dem geschützten Rechtsanspruch verursachen. Derzeit gibt es im Wirtschaftsstrafrecht straftaten, deren Umfang vom Gesetzgeber nicht richtig definiert wurde und die eine Sanktionierung von Bagatelldelikten zulassen. In diesem Beitrag gehen wir von einer Konzeptualisierung der Bedeutungslosigkeitsregel aus. Auch andere Begriffe wiesoziale Angemessenheit oder erlaubtes Risiko werden abgegrenzt. Auch die Art und Grundlage dieser Klausel in einem Maximalstrafrecht wird analysiert. Die Untersuchung endet mit der Bewertung der Anwendung der Geringfügigkeitsregel im Kontext der Wirtschaftskriminalität anhand von drei Beispielen aus dem spanischen Strafgesetzbuch.

Title: *Insignificance and Economic Criminal Law*

Titel: *Bedeutungslosigkeit und Wirtschaftsstrafrecht*

-

Palabras clave: Insignificancia, interpretación restrictiva, tipicidad, antijuridicidad, delito económico.

Keywords: *Rule of insignificance, restrictive interpretation, typical penalties, unlawfulness, economic crime.*

Stichwörter: *Geringfügigkeit, Restriktive interpretation, Tatbestand, Rechtswidrigkeit, Wirtschaftskriminalität.*
-

DOI: 10.31009/InDret.2023.i4.05
-

InDret

4.2023

Recepción
10/01/2023
-
Aceptación
29/03/2023
-

Índice

-

1. ***Introducción***
2. ***Una delimitación previa: insignificancia, adecuación social y riesgo permitido***
3. ***El criterio de la insignificancia en el sistema penal***
   - 3.1. Aproximación al criterio de la insignificancia en un Derecho penal de máximos
   - 3.2. La *vexata quaestio:* naturaleza jurídica y fundamento de la insignificancia
   - 3.3. Valoración de la significación de la conducta típica: algunas notas generales
   - 3.4. Recapitulación
4. ***El criterio de la insignificancia en el Derecho penal económico***
   - 4.1. Virtualidad práctica del principio de insignificancia en el delito económico
   - 4.2. Primer prototipo: blanqueo de capitales e insignificancia
   - 4.3. Segundo prototipo: fraude de prestaciones al sistema de la Seguridad Social e insignificancia
   - 4.4. Tercer prototipo: «top manta» e insignificancia
   - 4.5. Recapitulación
5. ***Conclusiones***
6. ***Bibliografía***

-

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

1. Introducción*

Cuando se habla de *insignificancia* se alude a un hecho que formalmente encaja en la descripción normativa del delito y también materialmente genera alguna ofensa a un bien jurídico protegido, si bien esa afectación lo es de carácter mínimo, nimio o de bagatela. En el ámbito del Derecho penal económico es posible identificar algunos tipos penales descritos de manera muy amplia por parte del legislador, o incorrectamente delimitados por aquél (desde una perspectiva cualitativa o cuantitativa) que producen en la práctica que ciertas conductas insignificantes terminen encajando formal y materialmente en el injusto típico; delitos en los que se hace aconsejable, más allá de un exhorto para su reforma, una interpretación teleológicamente orientada a la correcta protección del bien jurídico, de carácter reduccionista y acotador de los límites de la tipicidad, momento en el que puede desplegar todo su interés el *principio de insignificancia.*

En el presente trabajo se abordarán dos cuestiones diferenciadas pero interdependientes: por un lado, se realiza una exégesis del mencionado principio de insignificancia delimitando su significado, contenido, fundamento y naturaleza jurídica, así como las capacidades que le restan en un sistema penal que, siendo ya de *máximos,* se sigue sosteniendo en el férreo principio de legalidad. Por otro lado, se descenderá al ámbito del Derecho penal económico para explicar qué papel puede tener el criterio de la insignificancia en un sector como este, repleto de particularidades y matices respecto del *Derecho penal tradicional* (del que, no obstante, forma parte y en cuyos mismos límites y principios debe asentarse), terminando por exponer tres ejemplos de delitos económicos en los que hoy, *lex lata,* puede tener operatividad el principio de insignificancia.

2. Una delimitación previa: insignificancia, adecuación social y riesgo permitido

Con carácter previo a la exégesis que protagonizará este trabajo, creemos necesario realizar una delimitación anticipada. Y ello porque en numerosas ocasiones (y así se ha comprobado a través del manejo de la bibliografía utilizada en esta investigación) la doctrina tiende a agrupar y a analizar de forma conjunta los institutos de la «insignificancia» y la «adecuación social» de forma unitaria. Algo similar se ha detectado en algunos estudios doctrinales respecto de los términos «insignificancia» y «riesgo permitido», por lo que también debemos pronunciarnos, siquiera sea brevemente, sobre su delimitación.

Fue WELZEL quien acuñó y moldeó en origen el concepto de *adecuación social* en su *Studien zum System des Strafrechts:* «en la función de los tipos de presentar el "modelo" de la conducta prohibida se pone de manifiesto que las formas de conducta seleccionadas por ellos tienen, por una parte, un carácter social, es decir, están referidos a la vida social, pero, por otra parte, son precisamente inadecuadas en una vida social ordenada [...] esto repercute en la comprensión e

* Autor de contacto: Dr. Miguel BUSTOS RUBIO, Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad Internacional de La Rioja (miguel.bustos@unir.net). Este trabajo es resultado de la actividad investigadora del autor en dos proyectos de investigación: (1) «Derecho penal de clase: propuestas *de lege lata* y *de lege ferenda*» (ref: PID2022-142211NB-C22), dentro del proyecto coordinado: «Análisis crítico del Derecho penal de la plutofilia», y (2) «Ganancias ilícitas y sistema de justicia penal: una perspectiva global» (ref: PID2022-138796NA-I00), ambos financiados por el Ministerio de Ciencia e Innovación (Convocatoria de ayudas a «Proyectos de generación de conocimiento»).

interpretación de los tipos»[1]. En este sentido, el criterio de la adecuación social en WELZEL sería entendido como un *antídoto* contra toda desvitalización del instituto del bien jurídico: «serviría para probar cómo, ante la apariencia de un resultado injusto, si la conducta se enclavaba en un marco aprobado socialmente, el hecho no debía declararse típico»[2]. Con todo, hay que señalar que el pensamiento de WELZEL sobre la naturaleza del comportamiento adecuado y su concreta ubicación en la teoría del delito fue cambiante, pasando de concebir, en una primera fase, su correspondencia al plano del tipo, a hacerlo en sede de antijuridicidad como *causa de justificación consuetudinaria*, y finalmente a una última etapa en la que volvería a situar la adecuación social de nuevo en el ámbito del tipo (si bien ya no dotándolo del estatus de «valor ético-social» sino de «principio general interpretativo»)[3].

Es cierto que determinadas acciones típicas pueden carecer de toda relevancia al ser consideradas corrientes o comúnmente aceptadas en el plano social. Como expresan MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN «la entrega de regalos de poca monta a un funcionario, o el invitarle a una copa, literalmente hablando puede constituir un tipo de cohecho; la ponderación excesiva de las cualidades en una mercancía en la propaganda comercial, un tipo de publicidad engañosa o estafa; los golpes en el boxeo, un tipo de lesiones; etc. No obstante, se estima que, por ser considerados comportamientos adecuados socialmente, no deben considerarse típicos y mucho menos antijurídicos»[4]. En esta dirección se ha detectado por un sector de la doctrina más actual que en ocasiones el sentido literal del tipo penal puede ir más lejos de lo que el código social o institucional desea o necesita, por lo que se haría todavía necesario, en palabras de ROLDÁN BARBERO, «exponer la sincronía o diacronía entre exégesis legal y conformación social»[5]. Cuestión distinta es cómo andar ese camino, o si conceder a la *adecuación social* naturaleza de causa de atipicidad, o de justificación, o bien amarrarla como un criterio más de interpretación restrictiva de los tipos penales por razones ligadas a la sociología[6].

A nuestro juicio, la principal diferencia entre el criterio de la *adecuación social* y el de la *insignificancia* (en el que profundizaremos de inmediato) radica en el hecho de que aquél primero exige siempre una valoración social del comportamiento objeto de estudio para comprobar su efectiva adecuación en el seno de la sociedad que se trate y, posteriormente, su encuadre en un tipo penal (que efectivamente podrá resultar más o menos cuestionable), mientras que este último no exige tal comprobación, ni por ello su fundamento reposará en consideraciones de índole social, siendo la trascendencia valorativa eminentemente jurídica: son conductas de carácter mínimo que encajan formalmente en una descripción típica y que materialmente suponen algún tipo de ofensa a un bien jurídico. En la adecuación social, por tanto, el problema es qué debe entenderse por *socialmente adecuado,* y de ahí que su crítica en la actualidad sea

---

[1] WELZEL, *Derecho penal alemán. Parte General*, 11ª ed., 1976, p. 83.

[2] ROLDÁN BARBERO, *Adecuación social y teoría jurídica del delito. Sobre el contenido y los límites de una interpretación sociológica restrictiva de los tipos penales*, 1992, p. 31.

[3] Ampliamente *vid*. CANCIO MELIÁ, «La teoría de la adecuación social en Welzel», *ADPCP,* (46-2), 1993, pp. 701 s.

[4] MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte General,* 11ª ed., 2022, p. 234. Con todo, los autores reconocen al criterio de la adecuación social operatividad en el marco de la interpretación restrictiva de la norma que en algunos casos puede conducir, efectivamente, a la no punición del hecho (p. 235).

[5] ROLDÁN BARBERO, *Adecuación social y teoría jurídica del delito*, 1992, p. 18.

[6] Dado que adentrarnos en la discusión sobre los problemas de asentamiento del criterio de la «adecuación social» en la teoría jurídica del delito nos obligaría a exceder con creces del objetivo concreto de este estudio, nos remitimos para su contraste a la amplia investigación de ROLDÁN BARBERO, *Adecuación social y teoría jurídica del delito,* 1992, pp. 41 ss.

contundente: «no es unívoco su contenido caracterizado por un grado de subjetivismo e inconcreción elevado» por lo que para un sector de la doctrina este elemento podría incluso ser sustituido por criterios interpretativos más precisos en el marco de la moderna teoría del delito[7] (se aduce que muchos de los problemas que tradicionalmente quedaron encuadrados en los límites de la adecuación social hoy serían reconducibles y solucionados en sede de falta de imputación objetiva, por falta de riesgo prohibido o bien por existencia de un riesgo permitido; falta de dominio del hecho; autolesiones; autopuestas en peligro; inadecuación en tipos de peligro abstracto; etc., por lo que la actual discusión sobre esta categoría habría ido decayendo últimamente, hasta el punto de ser abandonada por la doctrina[8]).

El debate en el caso de la insignificancia no es si tal o cual comportamiento resulta admisible en el plano de lo social (esto es, si resulta socialmente adecuado) o hasta qué punto y bajo qué circunstancias por tal razón no deberían ser hechos prohibidos penalmente. Se trata, por el contrario, de un análisis sobre la escasa afectación que un comportamiento típico puede conllevar contra un bien jurídico tutelado por la norma. Por supuesto pueden existir puntos de conexión entre comportamientos *socialmente adecuados* y comportamientos *mínimos o insignificantes,* pero el plano de análisis es completamente diferente, y por ello la *ratio* de una u otra institución también ha de ser distinta. Por cerrar con un par de ejemplos en uno y otro sentido: puede ocurrir que los hechos no recaigan en el ámbito de la adecuación social pero sí en el criterio de la insignificancia (*v. gr.*: arrancar a alguien un cabello sin su consentimiento no es adecuado socialmente, al menos en nuestro entorno geográfico, más sin embargo puede ser analizado bajo la pauta de la insignificancia), o bien puede que el hecho sometido a examen responda a ambos criterios (*v. gr.*: hacer entrega de una caja de bombones a nuestro médico de la Seguridad Social al terminar la consulta en época de Navidad puede resultar tanto un comportamiento socialmente adecuado como un hecho nimio o de bagatela para afectar al *correcto funcionamiento de la Administración Pública*). Pero lo que resulta claro es que el fundamento y naturaleza de la adecuación social y de la insignificancia pueden y deben ser estudiados de forma autónoma y no automáticamente imbricados el uno con el otro.

Algo similar acontece para el caso del riesgo permitido. Aun no pudiendo profundizar más en el contenido de esta institución (pues ello excedería con creces el objetivo más limitado de este trabajo) recientemente SILVA SÁNCHEZ ha explicado de forma magistral el significando y alcance del riesgo permitido en Derecho penal económico: «esta expresión solo puede alcanzar a aquellas conductas que son penalmente atípicas en virtud de ser jurídicamente permitidas. Más en concreto: formalmente permitidas por el ordenamiento jurídico extrapenal»[9]. Como vemos, esto no es lo que acontece en el caso de la insignificancia, que alude, como se dijo, a supuestos en los que la conducta encaja formalmente en un tipo penal y también afecta materialmente a un interés (si bien de manera mínima), sin que exista una justificación o permiso en sede extrapenal que permita llevar a cabo tal conducta. Por ello no es posible asimilar los supuestos de riesgo permitido y los supuestos de insignificancia. Y, como continúa SILVA SÁNCHEZ, «una conducta

---

[7] NAVARRO MASSIP, «La adecuación social y el principio de insignificancia como causas de exclusión de la tipicidad en relación al principio de intervención mínima», *Revista Aranzadi Doctrinal,* (8), 2011, p. 57.

[8] CANCIO MELIÁ, *ADPCP,* (46-2), 1993, p. 703. Como señala este autor, «la mayoría de la doctrina se pronuncia por un uso restringido como *instrumento hermenéutico* de la adecuación social, aproximándose, por tanto, a la "tercera fase" en Welzel, o la rechazan por ser demasiado inconcreta» (p. 704, n. 31).

[9] SILVA SÁNCHEZ, «Bases de un concepto restrictivo de riesgo permitido», en OLMEDO CARDENETE *et. al.* (dirs.), *LH Carlos Juan Manuel Daza Gómez,* 2021, p. 178. A mayor abundamiento puede verse SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico,* 2022.

peligrosa para un bien jurídico puede ser atípica por tres clases de razones: por razones sociales, por razones jurídicas extrapenales y por razones específicamente jurídico-penales. El primer ámbito es el de la adecuación social. El segundo, el del riesgo permitido. El tercero, el de todas las demás causas de atipicidad»[10], grupo en el que (añadimos nosotros) tendría acomodo el criterio de la insignificancia bajo el fundamento que desarrollaremos en las siguientes líneas (aún todavía concibiendo en esta aseveración a las *causas de atipicidad* en un sentido amplio y omnicomprensivo, como también discutiremos de inmediato).

Una vez esbozada la delimitación entre el instituto de la insignificancia y los criterios de *adecuación social* y *riesgo permitido*, en las páginas que siguen nos centraremos exclusivamente en analizar el criterio de la insignificancia, primero desde un punto de vista genérico en sede penal, aterrizándolo después en el marco de lo que hoy denominamos *Derecho penal económico.*

3. El criterio de la insignificancia en el sistema penal

3.1. Aproximación al criterio de la insignificancia en un Derecho penal de máximos

El principio *de minimis non curat praetor* («de los asuntos intrascendentes no se ocupa el magistrado») proveniente del anterior *de minimis non curat lex* («de los asuntos intrascendentes no se ocupa la ley») ha dado lugar en la actualidad a un postulado más moderno que en Derecho se expresa como *principio de insignificancia* (en la terminología de ROXIN) o de *bagatela* (en la terminología de TIEDEMANN). Aparece ya en el Digesto, si bien completamente desligado del terreno penal, donde se podía leer: *ne propter satis miniman rem* («no debe ser oído el reclamante de cosa o cantidad mínima»)[11], y engloba dos vertientes claramente diferenciadas: por un lado, el primero de estos principios se aplica en el ámbito jurisprudencial, dirigiéndose por tanto al intérprete, quien deberá excluir de su interés asuntos mínimos o insignificantes; el segundo de los principios, por su parte, se dirige al legislador, quien al confeccionar las normas debe dejar extramuros de aquellas las cuestiones más banales. El primero, pues, opera en el plano *ex post,* esto es, cuando la norma ya existe y debe ser aplicada excluyendo las cuestiones nimias o intrascendentes, mientras que el segundo, por el contrario, opera *ex ante* a la normativización de la conducta que se trate, suponiendo una llamada de atención al legislador para que deje fuera de la regulación todo aquello que sea intrascendente.

En el plano penal, tras la II Guerra Mundial fue WELZEL quien manejó el principio de insignificancia (junto con el de adecuación social) en la teoría del delito. Después lo haría ROXIN,

---

[10] SILVA SÁNCHEZ, en OLMEDO CARDENETE *et. al.* (dirs.), *LH Carlos Juan Manuel Daza Gómez*, 2021, p. 178.

[11] Sobre el muy discutido origen histórico del brocardo, cfr. ampliamente GUZMÁN DALBORA, «La insignificancia: especificación y reducción valorativas en el ámbito de lo injusto típico», *Revista de Derecho Penal y Criminología,* (5), 1995, pp. 513 ss. Como puede leerse en este trabajo, a tal principio se le presupone una «hipotética raigambre romana», más no es así: «no da cuenta el *Corpus iuris civilis,* así como tampoco puede hallársele en otras fuentes romanas más antiguas» […] «lo que conocieron los juristas de Roma fue lo cualitativo de lo nimio, y afirmaron su consiguiente irrelevancia para el Derecho, pero en un sentido general, esto es, referido al tema de las fuentes del Derecho» (p. 514). Como conclusión, tras el amplio estudio realizado por el autor, se termina considerando que «el adagio *mínima non curat praetor* tiene que haber surgido con mucha mayor probabilidad entre los humanistas que lo que es lícito suponer a propósito de los juristas de la Recepción» pues «tiene, indudablemente una presentación formal culta, elegante, que cuadra muy bien con las preocupaciones filológicas y eruditas de estos juristas» (p. 519), razón por la cual «que los humanistas construyeran el apotegma *mínima non curat praetor,* que, conforme quedó explicado, tiene un sentido eminentemente liberal y refractario a cualquier imposición autoritaria, no parece […] hipotéticamente infundado» (p. 521), idea que, igualmente, permite a GUZMÁN DALBORA concluir entendiendo que «se puede cerrar suponiendo un origen más bien civil que penal del aforismo» (p. 522).

también en Alemania[12]. Cuando se habla de «insignificancia» se está queriendo aludir a aquellos casos en los que una conducta aparentemente (o desde el prisma formal) resulta encuadrable en la descripción legal del tipo, pero sin embargo el ataque al bien jurídico tutelado por el delito aparece como insignificante, nimio o insuficientemente relevante[13]. De este modo el principio de insignificancia o bagatela nos señala que las afectaciones insignificantes de bienes jurídicos no constituyen una ofensa relevante a los fines que se persiguen con el tipo penal. Se trata de una lógica consecuencia de la asunción del principio de *ultima ratio* del sistema penal, en función del cual se exige una adecuada relación de proporcionalidad entre lo que se lesiona o se pone en peligro y lo que se termina puniendo. De este modo, en palabras de ZAFFARONI «no es racional que arrancar un cabello sea una lesión, apoderarse de una cerilla ajena para encender el cigarrillo sea un hurto, llevar un pasajero hasta la parada siguiente a cien metros sea una privación de libertad, la propina al cartero constituya una dádiva, eludir a una persona sea una injuria, etc.»[14]. La irracionalidad aparente que supone sancionar este tipo de comportamientos bajo el manto del Derecho penal nos hace concluir, ya apriorísticamente, que en todos los injustos en los que el interés jurídico admita lesiones o peligros graduables será posible encontrar acciones insignificantes.

El interés por reducir el empleo del instrumento punitivo en la actualidad puede observarse entre un amplio sector de la doctrina y también del conjunto de los operadores de la Justicia; ello es de todo punto comprensible cuando caemos en la cuenta del estado de hiperinflación que sufre el actual Código Penal, que en los últimos años ha optado generalmente por agrandar y agravar su contenido, bien mediante la configuración de nuevos tipos penales o bien mediante la reformulación de los ya existentes en un sentido amplificador. Conviene, pues, poner puertas al campo penal, desde distintos puntos de observación político-criminal, pero también desde la óptica de una correcta interpretación de los tipos penales, en ocasiones redactados de forma muy amplia a pesar del imperante mandato de taxatividad y de determinación o certeza que demanda el férreo principio de legalidad penal. La actual amplia configuración de ciertos (demasiados) tipos penales exige, pues, una necesidad de acotar su interpretación de forma correcta si no se pretenden soslayar los requerimientos de certeza jurídica, de seguridad, e incluso de economía procesal y pública. En este sentido, tal y como ha demandado GUZMÁN DALBORA siguiendo a PALIERO, la dilatación del campo del Derecho penal comporta en numerosas ocasiones la criminalización *en abstracto* de ciertos comportamientos de mínima relevancia o bagatela, lo que, además de una crítica dogmática (que es esencialmente la que seguiremos en las líneas siguientes) puede también acarrear una crítica economicista, al conllevar dicha situación un consiguiente crecimiento de las causas penales, retardos en la administración de justicia y, en definitiva, «faltas a la economía procesal [...] por los costos elevadísimos que requiere -tanto en su fase de aplicación como en la de su ejecución- la pena criminal»[15].

---

[12] FLÁVIO GOMES, «Infracciones de bagatela y principio de insignificancia», en BUENO ARÚS *et. al.* (dirs.), *LH Alfonso Serrano Gómez*, 2006, p. 755. Sobre el origen del principio, amén de lo expuesto en la nota anterior, *vid.* también p. 756, n. 5: como señala FLÁVIO GOMES, «aunque, sin duda, el origen histórico de la teoría de la insignificancia es muy controvertido, hay que señalar, no obstante, el hecho de que el pensamiento penal viene insistiendo (desde hace tiempo) en su recuperación (como mínimo desde el siglo XIX). Son numerosos los autores que desde entonces vienen invocándola y pidiendo su restablecimiento».

[13] LUZÓN PEÑA, «Causas de atipicidad y causas de justificación», en LUZÓN PEÑA/MIR PUIG (coords.), *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal*, 1995, p. 22.

[14] ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2005, p. 372.

[15] GUZMÁN DALBORA, *RDPC,* (5), 1995, p. 496.

Lo que parece cierto es que en ese proceso de amplificación del instrumento penal en el que hoy se castigan como delitos graves ciertos hechos «que en tiempos antiguos se miraban como dignos de risa y de mofa»[16], hay que hacer aterrizar la idea de que, en tanto en muchas de las cosas de este mundo siempre exista un mínimo que ha de pasarse por alto, los sectores de conocimiento que se ocupan del estudio, interpretación y en su caso aplicación de esas cosas (véase el Derecho penal con las conductas que lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos más importantes y frente a los ataques más intolerables) han de establecer límites sobre qué debe quedar bajo su cobertura y aquello otro que, por el contrario, no debe integrar su ámbito de operatividad[17].

Tal conjunto de razones hace que el principio de insignificancia se presente hoy como un instrumento revitalizado o de renovado interés para el jurista.

3.2. La *vexata quaestio:* naturaleza jurídica y fundamento de la insignificancia

Si continuamos con alguno de los ejemplos expuestos por ZAFFARONI para ilustrar el contenido de la insignificancia en Derecho penal, observaremos que el autor habla de la *irracionalidad* de sancionar conductas de bagatela como las expuestas (véase: sancionar el arrancar un pelo como una forma de lesión, o el apoderarse de una cerilla de otra persona sin su consentimiento para encender un cigarrillo como forma de hurto). Efectivamente la sanción penal de dichas conductas deviene del todo *irracional,* porque *no hay razón* que justifique la imposición de la pena. O en otros términos: acontece que la sanción penal es, se mire desde la óptica que se mire, inverosímil o disparatada. No obstante, debemos preguntarnos acerca del fundamento concreto en el que descansa en estos casos la *falta de razón* para la aplicación de una sanción penal.

Por un lado, podemos plantearnos si ante un comportamiento insignificante como los expuestos a modo de ejemplo la pena resulta *merecida*. A nuestro modo de ver, como ya expusimos en algún trabajo anterior de nuestra firma[18], la pena es merecida desde que se afirma que el hecho es típico, antijurídico y personalmente atribuible a su autor, pues es este un juicio de desvalor que incide sobre el *hecho* (en ocasiones sobre lo típico o antijurídico del hecho, y en otros casos sobre lo personalmente imputable del mismo). Cuando se afirma la existencia de un delito la pena es ya, por tanto, merecida.

Diferente cuestión es la de si, ante estos supuestos de insignificancia o bagatela, la pena es *necesaria*. La necesidad de imposición de la pena es una cuestión distinta de la que atañe a su merecimiento: la sanción penal, una vez ya es merecida, puede ser o no necesaria, según su conveniencia o inconveniencia en atención a múltiples criterios de carácter eminentemente político-criminales, aunque no sólo estos. Es por ello que, a nuestro juicio, la necesidad de pena es una cuestión que atañe principalmente a la *punibilidad* como categoría en Derecho penal[19], y requiere valorar, entre otros factores, si con la ejecución de un determinado comportamiento se han cumplido (y en qué medida) los fines de la pena (prevención general/especial), o si existen

[16] ROMAGNOSI, *Programa de Derecho Criminal. Parte Especial*, v. IV, 1987, p. 419.

[17] GUZMÁN DALBORA, *RDPC,* (5), 1995, p. 506.

[18] BUSTOS RUBIO, «Más allá del injusto culpable: los presupuestos de la punibilidad», *Estudios Penales y Criminológicos,* (35), 2015, p. 203.

[19] BUSTOS RUBIO, *Estudios Penales y Criminológicos,* (35), 2015, p. 204.

medios menos lesivos para el castigo, o si la pena es, en definitiva, útil o idónea para hacer frente al delito en el caso particular que acontezca[20].

Desde este prisma, si afirmamos que la pena es merecida es porque se podrán constatar con suficiencia las exigencias de tipicidad, antijuridicidad y atribución de la responsabilidad penal al autor del hecho. Si esto es así, la pena podrá ser después considerada o no como necesaria, pero ya en atención a criterios político-criminales que van más allá del injusto culpable. Imbricando esta idea con la de *insignificancia,* resultará que si con tal principio se logra anular la tipicidad o la antijuridicidad del hecho, la pena no se aplicará por no resultar merecida; caso contrario, si a pesar de concurrir un comportamiento que pueda tildarse de «insignificante» quedan afirmadas las categorías de tipicidad y de antijuridicidad, solo restará indagar la posibilidad de que la pena no se aplique en atención a valoraciones de índole estrictamente político-criminal (al nivel de la punibilidad), por considerarse innecesaria en el caso concreto.

Para algunos autores la insignificancia en Derecho penal constituye una auténtica causa de exclusión de la tipicidad, una circunstancia de atipicidad inserta en dicho nivel de análisis dentro de la actual teoría jurídica del delito[21]. Así, verbigracia (en adelante: *v. gr.*) FLÁVIO GOMES afirma que «la consecuencia natural de la aplicación del criterio de insignificancia [...] consiste en la exclusión de la responsabilidad penal de los hechos ofensivos de poca importancia o de ínfima lesividad. Son hechos materialmente atípicos (queda excluida la tipicidad material). Por la lesión o por la conducta insignificante, el hecho es formalmente típico, pero no lo es materialmente. Comoquiera que la tipicidad penal consiste en la tipicidad objetiva o formal más la tipicidad normativa o material, no queda ninguna duda de que, en virtud del principio de insignificancia, el hecho nimio o de ínfimo valor es atípico»[22]. De igual opinión parece ZAFFARONI, cuando afirma que «la lesión insignificante no es típica»[23].

Empero, dentro del pensamiento de FLÁVIO GOMES es posible distinguir dos tipos de insignificancia: por un lado, la que el autor denomina *bagatela propia,* que es aquella en la que el hecho nace ya sin relevancia penal, por ausencia del desvalor de acción (conducta no peligrosa o sin idoneidad lesiva para el bien jurídico protegido) o por ausencia del desvalor de resultado (al no tratarse de un ataque lo suficientemente grave para dicho bien jurídico); y, por otro lado, la *bagatela impropia,* en la que la conducta sí nace con relevancia jurídico-penal (esto es: se constata

---

[20] A pesar de ser esta la concepción de la que partimos cuando abordamos el debate sobre la relación entre los conceptos de *merecimiento* y de *necesidad* de pena, debe dejarse apuntada la existencia de otras posiciones diferentes en la doctrina, especialmente la de aquellos sectores que vinculan también la *necesidad* de pena a criterios relacionados con el tipo de injusto y no solo con la punibilidad. En este sentido puede verse el amplio estudio que al respecto realiza GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el Derecho Penal*, 1997, pp. 50 ss., a través de los pronunciamientos en las doctrinas alemana, italiana y española, señalando que «el recurso masivo a estos elementos contrasta, sin embargo, con los problemas que se plantean a la hora de definirlos, de establecer la relación entre ambos, así como de fijar su posición y valor dentro de la teoría jurídica del delito». Con todo, como señala el autor con apoyo en los trabajos de BLOY, JESCHECK o HILLENKAMP (entre otros), para un sector amplio de la doctrina «mientras el merecimiento de pena recoge todos los aspectos del desvalor del delito y, por tanto, encierra un juicio global de desvalor (aspecto valorativo), la necesidad de pena acoge todas las circunstancias en virtud de las cuales se formula un juicio de utilidad o conveniencia (aspecto teleológico)».

[21] Como ya se expuso *supra,* fue Welzel quien, tras la II Guerra Mundial, advirtió por vez primera sobre el criterio de la insignificancia y su relevancia en el sistema penal, si bien lo hizo imbricándolo con el criterio de la *adecuación social* (sobre el origen histórico del criterio, *vid.* ampliamente, FLÁVIO GOMES, en BUENO ARÚS *et. al.* (dirs.), *LH Alfonso Serrano Gómez*, 2006, p. 754).

[22] FLÁVIO GOMES, en BUENO ARÚS *et. al.* (dirs.), *LH Alfonso Serrano Gómez,* 2006, p. 757.

[23] ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2005, p. 372.

el desvalor de acción y de resultado), pero después se comprueba que para el caso concreto la pena resulta de todo punto innecesaria, dada la irrelevancia del hecho. En la primera, la bagatela propia, es donde despliega todo su sentido, a juicio del autor, el *principio de insignificancia,* que vendría a excluir directamente, como se ha dicho, la tipicidad material del hecho. Por su parte, en la segunda, la bagatela impropia, aquel principio ya ha quedado rechazado y entraría en juego el *principio de irrelevancia penal del hecho,* o del perdón judicial, cuando se afirma que, a pesar de existir tipicidad no hay necesidad de aplicar una sanción penal (desde una óptica procesal de oportunidad)[24].

Para este sector, por tanto, la virtualidad del *principio de insignificancia* se despliega solamente en aquellas infracciones de bagatela denominadas «propias», que son aquellas en las que el desvalor de acción o de resultado son nimios respecto del bien jurídico protegido por la norma. De este modo, resultaría que el criterio de insignificancia dejaría de ser ya un mero *principio* y pasaría a conceptualizarse como una verdadera categoría dentro de la topografía del delito, al nivel de la tipicidad, deviniendo justamente como causa o regla de atipicidad en sentido estricto[25]. Todo lo que exceda de ese análisis sobre el propio desvalor de la conducta se apoyaría en un principio diferente, el de irrelevancia penal del hecho (o innecesariedad de la pena), atinente a otros estadios de análisis, esencialmente el de la punibilidad o la teoría de la pena (por ejemplo: causas de no procedibilidad o, en general, causas de exclusión de pena)[26]. O, nuevamente en palabras de FLÁVIO GOMES, «la infracción de bagatela propia excluye la tipicidad material, luego no hay delito; la infracción de bagatela impropia tan sólo convierte en innecesaria la sanción penal en cada caso concreto (es decir, está vinculada a la teoría de la pena)»[27].

También MIR PUIG (para el caso de las coacciones de bagatela en el tráfico vial: piénsese, por ejemplo, en el sujeto que impide a otros adelantar mediante el procedimiento de situarse en el carril izquierdo impidiendo tal maniobra) ha concebido que en estos supuestos la mejor solución es considerar que el comportamiento queda directamente excluido del delito por el principio de insignificancia, entendiendo que este principio se encuentra íntimamente conectado con el de *ultima ratio* del Derecho penal (algo en lo que estamos absolutamente de acuerdo, como trataremos de explicar unas líneas más adelante)[28]. Curiosamente este delito, el de coacciones,

---

[24] FLÁVIO GOMES, en BUENO ARÚS *et. al.* (dirs.), *LH Alfonso Serrano Gómez,* 2006, pp. 753 s. Con todo, en este estudio pareciera que el autor terminase por contradecirse al afirmar más adelante (p. 763) que también en la llamada *bagatela impropia* (donde ha de regir el principio de irrelevancia penal del hecho) tienen cabida supuestos de «ofensa no muy relevante del bien jurídico» o incluso, en sus propias palabras, «bien jurídico de relevancia no excesivamente importante», circunstancias que se sitúan junto a otras como las de «reparación del daño», «autor sin antecedentes», «culpabilidad no significativa», etc. Pensamos que en esta clasificación terminan por entremezclarse cuestiones que poco tienen que ver entre sí, amén de acabar por reconocerse que la ofensa nimia a bienes jurídicos puede tener cabida tanto en la llamada *bagatela propia* como en la denominada *bagatela impropia.*

[25] Como ha ilustrado GUZMÁN DALBORA, *RDPC,* (5), 1995, p. 534, «piénsese que en la misma Alemania, al socaire de estas incertidumbres, ¡hasta se ha llegado a hablar de una colocación ubicua de la insignificancia en el sistema de los elementos del delito!».

[26] FLÁVIO GOMES, en BUENO ARÚS *et. al.* (dirs.), *LH Alfonso Serrano Gómez,* 2006, p. 759.

[27] FLÁVIO GOMES, en BUENO ARÚS *et. al.* (dirs.), *LH Alfonso Serrano Gómez,* 2006, p. 762.

[28] MIR PUIG, «El delito de coacciones en el Código Penal», *ADPCP,* (30-2), 1977, pp. 300 s. Como puede leerse al autor, el principio de insignificancia se encuentra próximo al de *adecuación social*, si bien se diferencia de él en que «no presupone la total aceptación social de la conducta, sino que se aplica a hechos desaprobados, siquiera muy ligeramente, por la sociedad. Pero ambos principios se fundan en el mismo punto de partida: que no cabe pensar que la ley penal quiera contradecir e1 orden social. Del mismo modo que una acción socialmente aprobada

fue utilizado años antes que MIR PUIG por ROXIN, en 1964, para hablar, por vez primera, del principio de insignificancia en Alemania, en un momento de acentuada preocupación político-criminal en ese país. Según el jurista alemán, la extensión de este tipo penal permitía cobijar supuestos que pudieran llegar a desconocer la «realidad de la vida», sin que ante ellos fuese realmente necesaria la intervención del Derecho penal. Con todo, dado que la ley no siempre puede aislar descriptivamente un ámbito determinado de conductas con toda la precisión que sería deseable, abarcando el núcleo típico áreas de aplicación que debieran quedar fuera, y toda vez que el substrato del juzgamiento deviene múltiple al no determinar con suficiencia (de manera *agotadora*) los elementos que conforman la acción delictiva, el principio de insignificancia podría invocarse dogmáticamente como una forma de convertir en atípica dicha conducta[29].

Para algunos autores la discusión se zanjaría bajo un particular entendimiento del estadio de la tipicidad como una *tipicidad conglobante* en el que la insignificancia aparece como una especificación correctiva de la *tipicidad legal*, y por la que no se podría finalmente afirmar una *tipicidad penal.* Esta teoría debe atribuirse a ZAFFARONI, para quien desde tal perspectiva el tipo conglobante exige la lesión o el peligro para un bien jurídico tutelado por la norma, comprobándose que existe antinormatividad por la contradicción de la conducta con la norma, conglobando lo anterior con las restantes normas del sistema. Quedarían fuera de la tipicidad aquellas conductas que son alcanzadas por la tipicidad legal pero que el orden normativo no prohíbe «porque las ordena o fomenta o no las puede alcanzar, por exceder del poder represivo del Estado o por ser insignificante su lesividad». De esta forma una afectación insignificante del bien jurídico tendrá el efecto directo de excluir la tipicidad[30]. Esta concepción, empero, es una construcción particular sobre el esqueleto del delito (en concreto, del estado de la tipicidad) propuesto por ZAFFARONI, que no tiene por qué ser compartido en su conjunto, pero que, efectivamente, sirve para integrar el criterio de la insignificancia o bagatela en la teoría del delito, como una particular causa de atipicidad.

Para otro grupo de autores, sin embargo, la insignificancia no constituye una causa de atipicidad como categoría dogmática dentro de la teoría del delito, convergiendo más bien en un criterio interpretativo de carácter teleológico (orientado a la protección del bien jurídico protegido por la norma) que ha de ser observado por el juzgador en atención al caso concreto. Hemos de adelantar que esta es la interpretación que consideramos más adecuada, partiendo de la base, primeramente, de que no existe ningún reconocimiento normativo explícito en nuestro actual sistema penal que permita hablar de insignificancia como causa o regla de atipicidad, o, en su caso, como causa de justificación[31].

Como ya esbozamos en otro lugar[32], ante un estado de insignificancia la acción del sujeto encaja *formalmente* en la descripción legal y *materialmente* afecta al bien jurídico, por lo que puede afirmarse sin problema la concurrencia del tipo penal, entendido tanto desde la óptica del tipo

---

no puede resultar prohibida por el Derecho penal, una conducta no puede ser sometida a pena criminal cuando su reprobación social es tan leve que ello repela al sentido común». No obstante, sobre el desligamiento del criterio de la adecuación social y del principio de insignificancia ya nos hemos pronunciado *supra.*

[29] Cfr. GUZMÁN DALBORA, *RDPC,* (5), 1995, p. 523.

[30] Cfr. GUZMÁN DALBORA, *RDPC,* (5), 1995, p. 527, quien sistematiza, a nuestros efectos, el pensamiento de ZAFFARONI en relación con la insignificancia.

[31] Cfr. FLÁVIO GOMES, en BUENO ARÚS *et. al.* (dirs.), *LH Alfonso Serrano Gómez,* 2006, p. 754.

[32] BUSTOS RUBIO, *Delitos acumulativos,* 2017, pp. 32 ss.

estricto o *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad, como tipo amplio o *ratio essendi* de la antijuridicidad. En el primero de los casos existirá una acción típica y antijurídica (a salvo de que concurra alguna causa de justificación). En el segundo, se hablará de una acción típicamente antijurídica[33]. Rechazamos, pues, la afirmación de aquél otro grupo de juristas que ha considerado que ante comportamientos de bagatela directamente no existe injusto material: este existe, pues se constata la afectación al bien jurídico tutelado por la norma, por más que después se pueda *interpretar* que la misma es nimia o carente de valor especialmente significativo (así por ejemplo, quien sustrae una cerilla de la caja propiedad de un tercero sin su consentimiento está cometiendo un hurto desde el punto de vista formal pero también material, pues lesiona la pacífica posesión sobre la cosa por parte de su titular, más allá de que lo haga de manera trivial; e igualmente, quien arranca un cabello a otra persona está contraviniendo la norma que proscribe causar lesión a otro desde un punto de vista formal pero también material, pues lesiona su integridad física aún de manera intrascendente). En definitiva, existe un encuadre del comportamiento en la descripción típica (perspectiva formal) pero también un desvalor jurídico por lesionarse o ponerse en peligro un determinado bien tutelado por la norma (perspectiva material), a pesar de que el grado de desvalor resulte a todas luces insignificante.

Como ilustrativamente expone GUZMÁN DALBORA «también una ofensa insignificante al bien jurídico en cada caso tutelado, esto es, una afección nimia del objeto de la protección resulta, para los requerimientos del principio de ofensividad, satisfactoria. El principio de ofensividad sólo impone que se descarten de plano [...] aquellos actos típicos en que sea imposible columbrar alguna afectación del bien jurídico [...]; pero, bien miradas las cosas, no se le hace violencia con el llamado Derecho penal de bagatelas»[34]. Por ello, esta vez en palabras de LUZÓN PEÑA «el principio de insignificancia significa, pues, una restricción tácita de los tipos»[35]. Y, aunque venga conectado con la medida del desvalor en la antijuridicidad material, la determinación de lo atípico no debe quedar generalmente «entregada al arbitrio del juez, pues de lo contrario se comprometería el principio de legalidad»[36].

Para ROXIN la solución correcta ante este tipo de casos pasa por realizar «una interpretación restrictiva orientada hacia el bien jurídico protegido»; dicha interpretación, a juicio del autor, explicaría por qué «una parte de las acciones insignificantes son atípicas y a menudo están ya excluidas por el propio tenor legal» (causas de atipicidad) «pero en cambio otra parte, como *v. gr.* los hurtos de bagatela, encajan indudablemente en el tipo: la propiedad y la posesión también se ven ya vulnerados por el hurto de objetos insignificantes». Esta consideración hace a ROXIN afirmar que el criterio de la insignificancia «no constituye un "elemento" especial de exclusión del tipo» (y ni siquiera, asevera el autor, «esta teoría, tendencialmente correcta, hoy ya no puede reclamar una especial importancia dogmática»)[37]. Como más tarde explicaría GUZMÁN DALBORA analizando el pensamiento de ROXIN, «según este autor, la respuesta se encuentra en el propio ordenamiento jurídico, globalmente considerado, en el que está contenido un conjunto de

---

[33] LUZÓN PEÑA, en LUZÓN PEÑA/MIR PUIG (coords.), *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal*, 1995, p. 26.

[34] GUZMÁN DALBORA, *RDPC,* (5), 1995, p. 529.

[35] LUZÓN PEÑA, en LUZÓN PEÑA/MIR PUIG (coords.), *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal*, 1995, p. 28.

[36] GUZMÁN DALBORA, *RDPC,* (5), 1995, p. 524.

[37] ROXIN, *Derecho penal. Parte General*, t. I, 2003, p. 297.

principios cuya recíproca imbricación sirve para esclarecer el ámbito de lo prohibido»[38], por lo que pareciera constituir esta máxima más bien una técnica para la interpretación de los tipos penales, pero no una *regla* de atipicidad. Con todo, debe especificarse que en la concepción de ROXIN, como es sabido, la estructura de la teoría del delito se presenta orientada a la satisfacción de concretas funciones político-criminales, por lo que también la tipicidad y sus elementos han de estar considerados, desarrollados y sistematizados desde esa óptica. La necesidad actual de manejar el principio de insignificancia provendría, de este modo, de dicho *posterius* lógico de reconstrucción del sistema del delito político-criminalmente orientado por un principio que impide sancionar penalmente conductas inocuas, apoyado en la máxima *nullum crimen sine lege*[39].

GIMBERNAT ORDEIG ha señalado, con toda razón, que la interpretación teleológica es la que consigue sacar todo el fruto de la teoría del bien jurídico, y la consecuencia principal que se deriva de este criterio interpretativo es la de que «una conducta que cumpla el supuesto de hecho legal será atípica, a pesar de ello, si no lesiona el bien jurídico protegido por la ley»[40]. Sin adentrarnos aún en el problema sobre la sistematización del criterio de insignificancia como principio interpretativo, bien al nivel de la tipicidad o de la antijuridicidad, nótese que la anterior premisa es cierta: si no hay lesión del bien jurídico tutelado por la norma, no se cumplen las exigencias dimanantes del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, ofensividad o lesividad, al que se orienta nuestro actual sistema jurídico-penal. En tales casos no existe antijuridicidad material; así por ejemplo, no hay lesión al bien jurídico si se confecciona una firma falsa de un personaje famoso con el único objeto de guardarla en un álbum privado, pues dicha conducta no afectará jamás al bien jurídico identificado en la seguridad del tráfico fiduciario[41]. O, por seguir con algún ejemplo recientemente expuesto por el propio GIMBERNAT ORDEIG, «el Derecho penal está orientado a la protección de bienes jurídicos: así, por ejemplo, el homicidio protege el bien jurídico vida, el hurto, el bien jurídico propiedad, y la injuria y la calumnia, el bien jurídico honor. De tal manera ello es así que, aunque un comportamiento cumpla, formal y literalmente, la descripción de un tipo penal, no obstante no será punible, sobre la base de una elemental interpretación teleológica, si, en el caso concreto, no ha lesionado el bien jurídico que se quiere proteger con esa tipificación. Así, por ejemplo, y antes de su regulación expresa en el art. 282 bis LECrim, la jurisprudencia del TS, a pesar de que el agente encubierto, que se había introducido en una organización criminal, formalmente había realizado el tipo de tráfico de drogas del art. 368 CP, al comprar esas sustancias para obtener pruebas contra los traficantes, no obstante nunca se consideró que había cometido un hecho delictivo; porque esa compra no se realizó para lesionar el bien jurídico de la salud pública protegido por ese delito, sino precisamente para lo contrario: para retirar esas sustancias del mercado y combatir eficazmente a quienes se dedicaban a esa actividad delictiva. De la misma manera si, como sucede frecuentemente en los

---

[38] GUZMÁN DALBORA, *RDPC,* (5), 1995, p. 524. Como expone el autor analizando el pensamiento de ROXIN respecto del ejemplo del delito de coacciones: «las influencias coercitivas sin un tiempo determinado de duración y las consecuencias no dignas de mencionarse, no son socialmente dañinas en el sentido material. Por ejemplo, quien, para jugarle una mala pasada a otro, le mantiene cerrada la puerta en sus narices durante un instante, actúa de manera formalmente inadmisible. Pero aquí el perjuicio no es relevante; se debe negar una perturbación en la vida en común ordenada, y con ello se excluye una coacción punible».

[39] GUZMÁN DALBORA, *RDPC,* (5), 1995, pp. 524-525. El autor asevera que «una concreta consecuencia metodológica de este planteamiento consiste en que la interpretación de los diferentes tipos delictivos no tiene que asentarse exclusivamente en los elementos de los mismos, como, en cambio, frecuentemente se piensa; ni basta, asimismo, la consideración del bien jurídico respectivo para esclarecer siempre y en todo caso el ámbito de incriminación que corresponde a cada figura de delito conforme a su concreta determinación del principio de legalidad» (p. 525).

[40] GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal,* 2009, pp. 87 s.

[41] MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte General,* 11ª ed., 2022, p. 277.

despachos de abogados, un compañero o alguien del personal administrativo falsifica en un escrito la firma de un letrado con el consentimiento de éste, o, modernamente, y con el mismo consentimiento de su titular, procede a firmar digitalmente un documento, a pesar de que, formalmente, se ha cometido un delito de falsedad documental, el hecho será atípico, porque, al estar conforme el titular de la firma con que sea falsificada, o figure que ha sido él, y no otra persona, quien ha suscrito digitalmente el escrito, no se está lesionando el bien jurídico protegido por esos delitos que es la seguridad del tráfico jurídico»[42]. En tales casos, pues, sí se podrá hablar directamente bien de *atipicidad,* o bien de *justificación* del hecho (dependiendo de la concepción que se siga sobre las relaciones entre ambos estadios en el sistema del delito) por falta de toda lesión al bien jurídico tutelado. Pero nótese también que esto no es lo que acontece en supuestos de insignificancia, en los que la conducta, además de encajar *formalmente* en el supuesto de hecho normativo también afecta *materialmente* al bien jurídico tutelado, si bien ocurre que dicha afectación es mínima, nimia o, en definitiva, insignificante, como adujimos. Cuestión distinta será que, como entiende algún autor, en aquellos Ordenamientos en los que el principio de insignificancia no se ha consagrado expresamente (la inmensa mayoría y entre ellos el español), el problema sobre aquellos actos formalmente típicos que ofenden de manera irrelevante al bien jurídico en cada caso tutelado deba resolverse «de la misma manera a como la doctrina en general hoy enfrenta aquellos casos en que el acto típico resulta del todo inofensivo», es decir, acudiendo igualmente a una interpretación teleológica del precepto orientada al nivel de ofensa para el bien jurídico[43]. Este modo de proceder, que nos parece correcto, transita por la idea de una especie de interpretación analógica del comportamiento insignificante respecto de aquél que no lesiona en modo alguno ningún bien jurídico, con el que se termina por equiparar. Pero esto no deja de ser un proceder *interpretativo.*

El criterio de la insignificancia no es susceptible de *anular*, desde el punto de vista dogmático, ni el tipo ni la antijuridicidad. En el primero de los casos, porque la conducta encaja en la descripción legal (taxativamente entendida), tanto objetiva como subjetivamente. En el segundo de los supuestos, porque el comportamiento del sujeto es ilícito tanto desde el punto de vista formal (existe contradicción del hecho con el Derecho) como material (existe afectación al bien jurídico tutelado, por más que esta pueda resultar insignificante). La insignificancia, por ello, no puede converger en una categoría dogmática en el seno de la teoría jurídica del delito porque no puede negar la tipicidad o la antijuridicidad del hecho cuando éstos han sido ya afirmados por la propia Ley. Es esta, la Ley, la que ha configurado (equivocadamente o no) un tipo penal que en su totalidad describe la conducta, por mucho que esta pueda resultar efectivamente insignificante o irrelevante cara a la afectación del bien jurídico que con la misma se produce. Ante este tipo de conductas, y nuevamente en palabras de LUZÓN PEÑA, «sólo cabe solicitar su supresión *de lege ferenda*, pero la labor dogmática no puede anular una decisión clara del

---

[42] GIMBERNAT ORDEIG, «Contra la nueva regulación de los delitos sexuales», *Diario del Derecho,* 29/09/2022 (recuperado de: https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1226353; fecha de última consulta: 04/01/2023).

[43] GUZMÁN DALBORA, *RDPC,* (5), 1995, p. 532. Como asevera el autor, parafraseando a MAURACH, «así como tradicionalmente se han protegido muchos bienes jurídicos solo contra ciertas formas de ataque, debería ser natural que respecto a bienes jurídicos que son básicamente merecedores de protección, la actuación del Derecho penal comenzara sólo a partir de una determinada intensidad del daño a ese bien [...]. Dentro de la actividad de aplicación debería recurrirse a la interpretación restrictiva, en mucho mayor medida que hasta ahora, con el propósito de lograr una restricción desde el punto de vista de la eliminación de infracciones de poca monta; esta es una legítima parte integrante de la interpretación teleológica».

legislador»[44]. O como ha manifestado la jurisprudencia «reducir la intervención del Derecho penal, como última "ratio", al mínimo indispensable para el control social, es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es el juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del Derecho penal»[45].

Incluso autores que se han mostrado partidarios de concebir el criterio de la insignificancia directamente como una causa de atipicidad reconocen el problema anterior. Así MIR PUIG afirma expresamente: «ya sé que la letra de la ley no prevé el límite propuesto»; pero concibe, no obstante, que «una metodología que esté dispuesta a superar un estrecho positivismo normativista que caiga en el *literalismo,* debe concretar los límites de la ley en base a las necesidades de la realidad a que alcanza». Para el caso de coacciones nimias el autor termina sosteniendo que tal realidad impone «la necesidad de limitar el ámbito de lo punible excluyendo los hechos de mínima entidad social»[46]. Parece obvio que es imposible negar que ante este tipo de comportamientos de bagatela se cumple con el tipo penal y con el desvalor formal y material que se dimana de la norma, así como que la ley no prevé tal situación como regla de atipicidad. No creemos que se trate tanto de una cuestión de *literalismo* como de asunción del principio de tipicidad, dimanante de uno de los fundamentos nucleares del moderno Derecho penal: el de legalidad (apoyado, a su vez, en un espíritu eminentemente democrático, aunque no sólo en este[47]). No en vano es lo que postula el propio art. 4.3 CP cuando indica al juez o tribunal la obligación de dirigirse al Gobierno «exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, *cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo,* o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo» [cursivas añadidas].

Que el legislador se termine equivocando cuando confecciona de un modo u otro un determinado tipo penal, o el hecho de que sea imposible dar un cumplimiento fiel al mandato de taxatividad en algunos casos, generándose situaciones de supraninclusión o hiperinflación de los tipos penales de todo punto rechazables, no obsta a reconocer que con los elementos que dan forma al tipo de injusto en la actual teoría del delito este habrá de afirmarse, valorándose, eso sí, la posibilidad de ejercitar una interpretación restrictiva cuando un hecho resulte nimio o insignificante. Que ante este tipo de casos exista una patente *necesidad de limitar el ámbito de lo punible* (reproduciendo las palabras de MIR PUIG) excluyendo de dicha punición los comportamientos de mínima entidad es algo en lo que estamos completamente de acuerdo. Pero ello no puede hacerse considerando que un principio, el de *insignificancia*, ha de convertirse en una concreta causa de atipicidad o de desplazamiento de lo antijurídico del hecho, a modo de

---

[44] LUZÓN PEÑA, en LUZÓN PEÑA/MIR PUIG (coords.), *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal*, 1995, p. 28.

[45] *Vid.* por todas: STS 4010/2021, Militar, de 4 de noviembre (ECLI:ES:TS:2021:4010).

[46] MIR PUIG, *ADPCP,* (30-2), 1977, p. 301.

[47] Ampliamente, *vid.* GÓMEZ PAVÓN/BUSTOS RUBIO, «Principio de legalidad y criterio gramatical como límite a la interpretación de la norma penal», *Revista Penal México,* (6), 2014, pp. 179 ss. En cualquier caso, pensamos que no se trata tanto de seguir un criterio interpretativo literal, sino más bien gramatical en atención a dicho principio de tipicidad derivado del más amplio de *legalidad.*

reglas, sino más bien entendiendo que el mismo, como principio general que es, implica un exhorto al intérprete para que lleve a cabo un entendimiento orientado teleológicamente al bien jurídico protegido, en atención al concreto nivel de ofensa contra este.

Esta línea de pensamiento, creemos, no es ni contraria al espíritu que informa la norma ni tampoco deviene exageradamente positivista, alejando la labor dogmática de todo tipo de consideración político-criminalmente orientada. No estamos en modo alguno sugiriendo que la norma ha de aplicarse *siempre y en cualquier tipo de casos* en los términos de la *literalidad* en los que está descrita (sí en su *gramaticalidad,* como ya defendimos en anteriores trabajos[48], lo que constituye una directa exigencia del principio de legalidad en Derecho penal). No creemos que sirva a la seguridad jurídica la aplicación completamente mecánica y exegética de la ley penal, pues esto convertiría a aquella en todo lo contrario en numerosas ocasiones, deviniendo irracional y renunciando a preguntarnos el «para qué» de la norma, minimizándose hasta el límite la patente importancia que ha de ostentar la categoría del bien jurídico en el centro del sistema penal. Amén de que un excesivo positivismo como el que describimos pudiera conducir en algunos casos, como ocurre en los supuestos de bagatela o insignificancia, a concebir el delito como una mera infracción de deberes[49]. Lo que estamos rechazando es que el *principio de* insignificancia reúna las condiciones necesarias para alzarse como *regla de atipicidad* o, en su caso, de *justificación* en Derecho penal, entendiendo que el mismo, realmente, debe asentarse como *principio* inspirador del sistema del delito, con un carácter eminentemente interpretativo. En efecto: cuando hablamos de insignificancia estamos exigiendo más bien una labor interpretativa del tipo penal, o una restricción tácita del mismo. Se trata de un juicio de interpretación teleológica de la norma, partiendo de una orientación de esta a la tutela y protección de un determinado bien jurídico: una conducta que cumpla el supuesto de hecho legal podrá resultar finalmente no-sancionada si el bien jurídico ha sido objeto de un ataque que pueda calificarse de todo punto como *insignificante.* De este modo el criterio de la antijuridicidad material nos permite también modular el concreto desvalor del hecho que, aun existiendo, obligará al juez a realizar una interpretación congruente con el principio de insignificancia que conducirá finalmente a no aplicar la pena que corresponda. Como señalan MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN «este criterio de la antijuridicidad material puede servir también para una interpretación restrictiva de los tipos penales. Igualmente el concepto de antijuridicidad material sirve para graduar la gravedad de la misma [...] y para elaborar criterios como el de *insignificancia* [...] que restringen la aplicación del Derecho penal a los ataques verdaderamente graves a los bienes jurídicos más importantes»[50].

El criterio de la insignificancia no posee un sentido exclusivamente político-criminal (ni siquiera es su sentido principal, pues para acotar la intervención punitiva desde la óptica legislativa existen otros principios, como el de *ultima ratio,* con el que sin embargo se encuentra íntimamente imbricado y al que de inmediato nos referiremos). Como ha ilustrado GUZMÁN DALBORA «cualesquiera que fueren los innúmeros servicios que la idea de lo insignificante pueda prestar a los movimientos de reforma de las instituciones punitivas en trance *de lege ferenda,* su sede natural [...] es dogmática, esto es, interpretativa, lo que significa que hasta para aquella concepción que entiende la dogmática en un sentido dinámico, como comprensiva de la política criminal, el conjunto de ideas que encierra el mentado principio debiera corresponder y

[48] GÓMEZ PAVÓN/BUSTOS RUBIO, *RPM,* (6), 2014, pp. 179 ss.

[49] GUZMÁN DALBORA, *RDPC,* (5), 1995, p. 529.

[50] MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte General,* 11ª ed., 2022, p. 277.

obtenerse de la reconstrucción científica de ordenamientos punitivos dados, siquiera erigiéndose a partir del sustrato de principios generales que en cualquier caso deben informar al respectivo *ius positum*»[51].

Existen multitud de *técnicas de despenalización* propuestas para desinflar el contenido del Derecho penal allá donde deba hacerse. Así encontramos soluciones *extrapenales,* que provienen de un adecuado diseño y desarrollo de las políticas criminales de nuestro tiempo, y se dirigen a extraer del ámbito de lo punitivo cualquier conducta de bagatela, repensando la tutela de los casos de menor importancia por medio de otras ramas del Ordenamiento diferentes a la penal. Desgraciadamente no son las técnicas a las que nos tiene habituados el legislador de los últimos años. Pero también encontramos soluciones propiamente *penales,* de tipo procesal (*v. gr.*: el principio de oportunidad), o de tipo material (*v. gr.*: técnicas dogmáticas como las relativas a interpretaciones restrictivas apoyadas en la orientación teleológica de la norma)[52]. En este estudio nos interesan, como es obvio, estas últimas.

Desde nuestra asunción del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos (ofensividad, lesividad), entendemos que el Derecho penal tiene por función principal la tutela de los bienes jurídicos más importantes ante los ataques más intolerables. El Estado está llamado a intervenir punitivamente en aras de la salvaguarda y protección de los intereses jurídicos más importantes. Esta llamada al intervencionismo protector no comporta (ni ha de hacerlo) que el *ius puniendi* se ejercite de manera máxima, ante cualquier entidad de ataque, debiendo limitarse aquél a una intervención indispensable[53]. Es en esta máxima, y no en el propio principio de ofensividad[54] (con el que, como ya dijimos, cumple cualquier acción encuadrable materialmente en el tipo penal, por más que sea nimia), en donde debe encontrarse el auténtico fundamento del principio de insignificancia. Consideramos, no obstante, que cuando hablamos de insignificancia sólo hacemos referencia a una de las caras de la moneda que constituye esta *intervención mínima* del Derecho penal[55]: la *fragmentariedad* (o carácter fragmentario del Derecho penal) con exclusión de la denominada *subsidiariedad*[56].

El carácter subsidiario del Derecho penal implica que la intervención de este sector del Ordenamiento debe ser la última respecto del resto de ramas que lo constituyen; por tanto, allá donde otros instrumentos jurídicos menos lesivos resulten eficaces para proteger un determinado interés, deberán emplearse estos y no el Derecho penal[57]. Esta subsidiariedad no juega papel alguno cuando hablamos de insignificancia toda vez que el legislador ya ha decidido que una determinada conducta merece el calificativo de «delito» (es típica y antijurídica) y por tanto que el control social debe efectuarse por medio del Derecho penal. Cuando hablamos de

---

[51] GUZMÁN DALBORA, *RDPC,* (5), 1995, p. 511.

[52] GUZMÁN DALBORA, *RDPC,* (5), 1995, p. 511.

[53] OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Sobre el concepto del Derecho penal,* 1981, p. 358.

[54] GUZMÁN DALBORA, *RDPC,* (5), 1995, p. 535.

[55] Al respecto *vid.* MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General,* 10ª ed., 2015, pp. 128 s.

[56] Preferimos optar por esta denominación y no por aquella que otorga al Derecho penal un carácter «secundario» (se habla así de «secundariedad» del Derecho penal). Con toda razón GIMBERNAT ORDEIG ha señalado que al elegir este término «no se ha demostrado demasiado acierto para designar algo que es esencial al Derecho penal. Por "secundario" se entiende en el lenguaje corriente algo carente de importancia, irrelevante. Y el Derecho penal es todo menos eso [...]. Mucho más propio sería hablar de carácter de "última instancia" del Derecho penal»; *vid.* GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal,* 2009, pp. 24 s.

[57] OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Sobre el concepto del Derecho penal,* 1981, p. 359.

subsidiariedad hemos de comprender que el legislador posee un amplio margen de actuación en función de la política criminal que considera más oportuna desarrollar, pues como advierte ROXIN «el principio de subsidiariedad es más una directriz político-criminal que un mandato vinculante»[58]. Parece claro que las soluciones más comunes y lógicas ante el actual estado de expansión de los tipos penales demanda una reorientación de la política-criminal aplicada en los últimos tiempos, vía por la que transitan las principales demandas, también desde la doctrina, en pos de la descriminalización, la despenalización y la desjudicialización de ciertas conductas. Pero esta cuestión no deja de ser política, y de lo que en este momento se trata es de destacar qué posibilidades dogmáticas le restan al principio de insignificancia (sin apartar, por supuesto, la crítica desde un punto de vista *de lege ferenda*), que pretende una reconstrucción científica de ciertos tipos penales bajo el manto de los principios que inspiran el modelo actual[59].

El problema que nos ocupa surge, por tanto, cuando una vez se ha dado el paso hacia el Derecho penal se constata que la conducta típica produce una afectación sumamente vaga al bien jurídico protegido. En estos casos puede hablarse de insignificancia imbricada al carácter fragmentario del Derecho penal: el *ius puniendi* no debe ofrecer protección a los bienes jurídicos frente a cualquier tipo de ataque y en todo caso, sino exclusivamente contra las modalidades de ataque más graves[60]. Es precisamente esta característica de *fragmentariedad* la que, creemos, sustenta el principio de la insignificancia: el Derecho penal protege aquellos bienes más importantes para la convivencia social debiendo limitarse esta tutela a aquellas conductas que atacan de la manera más intensa a tales intereses, y excluyéndose aquellas otras formas de ataque que resulten mínimos o insignificantes[61].

Y aunque ambas, subsidiariedad y fragmentariedad, son orientaciones primordialmente dirigidas al legislador en su tarea de configuración de los tipos penales, pensamos que también el carácter fragmentario del Derecho penal conduce a negar que una acción resulte *penalmente relevante*, aunque sea formalmente incardinable en la descripción normativa y además contenga un cierto desvalor jurídico material, cuando en el supuesto particular dicho desvalor (que existe) sea mínimo o insignificante. La fragmentariedad penal exige también interpretar que la conducta típica se constituye exclusivamente por acciones *gravemente* antijurídicas, quedando fuera aquellos hechos que posean un cariz insignificante para el Derecho penal. El principio de insignificancia, como *criterio interpretativo* de auxilio exegético de la norma, juega su papel en aquellos supuestos en los que la conducta típica, en principio suficientemente grave, admite casos en los que el desvalor resulta verdaderamente vago, lo que puede ocurrir bien ante un mínimo desvalor objetivo de dicha conducta, bien ante un mínimo desvalor subjetivo de la acción[62]. Pero, en cualquier caso, subrayamos, no estamos ante una categoría dogmática autónoma, sino más bien ante un principio interpretativo teleológico del tipo penal (lo cual en ningún caso es baladí, pues de igual manera puede terminar por excluir la imposición de la sanción penal). Y, como afirma NAVARRO MASSIP «interpretar la norma en un determinado sentido no es contrario al principio de legalidad»[63]. En definitiva, nos encontramos ante un principio que

---

[58] ROXIN, *Derecho penal. Parte General*, t. I, 2003, p. 67.

[59] GUZMÁN DALBORA, *RDPC,* (5), 1995, p. 496.

[60] OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Sobre el concepto del Derecho penal*, 1981, p. 359.

[61] NAVARRO MASSIP, *Revista Aranzadi Doctrinal,* (8), 2011, p. 54.

[62] LUZÓN PEÑA, en LUZÓN PEÑA/MIR PUIG (coords.), *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal*, 1995, p. 28.

[63] NAVARRO MASSIP, *Revista Aranzadi Doctrinal,* (8), 2011, p. 54.

establece una interpretación restrictiva de los tipos penales en que haya necesidad de reconducción (dada la amplitud en la descripción de los elementos típicos), que se apoya directamente en la naturaleza fragmentaria del Derecho penal, para que finalmente se consideren incorporados al ámbito típico los comportamientos que realmente supongan una afectación suficiente al bien jurídico tutelado[64].

Concebimos, por fin, el criterio de la insignificancia como un *principio de carácter interpretativo-teleológico* en Derecho penal, pero, como aseveramos, no pensamos que esté en disposición de convertirse en una auténtica categoría dogmática de carácter autónomo ubicada en el seno de la teoría del delito, en su caso como *regla* de atipicidad (o de anulación de la antijuridicidad). Las categorías dogmáticas que se han incorporado al sistema del delito son tal porque sus condiciones de aplicación se encuentran bien definidas y cerradas, a pesar de que después puedan (y deban) ser interpretadas para poderles dar una aplicación correcta al caso que acontezca. Siguiendo la terminología propuesta por DWORKIN pueden considerarse auténticas *reglas.* Los *principios,* por su parte, tienen establecidas sus condiciones de aplicación de un modo abierto. Las reglas se aplican en la disyuntiva todo-o-nada (*v. gr.*: típico o atípico; lícito o antijurídico), aunque pueden resultar no-concluyentes en ocasiones, mientras que los principios se aplican en función de su dimensión de peso en la argumentación, y en atención a las particularidades del caso concreto, no con carácter general[65]. Esto es lo que ocurre cuando hablamos de insignificancia: en ocasiones (*algunos* casos) el tipo penal parece abarcar supuestos en los que el comportamiento es superfluo, ridículo o nimio, aun constatándose la existencia de una afectación real. Ante tales casos no puede hablarse de la existencia de una *regla de atipicidad* o de *justificación* de la conducta, pues tal regla no existe y nos deslizamos peligrosamente a la conculcación del principio de legalidad, como se dijo. Lo que encontramos es un principio que inspira todo el sistema penal, el de *insignificancia,* y que va a permitir al intérprete realizar un juicio de *interpretación* concreto, adaptado a dichas circunstancias particulares del caso. Una interpretación teleológicamente orientada, en definitiva, a la protección del bien jurídico. Pero, como decimos, en ningún caso devienen como *reglas* para decretar la atipicidad o la eliminación de lo ilícito o antijurídico del comportamiento. Estas últimas serán solamente las dispuestas en la norma (así, *v. gr.*, para declarar la atipicidad de la conducta habremos de recurrir a los elementos del tipo formulados en sentido negativo, al consentimiento en algunos tipos penales, etc.; o, para el caso de la antijuridicidad, se concebirá el comportamiento como lícito si concurren los elementos de las llamadas *causas de justificación*). El criterio de la insignificancia es, pues, un principio interpretativo de carácter teleológico y restrictivo. Ello no significa que no forme parte de la labor dogmática de sistematización y entendimiento, pero pensamos que no puede elevarse al rango de *categoría* como regla o causa de atipicidad o de justificación, dada su imprecisión y excesivo casuismo. Sobre la manera de acotar su contenido en perspectiva general, volveremos más abajo.

En definitiva, como también han hecho notar MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (si bien en relación con la adecuación social, con la que, como vimos, no se puede automáticamente equiparar la insignificancia), los comportamientos adecuados socialmente, y entendemos que también los insignificantes «no deberían ser generalmente típicos, es decir, penalmente relevantes». Sucede, empero, que pueden existir desfases entre lo que la ley penal prohíbe y lo que aparece como insignificante. Este desfase puede llevar a proponer su derogación del Código Penal «pero

[64] GUZMÁN DALBORA, *RDPC,* (5), 1995, p. 525.

[65] MORESO/VILAJOSANA, *Introducción a la teoría del derecho*, 2004, p. 90.

mientras esto último no suceda, no puede admitirse que la adecuación social [la insignificancia] sea una causa de exclusión de la tipicidad». Puede ser, eso sí, un «criterio que permita, en algunos casos, una interpretación restrictiva de los tipos penales que, redactados con excesiva amplitud, extienden en demasía el ámbito de prohibición. Pero esta es una consideración fáctica que no puede pretender validez general, dada su relatividad e inseguridad». Precisamente dadas esas connotaciones no puede convertirse en *regla* de atipicidad o de licitud, rechazándose el criterio como causa de exclusión de la tipicidad o la antijuridicidad, «aunque mantenga toda su vigencia como criterio de interpretación y crítica del Derecho penal vigente»[66].

Una última precisión importante la constituye también la concreta ubicación en el sistema del delito en la que el principio de insignificancia puede desplegar su operatividad. Constantemente se ha hablado en este trabajo de la tipicidad (sea como *ratio essendi* o *cognoscendi* de la antijuridicidad), empleando de modo generalizador la terminología utilizada por la inmensa mayoría de los autores que se han aproximado al estudio de la cuestión. No obstante, para otros autores resulta erróneo ubicar el principio entre la teoría del tipo y la tipicidad. Incluso entre los autores que admiten su incorporación a la teoría del delito con un entendimiento máximo del mismo dudan sobre su concreta ubicación en la estructura de este.

Desde nuestro entendimiento del sistema del delito, la tipicidad demuestra ser solamente un *indicio* de ilicitud o antijuridicidad penal de la conducta, por lo que nos alineamos con aquellos sectores que consideran que dicho escalón, el de la tipicidad, es solo *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad, estadio diferenciado de aquél primero y provisto de su propio fundamento. La tipicidad, a nuestro modo de ver, engloba la doble exigencia de que el comportamiento pueda calificarse como «típico» conforme a la redacción dada en la norma y también que exista un determinado bien jurídico que sustenta y da razón a la intervención punitiva (esto es: ha de comprobarse no solo que la conducta encaja en los límites de la descripción típica sino también que *existe* un bien jurídico-penal). De este modo el bien jurídico, junto a la conducta típica y los sujetos del delito, forma parte de la tipicidad objetiva del delito, como *valor* que la ley quiere proteger, siendo por tanto la clave que «permite descubrir la naturaleza del tipo, dándole sentido y fundamento»[67]. Empero, una vez se ha constatado que existe esa tipicidad objetiva por confluir un sujeto activo, un sujeto pasivo titular del bien jurídico, una conducta típica y un bien jurídico, la antijuridicidad, como categoría autónoma (aunque no completamente desligada) de la tipicidad, exigirá a su vez comprobar no solo la oposición formal entre el comportamiento y la norma (antijuridicidad formal) sino también la existencia de un cierto grado de ofensa (de lesión o de peligro) para el bien jurídico tutelado por aquella (antijuridicidad material), constituyendo ello la completa contrariedad con el Derecho. Es en este instante donde, pensamos, encuentra mejor acomodo el criterio de la insignificancia, pues es el momento en el que ha de valorarse el concreto desvalor, mayor o menor, del comportamiento en relación con el bien jurídico protegido, y en atención al caso particular que se nos presente. No en vano, recordemos, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN ya afirmaban que «este criterio de la antijuridicidad material puede servir también para una interpretación restrictiva de los tipos penales. Igualmente el concepto de antijuridicidad material sirve para graduar la gravedad de la misma [...] y para elaborar criterios como el de *insignificancia* [...] que restringen el ámbito de aplicación del Derecho penal a los ataques verdaderamente graves a los bienes jurídicos más importantes»[68].

---

[66] MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General,* 11ª ed., 2022, p. 235.

[67] MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General,* 11ª ed., 2022, p. 241.

[68] MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General,* 11ª ed., 2022, p. 277.

Si bien el principio de insignificancia encuentra *a primera vista* su terreno en la esfera de la tipicidad, ha de caerse en la cuenta de que no lo hace en todos los tipos penales, sino solo en aquellos en los que, por no encontrarse descrita la acción delictiva de un modo suficientemente exhaustivo o tratarse de una gramaticalidad demasiado amplia, se disuelve la función indiciaria de la antijuridicidad que cumple la categoría de la tipicidad (*ratio cognoscendi*) y obliga, en *ese caso particular y concreto* (porque no es una *regla* sino un *principio,* como dijimos) a una comprobación *positiva* de la antijuridicidad por parte del intérprete (antijuridicidad material)[69]. Por tal motivo pensamos que asiste toda la razón a autores como GUZMÁN DALBORA cuando afirma que «como fruto restrictivo de una interpretación teleológica del ámbito de lo prohibido en los tipos y allí donde resulte admisible, el principio de insignificancia se obtiene, en verdad, de la misma esencia de la relación de contradicción del acto típico con el Derecho, o sea, del contenido del juicio objetivo y valorativo que reconoce en dicho acto su carácter antijurídico»[70].

Sin poder considerarse directamente una *regla* de licitud o causa de justificación, siendo un *principio interpretativo* que afecta a la antijuridicidad material del hecho típico, desplazando la misma por comprobarse la existencia de un desvalor mínimo o insignificante, entonces será posible entender (en una especie de analogía *favor rei* con los casos en los que verdaderamente no hay ofensa material al bien jurídico), que tal comportamiento nimio o irrisorio no debe resultar penalmente ilícito. Y, cerrando la discusión abierta líneas atrás, si lo que finalmente decae, aún por vía interpretativa, es el carácter antijurídico del hecho, entonces puede concluirse que ante supuestos de insignificancia la pena no será *merecida.*

3.3. Valoración de la significación de la conducta típica: algunas notas generales

Encontramos, por supuesto, problemas de dificultad valorativa cuando se pretende imbricar el principio interpretativo de insignificancia o bagatela con el contenido del tipo penal y el supuesto de hecho que acontece en la práctica. Este, de hecho, es uno de los principales problemas para convertirlo en una verdadera categoría dogmática reglada, sistematizada y ubicada en alguno de los estadios de la teoría jurídica del delito, como vimos. Como *principio* que es, dependerá de múltiples circunstancias en atención al caso concreto, lo que no obsta para que, en unas breves líneas, podamos esbozar algunas características básicas.

El principal problema de este principio es el amplio margen de subjetividad que presenta tanto en su apreciación y determinación, como en su extremado cariz valorativo en el momento de su aplicación, pudiendo servir en ocasiones como auténtico «cajón de sastre»[71]. Como acertadamente ha detectado ZAFFARONI «se ha pretendido rechazar este principio con el argumento perverso de que no hay un límite claro entre la insignificancia y la significación de la lesión»[72]. En efecto, desde el punto de vista práctico resultará siempre muy discutido el hecho de encontrar un límite certero en el que establecer lo *significante* y separarlo de lo verdaderamente *insignificante,* cuestión interpretativa que atañe al juez, como vimos, y que dependerá de las concretas circunstancias del caso. Empero, siguiendo con el autor últimamente citado, debemos

---

[69] Esto, como bien alerta GUZMÁN DALBORA, *RDPC,* (5), 1995, p. 526, requiere desde el punto de vista dogmático un pronunciamiento previo sobre una cuestión sistemática de gran envergadura en la teoría jurídica del delito, cual es la de la relación entre los estadios de la *tipicidad* y de la *antijuridicidad.*

[70] GUZMÁN DALBORA, *RDPC,* (5), 1995, p. 537.

[71] NAVARRO MASSIP, *Revista Aranzadi Doctrinal,* (8), 2011, p. 55.

[72] ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2005, p. 373.

reconocer que siempre que se analiza un grado de valor o desvalor en Derecho «tendremos un espectro que va del blanco al negro, con infinitas gamas de gris en medio»; y «es absurdo pretender que, porque hay zonas grises, todo debe ser negro»[73].

El principal criterio valorativo a la hora de conectar el principio de insignificancia con el hecho típico ha de ser, pensamos, el del bien jurídico protegido en contraste con el comportamiento típico realizado, lo que se traduce en una mayor o menor afectación de aquel primero. Si la afectación al interés tutelado es racionalmente nimia, fútil o insustancial, el intérprete deberá excluir la aplicación del tipo penal al caso concreto, por ausencia de ilicitud. Esta idea, con todo, sigue siendo de mínimos, pues el problema persiste: ¿cuándo podrá sostenerse que la afectación al bien jurídico protegido es realmente *insignificante*?

Algún sector de la doctrina ha propuesto que para valorar la potencialidad de la insignificancia en el terreno penal debe atenderse a las circunstancias particulares del caso en un sentido amplio y omnicomprensivo, integrándose también las propias condiciones personales del afectado; así puede leerse el ejemplo de FLÁVIO GOMES: «el hurto de una botella de agua es, en principio, algo absolutamente insignificante. Pero no lo sería para alguien que se encontrase en el desierto del Sáhara. Luego, como se puede entender, la insignificancia o no de un hecho depende de la situación concreta»[74]. Incluso en algunas interpretaciones se deja atisbar una valoración sobre la significación o insignificancia del hecho que reposan en criterios que van más allá del análisis sobre el concreto desvalor de acción o de resultado del comportamiento, o del peligro para el bien jurídico protegido por la norma, acogiendo otros elementos atinentes, en su caso, a un *menor desvalor de la culpabilidad* del sujeto activo (véase: existencia o no de antecedentes por el mismo delito, conducta social, personalidad, motivación, consecuencias del hecho, etc.)[75]. No compartimos esta visión. Somos de la opinión de que deben excluirse en este proceso de valoración las condiciones particulares o personales del sujeto pasivo titular del bien jurídico afectado. Por lo general los bienes jurídicos no se distribuyen de manera igualitaria a lo largo y ancho de la sociedad, por lo que a priori pudiera pensarse que la insignificancia debe atender también a las condiciones personales del titular del bien jurídico, o al concreto nivel de disfrute de este por parte de aquel primero. Pero tal condición, pensamos, desatiende el verdadero juicio interpretativo, sostenido en una comprensión del desvalor del *hecho* (aquí sí, atendido el caso concreto) respecto del bien jurídico protegido (por la norma penal); pero no teniendo en cuenta un mayor o menor disfrute efectivo de ese bien jurídico por parte del sujeto pasivo, sino considerando el mismo como el que *reconoce* la norma conculcada, y a cuya protección se dirige. Empleando ahora el ejemplo de ZAFFARONI «el hurto de cien pesos a una anciana pensionada es una lesión más grave que el de cien dólares a un multimillonario, pero este último sigue siendo un hurto»[76]. Llevado al extremo la gravedad nos parecería igualmente mayor, por ejemplo, si comparamos el hecho de arrancar un cabello a una persona con grave alopecia *versus* llevar a

[73] ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal. Parte General,* 2005, p. 373. Como continúa el autor: «bastaría al ideólogo del derecho penal autoritario radicalizar las dudas sobre cualquier límite para llegar a los mismos resultados del derecho penal totalitario: se penarían todos los actos preparatorios, toda participación sería autoría, toda omisión sería punible, toda culpa consciente sería dolo, etcétera». En el mismo sentido puede leerse a FLÁVIO GOMES, en BUENO ARÚS *et. al.* (dirs.), *LH Alfonso Serrano Gómez,* 2006, p. 757: «la denominada *criminalidad de bagatela* no dispone de un perfil suficientemente preciso; pero ello no debe ser un impedimento, sino, al contrario, un estímulo para profundizar en el tema».

[74] FLÁVIO GOMES, en BUENO ARÚS *et. al.* (dirs.), *LH Alfonso Serrano Gómez,* 2006, p. 753.

[75] FLÁVIO GOMES, en BUENO ARÚS *et. al.* (dirs.), *LH Alfonso Serrano Gómez,* 2006, p. 755.

[76] ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2005, p. 373.

cabo idéntico comportamiento a una persona que posea una buena cabellera. O, por finalizar, también nos resultaría apriorísticamente más grave que el conductor de autobús se salte una parada (privación de libertad) para quien llega tarde a una entrevista de trabajo que para quien simplemente desea pasear por la ciudad en su día libre. Consideramos que las condiciones personales del sujeto pasivo podrán seguir siendo tenidas en cuenta, en su caso, a efectos de determinación de la pena en caso de que esta se llegue a aplicar, mas no como criterio para determinar la significación o insignificancia del hecho, que debe ceñirse a un ejercicio comparativo entre (a) el bien jurídico tutelado por la norma (con independencia de su nivel efectivo de disfrute), y (b) el acto concreto ejecutado *ex ante* (desvalor de acción) y su grado de afectación real, bien como forma de lesión o de peligro, frente a aquél bien jurídico (desvalor de resultado).

Para algunos autores el principio de insignificancia ha de tener como parámetro de referencia un criterio *cuantitativo* de escasa lesividad para el bien jurídico, valoración que debe efectuarse siempre desde una perspectiva *ex ante*[77]. Así, en opinión de NAVARRO MASSIP «desde la teoría del tipo podemos obtener una explicación dogmática» en supuestos de comportamientos insignificantes «que pasa por excluir el desvalor de acción». Para el autor «lo disvalioso o peligroso es algo ontológico que es atribuible a los comportamientos, independientemente del momento y del resultado que se produzca. Por tanto, hay que analizar el desvalor de la conducta desde una perspectiva ex ante. Si la conducta no parece ex ante capaz de producir el resultado típico no podrá atribuirse al autor»[78]. Esta interpretación le conduce, con todo sentido, a afirmar que la teoría de la imputación objetiva (más moderna) está en disposición de abarcar los supuestos que tradicionalmente se discutían bajo el manto del principio de insignificancia: los «criterios normativo-teleológicos de la teoría de la imputación objetiva del resultado (creación de un peligro jurídicamente desaprobado, realización del peligro en el resultado y fin de protección de la norma) pueden ser suficientes, por sí mismos, para excluir la relevancia penal de determinadas conductas, siendo la adecuación social y el principio de insignificancia criterios o manifestaciones de lo anterior, expresiones que se utilizan para determinar si la conducta supone la creación de un peligro jurídicamente desaprobado»[79].

Asiste toda razón al autor cuando afirma que si la conducta *ex ante* no es capaz de producir el resultado típico no podrá ser atribuida a su autor, así como en concebir que la creación de un riesgo permitido o no desaprobado no cumple con las exigencias de la teoría de la imputación objetiva en su formulación tradicional, pero pensamos que ese no es el debate en los supuestos de insignificancia, en los que, como dijimos, la conducta del sujeto encaja formal pero también materialmente en el injusto típico, tanto por existir un desvalor de acción como, en su caso, de resultado. El problema es que dicho desvalor, bien de acción bien de resultado, es mínimo, superfluo o nimio desde cualquier perspectiva interpretativa. Obviamente, si no existe ningún desvalor de acción el hecho no podrá ser penado; pero, insistimos, esto no es lo que ocurre en supuestos de insignificancia[80].

---

[77] NAVARRO MASSIP, *Revista Aranzadi Doctrinal,* (8), 2011, p. 55.

[78] NAVARRO MASSIP, *Revista Aranzadi Doctrinal,* (8), 2011, p. 59.

[79] NAVARRO MASSIP, *Revista Aranzadi Doctrinal,* (8), 2011, p. 60.

[80] Sobre la delimitación del criterio de insignificancia con la institución del riesgo permitido ya nos hemos pronunciado brevemente *supra.* A mayor abundamiento, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, en OLMEDO CARDENETE *et. al.* (dirs.), *LH Carlos Juan Manuel Daza Gómez,* 2021, p. 178.

Cuestión diferente es, como advierte GUZMÁN DALBORA, que desde el juicio material de antijuridicidad que se predica de un hecho que es irremediablemente típico, las ofensas irrelevantes sean entendidas como aquellos menoscabos que por su entidad pueden equipararse o parangonarse *cualitativamente* a la ausencia de toda lesión, según el concreto juicio interpretativo que arroje un desvalor nimio o insignificante, esto es, aquél supuesto en el que el desvalor del hecho, aun existiendo, sea de similar equiparación al de ausencia de cualquier tipo de desvalor[81]. Sería, como dijimos, una especie de interpretación análoga favorable al reo, entre el comportamiento de bagatela y el que realmente no posee ningún desvalor. Pero son cosas distintas, pues la ausencia de todo desvalor desplaza directamente la intervención del Derecho penal, mientras que en supuestos de insignificancia existe un cierto desvalor, aún de carácter mínimo o irrisorio, que se permite comparar y equiparar a lo que acontece en aquella primera situación, requiriendo ello siempre y en todo caso de un ejercicio de *interpretación* de la norma de carácter teleológico y restrictivo del tipo penal, como ya argumentamos *supra*.

De igual modo que han de excluirse análisis relativos a las circunstancias personales o particulares del titular del bien jurídico respecto de su nivel de disfrute de este último, tampoco deben considerarse a efectos de la *insignificancia* cuestiones relativas a criterios personales del sujeto activo del delito (tales como su mayor o menor culpabilidad, antecedentes, comportamientos postdelictivos de carácter positivo como la restitución o el resarcimiento de la cosa, etc.) que se han de valorar, en su caso, en otro estadio de la teoría del delito o de la pena[82]. Por último, como bien ha atisbado LUZÓN PEÑA «es especialmente fácil de aplicar el principio de insignificancia en aquellos tipos que distinguen una forma grave como delito y una leve como falta»[83]. Actualmente, sin embargo, al haberse destipificado las faltas de nuestro Código Penal, habrá que atender a la distinción entre delito grave, menos grave y leve, *ex* art. 13 CP. En cualquier caso, siguiendo la exégesis del autor habrá de considerarse que la acción *levísima* que formalmente encaje en el tipo penal y materialmente lesione (aunque sea de forma *levísima*) el bien jurídico habrá de resultar siempre insignificante a ojos del Derecho penal (*v. gr.*: algunas formas de coacciones o injurias, delitos de maltrato de obra levísimos, etc.). En todo caso, se trata siempre de una labor de interpretación casuística, pues el principio solo puede aplicarse desde el punto de vista que dicte la concreta naturaleza del elemento del delito del que se obtiene[84].

En la práctica de nuestros tribunales encontramos ejemplos muy limitados de aplicación del principio de insignificancia para no penar ciertas conductas típicas. Donde mayor número de ejemplos se pueden encontrar es en el ámbito del delito de tráfico de drogas[85]. Pero cuando el Tribunal Supremo otorga carta de naturaleza a dicho principio como criterio de interpretación judicial lo hace siempre con carácter restrictivo, vinculándolo, como dijimos, a la concreta lesividad del acto respecto del bien jurídico. Así verbigracia la STS 374/2011[86], considerando que tal principio puede operar en la práctica como *causa de atipicidad,* entendió que la misma podía provenir de dos orígenes: por un lado «cuando la acción enjuiciada no aparece descrita en el tipo penal», pero por otro también «cuando, aun apareciendo normalmente incluida en aquella

---

[81] GUZMÁN DALBORA, *RDPC,* (5), 1995, p. 536.

[82] *Vid.* FLÁVIO GOMES, en BUENO ARÚS *et. al.* (dirs.), *LH Alfonso Serrano Gómez,* 2006, p. 764.

[83] LUZÓN PEÑA, en LUZÓN PEÑA/MIR PUIG (coords.), *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal*, 1995, p. 29.

[84] GUZMÁN DALBORA, *RDPC,* (5), 1995, p. 538.

[85] Cfr.: NAVARRO MASSIP, *Revista Aranzadi Doctrinal,* (8), 2011, p. 55.

[86] STS 374/2011, Penal, de 10 de mayo (ECLI: ES:TS:2011:2862).

descripción, una motivada interpretación restrictiva de la norma en sintonía con el principio de mínima intervención la excluya por no quedar suficientemente afectado bien jurídico alguno, ya que en definitiva solo el ataque a este justificaría la descripción de la acción típica. En tal sentido se refiere la doctrina científica a causas de exclusión de la tipicidad»[87].

En definitiva, son pocas las notas generales o abstractas que se pueden desprender del criterio de la insignificancia, más allá de aquellas que (a) exigen un juicio interpretativo racional sobre el desvalor de acción (nivel de peligrosidad de la conducta) y el desvalor de resultado (grado de lesión o puesta en peligro del bien jurídico) que concluya que el hecho se sitúa en el ámbito de lo mínimo o insignificante, excluyéndose de ese juicio (b) las circunstancias personales del sujeto pasivo en lo relativo al concreto nivel de disfrute de dicho bien jurídico, así como las circunstancias particulares en la figura del sujeto activo. Al margen de lo anterior, la virtualidad práctica que deba tener el principio de insignificancia deberá provenir de un ejercicio interpretativo adaptado al caso concreto que se plantee. Por esta razón, en las líneas que siguen descendemos al plano de la delincuencia económica y seleccionamos tres ejemplos sobre los que realizar interpretaciones mejor enfocadas.

3.4. Recapitulación

En esta primera parte de la investigación se han consagrado una serie de ideas que a continuación se presentan a modo de resumen:

Primero: el criterio de la *insignificancia* postula que las afectaciones nimias o de bagatela de bienes jurídicos no constituyen una ofensa relevante a los fines que se persiguen con el tipo penal. Se trata de un principio que se desliza del más general de *ultima ratio* que informa el actual sistema penal, en función del cual se exige una adecuada relación de proporcionalidad entre lo que se lesiona o se pone en peligro y lo que se termina puniendo, y que tendrá virtualidad práctica en todos aquellos injustos en los que el interés jurídico admita lesiones o peligros graduables. Este criterio vuelve a aparecer con un interés renovado si se tiene en cuenta el actual estado de hiperinflación de los tipos penales.

Segundo: en cuanto a su naturaleza jurídica pueden destacarse dos grandes posturas (aunque en las páginas anteriores se han recogido algunas otras). Por un lado, algunos autores consideran que la insignificancia constituye una auténtica causa de exclusión de la tipicidad, una *regla de atipicidad* por falta de suficiente afectación material del bien jurídico. Para otro grupo de autores, no obstante, la insignificancia no constituye una causa de atipicidad como categoría dogmática dentro de la teoría del delito, convergiendo en un criterio interpretativo orientado teleológicamente a la protección del bien jurídico protegido por la norma, y que ha de ser observado por el juzgador en atención al caso concreto. Esta opción es la que hemos argumentado como la más acertada: no solo porque no existe hoy reconocimiento explícito de la insignificancia como causa de atipicidad en nuestro sistema penal, sino porque además ante un estado de insignificancia la acción del sujeto encaja *formalmente* en la descripción legal y *materialmente* afecta al bien jurídico, por lo que puede afirmarse apriorísticamente la concurrencia del tipo penal. En supuestos de insignificancia el delito existe, pues se constata la afectación al bien jurídico tutelado por la norma, por más que posteriormente se pueda *interpretar* que la misma es nimia o carente de valor especialmente significativo. El principio de

[87] STS 374/2011, Penal, de 10 de mayo (ECLI: ES:TS:2011:2862).

insignificancia deviene así como una herramienta interpretativa para la restricción tácita de los tipos penales, siendo una técnica más no una regla de atipicidad. Con el criterio de la insignificancia se exige al juzgador realizar una labor de carácter interpretativo del tipo, de carácter teleológica, y con una orientación dirigida a la correcta tutela de un determinado bien jurídico: una conducta que cumpla el supuesto de hecho legal podrá resultar finalmente no-sancionada si el bien jurídico ha sido objeto de un ataque que pueda calificarse de todo punto como *insignificante*. De este modo, como ya afirmamos *supra,* el principio de insignificancia, como *criterio interpretativo* de auxilio exegético de la norma, despliega su protagonismo sobre aquellos supuestos en los que la conducta típica admite casos en los que el desvalor resulta verdaderamente vago, lo que puede ocurrir bien ante un mínimo desvalor objetivo de dicha conducta, bien ante un mínimo desvalor subjetivo de la acción. Más no estamos ante una categoría dogmática autónoma, como causa de atipicidad. No es una *regla* de atipicidad. El criterio de la insignificancia es un principio interpretativo de carácter teleológico y restrictivo.

Tercero: en cuanto al fundamento, el principio de insignificancia se mueve en el seno del principio, más amplio, de *ultima ratio.* Dentro de este, la subsidiariedad no juega papel alguno cuando hablamos de insignificancia toda vez que el legislador ya ha decidido que una determinada conducta ha de resultar típica y antijurídica. Empero, sí juega un papel primordial la fragmentariedad: el Derecho penal protege aquellos bienes más importantes para la convivencia social debiendo limitarse esta tutela a aquellas conductas que atacan de la manera más intensa a tales intereses, y excluyéndose aquellas otras formas de ataque que resulten mínimas o insignificantes, tal como dicta el criterio de la insignificancia.

Cuarto: el criterio de la insignificancia encuentra mejor acomodo en el nivel de la antijuridicidad dentro de la teoría del delito. Como criterio interpretativo se debe valorar en el seno de la antijuridicidad material del hecho típico, desplazando la misma por comprobarse la existencia de un desvalor mínimo o insignificante. De este modo se hace posible considerar, en una especie de analogía *favor rei* con los casos en los que verdaderamente no hay ofensa material al bien jurídico, que tal comportamiento irrisorio no debe resultar penalmente ilícito.

Y quinto: en cuanto a su contenido, como *principio interpretativo* que es, su aplicación se hará depender de múltiples circunstancias en atención al caso concreto. Son pocas las notas generales que se pueden desprender del criterio de la insignificancia, sin desplegar el mismo sobre un tipo penal concreto y en atención a las particularidades del caso, si bien en las líneas anteriores se ha establecido que el mismo exige, en sentido positivo, un juicio interpretativo racional sobre el desvalor de acción (nivel de peligrosidad de la conducta) y el desvalor de resultado (grado de lesión o puesta en peligro del bien jurídico) que concluya que el hecho se sitúa en el ámbito de lo mínimo o insignificante, y sin tener en consideración, ya en sentido negativo, las circunstancias personales del sujeto pasivo en lo relativo al concreto nivel de disfrute de dicho bien jurídico, así como las circunstancias particulares en la figura del sujeto activo.

4. El criterio de la insignificancia en el Derecho penal económico

4.1. Virtualidad práctica del principio de insignificancia en el delito económico

Desde que en el año 1939 Edwin H. SUTHERLAND pronunciase su conferencia inaugural en la reunión de la *American Sociology Society* en la que acuñaría el concepto de *White collar crime,* o

delincuente de cuello blanco[88], la criminalidad económica ostenta un papel central dentro de los sistemas penales actuales. El Derecho penal económico no es una rama independiente, autónoma o desligada del Derecho penal, sino que se incardina dentro de su seno aún con ciertas particularidades que ante todo se dejan percibir en el terreno de la dogmática. Como ha expresado FEIJOO SÁNCHEZ «cada vez es más evidente que los esquemas clásicos de responsabilidad y de control de la legitimidad de los tipos penales ya no son suficientes para entender el Derecho penal del siglo XXI. Los nuevos delitos económicos son la mejor manifestación de este proceso y de las nuevas necesidades a las que tienen que atender doctrina y jurisprudencia para evitar disfuncionalidades tanto para el sistema jurídico como para el sistema económico»[89]. Piénsese que la teoría jurídica que se ha ido construyendo para ordenar, explicar y sistematizar los elementos definitorios del *delito* se confeccionó en sus orígenes sobre un Derecho penal aplicable a tipos tradicionales como el homicidio, las lesiones o el hurto, razón por la que, al detectarse que también hay conductas, cometidas por ciertos sectores y agentes sociales, ligadas a la socioeconomía del país que pueden lesionar intereses necesitados de protección penal, dicho sistema del delito ha tenido que ir adaptándose o perfilándose para poder resultar eficaz en el tratamiento de esta problemática. Para el caso que nos ocupa, y con vistas a desentrañar el papel que puede tener la *insignificancia* en la interpretación de los delitos económicos, resulta de interés comenzar señalando algunas de esas particularidades de las que hablamos.

En primer lugar, el primer elemento particular pasa por identificar que en Derecho penal económico nos encontramos ante una tutela de bienes jurídicos de carácter *colectivo,* no individual, que se traduce, en cada delito, en una protección de parcelas concretas del orden socioeconómico. Así, por ejemplo, la protección del sistema de crédito, del mercado de valores o de la función recaudatoria del Estado, alude a intereses colectivos cuya titularidad no puede reconducirse al ámbito particular de ningún sujeto concreto. De hecho, actualmente la doctrina (al menos en el caso de España y Alemania) considera que lo fundamental a la hora de definir y determinar qué es el Derecho penal económico no es tanto la causa o el espacio en el que estos delitos se manifiestan (por ejemplo, en el marco de la empresa o los negocios), sino que «lo característico del Derecho penal económico es que los delitos que lo integran tutelan un conjunto de bienes jurídicos supraindividuales, que representan, de un lado, las principales instituciones de nuestro modelo u orden económico (libre competencia, mercado bursátil, sistema crediticio, confianza en la información societaria, etc.) y, de otro, los mecanismos de intervención del Estado en la economía (Hacienda Pública, Seguridad Social, subvenciones públicas, regulación del comercio exterior, etc.)»[90]. Y a pesar de que la discusión sobre el la delimitación y alcance de

---

[88] El autor publicaría, con base en esa conferencia, un texto diez años más tarde en la editorial *Dryden Press* de Nueva York, sirviendo de base a las generaciones de criminólogos y juristas que posteriormente se interesarían por el fenómeno de la delincuencia económica. Cfr.: BUSTOS RUBIO/RODRÍGUEZ ALMIRÓN (dirs.), *El sistema socioeconómico desde el prisma del Derecho penal y la Criminología,* 2019, p. 21.

[89] FEIJOO SÁNCHEZ, «Los delitos económicos», en BACIGALUPO SAGGESE *et. al.* (coords.), *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo,* 2016, p. 956.

[90] NIETO MARTÍN, «Introducción al Derecho penal económico y de la empresa», en DE LA MATA BARRANCO *et. al.* (dirs.)*, Derecho penal económico y de la empresa,* 2018, p. 47. Como señala el autor: «no obstante, y pese a los esfuerzos doctrinales, no se han aislado con precisión los bienes jurídicos propios del Derecho penal económico y, por otro lado, resulta complicado en ocasiones trazar una línea de división clara entre lo patrimonial y lo supraindividual. Así, la utilización ilícita de una marca constituye tanto un comportamiento de competencia desleal (supraindividual) como una lesión del derecho de propiedad industrial o, por poner otro ejemplo más, los delitos de insolvencia tutelan tanto el derecho de crédito como sirven para asegurar un grado de confianza en el comportamiento ordenado de los deudores, que es necesario para que el crédito como institución exista. Prueba

los bienes jurídicos en Derecho penal económico es mucho más extensa[91], pensamos que el criterio expuesto constituye un buen punto de arranque para realizar en adelante una serie de consideraciones respecto de la integración del criterio de la insignificancia en el seno de este tipo de delincuencia.

Debe señalarse que, pese a las afirmaciones anteriores, de las que efectivamente partimos en esta investigación, existen otras interpretaciones doctrinales que en la actualidad se alejan del criterio del bien jurídico como elemento nuclear de distinción del Derecho penal económico respecto del resto del sistema penal, advirtiendo sobre lo difuso y poco efectivo que resulta por sí solo tal criterio (consideraciones que, además, como va a comprobarse de inmediato, sirven también a los efectos de limitar la aplicación de los delitos económicos). Así, en opinión de FEIJOO SÁNCHEZ la referencia al bien jurídico protegido resulta por sí misma tan insuficiente para explicar los caracteres generales de los delitos económicos como lo es en el resto del sistema penal, por lo que «una nítida separación entre delitos patrimoniales y económicos a partir de la idea de que éstos sólo protegen bienes jurídicos supraindividuales (estatales o colectivos) o sujetos pasivos colectivos (difusos) conduce a un concepto excesivamente restrictivo»[92]. El autor, en concreto, propone un cambio de enfoque rechazando que este tipo de criminalidad se caracterice por lo que protege y considerando que realmente la función del Derecho penal económico es la misma que la que corresponde al conjunto del Derecho penal si bien «estabiliza normas en ámbitos en los que los sujetos desempeñan un rol económico que determina su ámbito de libertad de actuación y sus deberes»[93]. Según esta línea de pensamiento la principal consecuencia sería que el sentido o relevancia típica de las conductas en Derecho penal económico dependerá siempre del concreto contexto jurídico-institucional en el que aquellas se desarrollen, caracterizándose los delitos económicos por las instituciones reguladas por normas fiscales, mercantiles o administrativas que delimitan el significado social de la conducta ejecutada, que serán las que doten de significado al comportamiento desde un orden extrapenal[94]. E igualmente, asevera el autor, en un sentido negativo habrán de considerarse excluidos del ámbito típico aquellos *riesgos permitidos* en esos sectores del Ordenamiento jurídico[95]. Empero, como también clarifica el autor, esta opinión no significa sin mayores matices

---

de la dificultad del deslinde es la solución salomónica que se plasma en la rúbrica del Título XIII del CP: "Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico"».

[91] La clasificación y diferenciación de los bienes jurídicos en el sistema penal económico es mucho más compleja que aquella que aboga por la mera distinción entre bienes particulares y bienes colectivos. Como explica MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General,* 6ª ed., 2022, pp. 165 ss., debe hacerse una distinción entre el bien jurídico inmediato (el que es objeto de protección por la norma) y el bien jurídico mediato (o *ratio legis* del precepto). Entiende el autor que es posible en Derecho penal económico encontrar tipos que, junto a los que protegen bienes supraindividuales, tutelen también bienes jurídicos individuales siempre que estos últimos tengan proyección mediata sobre algún aspecto o parcela del orden socioeconómico, y realiza una muy amplia configuración de los diferentes tipos penales existentes (clasificándolos en, entre otros, intereses colectivos generales institucionalizados individualizables y no individualizables, etc.). Ahondar en estas consideraciones superaría con creces el objetivo de este trabajo, aunque no deben perderse de vista como nuevo ejemplo de la complejidad de delimitación y alcance del denominado *Derecho penal económico.*

[92] FEIJOO SÁNCHEZ, en BACIGALUPO SAGGESE *et. al.* (coords.), *Estudios de Derecho Penal,* 2016, p. 959.

[93] FEIJOO SÁNCHEZ, en BACIGALUPO SAGGESE *et. al.* (coords.), *Estudios de Derecho Penal,* 2016, p. 968. El autor ya se había pronunciado antes en FEIJOO SÁNCHEZ, «Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial. Esbozo de una teoría general de los delitos económicos», *InDret,* (2), 2009, pp. 4 ss.

[94] FEIJOO SÁNCHEZ, en BACIGALUPO SAGGESE *et. al.* (coords.), *Estudios de Derecho Penal,* 2016, p. 969.

[95] FEIJOO SÁNCHEZ, en BACIGALUPO SAGGESE *et. al.* (coords.), *Estudios de Derecho Penal,* 2016, p. 970. El autor ejemplifica esta extremo acudiendo a la actual regulación de los delitos de bancarrota o quiebra empresarial, donde muchas conductas solo constituirán delito si carecen de justificación económica o empresarial, tal como

que el Derecho penal económico resulte accesorio al orden normativo primario, pudiendo hablarse en todo caso de una *accesoriedad asimétrica* en la que el sistema penal importa ciertas valoraciones básicas del sistema extrapenal (primario), con independencia de que aquellas puedan ser reformuladas para adaptarlas a las funciones que corresponde cumplir al Derecho penal[96]. Esta idea puede, en palabras de FEIJOO SÁNCHEZ «ayudar a la interpretación de la conducta típica si el orden primario establece distinciones que permitan excluir ciertas conductas como relevantes»[97].

La idea de accesoriedad apuntada ya fue puesta de manifiesto anteriormente por TIEDEMANN, uno de los primeros autores que se empleó en interpretar, explicar y delimitar el sistema penal-económico. El autor ya alertó que «la mayor parte del Derecho penal económico es *accesoria,* es decir, depende de regulaciones extrapenales [...]. Los mandatos y las prohibiciones se encuentran en normas de conducta extrapenales, separadas de las conminaciones penales»[98]. Se trata, en efecto, de delitos que están condicionados a cuál sea la concreta regulación que sobre sus conductas y prohibiciones realice la normativa extrapenal especializada. Pero ello, como afirma el autor, no impide seguir considerando que «en un sentido dogmático-penal se aprecia hoy en día la peculiaridad de los delitos económicos y del Derecho penal económico, principalmente, en la protección de *bienes jurídicos supraindividuales*»[99], por lo que el criterio del bien jurídico, tan relevante para dar cabida al principio de insignificancia, como se dijo, no puede dejar de ser tenido en cuenta para limitar teleológicamente la aplicación práctica de los delitos económicos.

En cualquier caso, pensamos que la concepción acabada de explicar no resulta incompatible con la propuesta, más tradicional en la doctrina, de indagar el concreto bien jurídico tutelado por la norma. Realmente nos encontramos ante un sector, el del Derecho penal económico, en el que nunca podrá perderse de vista la normativa extrapenal especializada, que aportará criterios muy válidos para configurar el propio alcance del tipo penal, pues efectivamente estamos ante un sector del Ordenamiento que resultará siempre accesorio al que configura la normativa extrapenal. No en vano, como prueba de esa interdependencia entre sectores, hoy es muy común encontrar delitos económicos plagados de elementos normativos o de remisiones mediante técnicas como la de la ley penal en blanco, en los que queda patente que el significado y alcance del tipo viene determinado, al menos en gran parte, por ese ámbito extrapenal. Con todo, como también advierte FEIJOO SÁNCHEZ, la idea de accesoriedad no implica una absoluta dependencia del sistema penal respecto de la normativa especializada, o que los delitos económicos deban considerarse siempre y en todo caso como leyes penales en blanco, sino que el sentido de las conductas (su alcance) dependerá del concreto contexto normativo que ofrezca ese orden primario. Se trataría, pues, de una accesoriedad con efectos interpretativos y acotadores sobre la norma penal, y no una mera remisión. Como ejemplo señala FEIJOO SÁNCHEZ el siguiente: «la

---

recoge el tipo penal. Sobre la institución y alcance del «riesgo permitido» en Derecho penal económico ya nos hemos pronunciado *supra* al comienzo de este trabajo, desligándolo del criterio de la «insignificancia», pues, como argumentamos, son cosas diferentes. Con todo, puede verse ampliamente en este sentido SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico,* 2022, *passim*.

[96] FEIJOO SÁNCHEZ, en BACIGALUPO SAGGESE *et. al*. (coords.), *Estudios de Derecho Penal,* 2016, p. 970. Sobre el concepto de accesoriedad en el sistema penal económico *vid.* también FEIJOO SÁNCHEZ, «Límites del tipo objetivo en los delitos económicos», en GÓMEZ-JARA DÍEZ (coord.), *Persuadir y razonar: estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín,* t. II, 2018, pp. 159 ss.

[97] FEIJOO SÁNCHEZ, en BACIGALUPO SAGGESE *et. al*. (coords.), *Estudios de Derecho Penal,* 2016, p. 975.

[98] TIEDEMANN, *Manual de Derecho penal económico. Parte General y Especial,* 2010, p. 35.

[99] TIEDEMANN, *Manual de Derecho penal económico. Parte General y Especial*, 2010, p. 58.

determinación de una conducta como un fraude típico depende del alcance de los deberes de veracidad o información que exista en un determinado ámbito económico»[100].

Como puede colegirse de tales consideraciones doctrinales se desprende que pueden existir otras vías para la restricción de los tipos penales económicos, que no transitan por el criterio de la *significación penal de la conducta* por el que aquí se está abogando. La idea de accesoriedad asimétrica apuntada constituiría un límite para los delitos económicos haciendo que dicho criterio tenga efectos excluyentes de la tipicidad, y dejando patente que resulta por sí misma insuficiente cualquier contradicción con el Ordenamiento jurídico-penal para afirmar la tipicidad de la conducta. En este sentido afirma FEIJOO SÁNCHEZ que «con carácter general sólo deberían ser relevantes para el Derecho penal las infracciones (mercantiles, tributarias, etc.) de especial gravedad que, además, sean coherentes con el fin o ámbito de protección del correspondiente tipo penal»[101]. Como reconoce el autor estas ideas entroncan con las tesis welzelianas sobre el riesgo permitido y la adecuación social como base de la teoría de la imputación objetiva y la normativización de los tipos penales, ideas que no son privativas del Derecho penal económico sino que despliegan sus efectos sobre el conjunto del sistema penal: «el tipo de injusto o tipo en sentido estricto, como concepto dogmático que engloba la suma de los elementos que configuran una concreta prohibición o un concreto mandato y que son objeto de referencia del deber específico, tiene una estructura dinámica que se va adaptando a la evolución de su entorno»[102].

Con todo, sobre estas instituciones ya hemos disertado (siquiera sea con carácter breve) al comienzo de este trabajo, en concreto diferenciándolas del principio de insignificancia, con el que efectivamente guardan íntima relación, sin ser idéntica cosa. No negamos, pues, que la tesis acabada de exponer, que aboga por una interpretación del delito económico en relación de *accesoriedad asimétrica* con la normativa extrapenal especializada, pueda estar en disposición de resolver en la práctica problemas de aplicación del tipo penal cuando aquella pudiera resultar exacerbada o desproporcionada: evidentemente para definir los límites del tipo penal económico será siempre necesario integrar de forma adecuada en el proceso interpretativo la normativa sectorial de la que traen causa los comportamientos. Por tanto esta propuesta de limitación de los delitos económicos, más allá del criterio del bien jurídico, puede ser perfectamente válida y sus consecuencias más que plausibles a tal objetivo (igual que puede acontecer con aquellas otras herramientas ya expuestas *supra* como son la adecuación social del comportamiento, los elementos de la imputación objetiva, o los supuestos de riesgo permitido, como se dijo). Empero, el objetivo central de esta investigación se dirige, exclusivamente, a indagar el papel que le resta al principio de insignificancia en la interpretación y aplicación de los injustos económicos. En esta contribución, por tanto, el objeto trabajo es mucho más limitado y acotado, tendente en concreto a indagar el espacio que le resta a un principio más tradicional como el de *insignificancia,* sin que se puedan rechazar de plano otras tesis que, como se ha expuesto, también pueden contribuir a limitar el marco aplicativo del Derecho penal económico.

Entendemos, con MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, que en Derecho penal económico se hace siempre preciso indagar y configurar el interés jurídico objeto de protección (con las dificultades que ello entraña) siendo a su vez necesario incorporar al ámbito de la interpretación la concreta

[100] FEIJOO SÁNCHEZ, en GÓMEZ-JARA DÍEZ (coord.), *LH José Manuel Maza Martín,* t. II, 2018, p. 160.

[101] FEIJOO SÁNCHEZ, en GÓMEZ-JARA DÍEZ (coord.), *LH José Manuel Maza Martín,* t. II, 2018, p. 162.

[102] FEIJOO SÁNCHEZ, en GÓMEZ-JARA DÍEZ (coord.), *LH José Manuel Maza Martín,* t. II, 2018, p. 163.

regulación de la materia objeto de prohibición penal. Por ello, aunque efectivamente el criterio del bien jurídico no sea determinante por sí solo para configurar la delincuencia económica, pensamos que sigue debiendo tenerse en cuenta como punto de partida (máxime a efectos de integrar el criterio de insignificancia, con el que está conectado, como herramienta de interpretación restrictiva del tipo penal). A tal criterio habrá de añadirse después, según el autor, el análisis sobre la estrategia político-criminal para su protección (valorable en términos de necesidad y eficacia) y la aplicación del principio de mínima intervención del que dimana la idea de fragmentariedad, a la hora de acotar los tipos penales económicos[103]. Como expresa el autor «el hecho de que exista un bien jurídico penal y una norma primaria de conducta no comporta automáticamente que sea necesario recurrir ya a la norma penal, dado que [...] el principio de fragmentariedad puede aconsejar restringir las modalidades de ataque al bien jurídico penal, seleccionando aquellas conductas que le afecten de manera más relevante y dejando las restantes para ser reguladas a través de otras medidas jurídicas»[104]. Y es justamente en este punto donde puede todavía tener virtualidad el tradicional principio de insignificancia.

En síntesis, y partiendo de las ideas de SILVA SÁNCHEZ, consideramos que, efectivamente, la legislación penal económica es siempre *accesoria* y no autónoma, pues tipifica conductas que ya están extensamente reguladas en sede extrapenal, accesoriedad justificada con base en consideraciones de unidad (o coherencia) del Ordenamiento, y subsidiariedad del Derecho penal, consistiendo en este sector la técnica legislativa en tomar como punto de arranque la regulación extrapenal especializada y tipificar como delito semejantes conductas con algún elemento adicional (de ahí que sean comunes, como dijimos, los elementos normativos y las normas penales en blanco)[105]. Y, como señala el autor, «cabe la posibilidad de que la conducta, pese a haber infringido la norma extrapenal de complemento, no pueda considerarse *ex ante* constitutiva de un comportamiento jurídico-penalmente desvalorado: ello puede suceder, por ejemplo, cuando se trate de una conducta socialmente adecuada, o insignificante o constitutiva de un riesgo penalmente permitido»[106], concluyendo que el procedimiento a través del cual pueden introducirse todas estas consideraciones en el tipo penal, contrarrestando la tendencia al excesivo formalismo en su aplicación, es a través de un proceso de *interpretación teleológica*[107]. Como puede fácilmente colegirse, SILVA SÁNCHEZ diferencia aquí tres posibles vías para limitar el tipo penal económico, que son por ello diferentes en cuanto a su contenido (y a las que ya nos hemos referido). En las líneas que siguen, por tanto, nos ceñiremos a evaluar exclusivamente el recurso al principio de insignificancia como elemento para la interpretación restrictiva de los delitos económicos.

Por tanto, desde nuestra concepción y por los motivos expuestos, los bienes supraindividuales, y hasta cierto punto difusos, característicos del Derecho penal económico (aunque por sí mismos no absolutamente delimitadores del mismo) son un factor esencial a tener en cuenta cuando se quiere manejar el *principio de insignificancia* como criterio interpretativo de la norma penal, pues la óptica comparativa entre el comportamiento ejecutado y el bien jurídico protegido es mucho

---

[103] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, 6ª ed., 2022, pp. 234 ss.

[104] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, 6ª ed., 2022, p. 235.

[105] SILVA SÁNCHEZ, «La legislación penal económica» en EL MISMO (dir.), *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa,* 2020, p. 48.

[106] SILVA SÁNCHEZ, en EL MISMO (dir.), *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa,* 2020, p. 53.

[107] SILVA SÁNCHEZ, en EL MISMO (dir.), *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa,* 2020, p. 54.

más dilatada de lo que acontece en un delito que tutela un interés puramente individual. Esta situación conlleva, a su vez, que algunos delitos económicos se configuren como delitos de peligro y no de lesión, adelantándose la barrera de intervención penal para una protección más eficaz de dichos intereses colectivos. En tal sentido en la delincuencia económica podremos encontrar delitos de peligro concreto y de peligro abstracto. Para los primeros la valoración sobre la *significación* del hecho implicará siempre un examen de la antijuridicidad constituida por un desvalor de la conducta en función de su peligrosidad (igual que acontece en los delitos de lesión) y en un estudio sobre el desvalor de resultado que ahora no se identificará con el grado de *lesión efectiva* del bien jurídico sino con el nivel de peligro para el mismo, pudiendo hablarse, en su caso, de un *peligro insignificante o nimio* en supuestos de bagatela. Para los segundos, no obstante, siguiendo a la doctrina mayoritaria solo será necesario analizar el concreto desvalor de acción, pues en estos tipos no es preciso acreditar que el comportamiento genere un *concreto* peligro a modo de resultado (por ello en tales casos el análisis sobre la posible insignificancia reclamará una exégesis circunscrita exclusivamente al comportamiento del sujeto y a su potencial *genérica* o *abstractamente peligroso*, una peligrosidad que, a pesar de ser abstracta, pensamos que deberá seguir siendo real y grave[108]). En palabras de MIR PUIG «en los delitos de peligro concreto el tipo requiere como resultado de la acción la *proximidad* de una *concreta* lesión (así, que la acción haya estado *a punto* de causar una lesión a un bien jurídico determinado), mientras que en los delitos de peligro abstracto no se exige tal *resultado* de proximidad de una lesión de un concreto bien jurídico, sino que basta la peligrosidad de la *conducta,* peligrosidad que se supone inherente a la acción salvo que se pruebe que en el caso concreto quedó excluida de antemano» pues, como continúa el autor, «deja de tener sentido castigar una conducta cuya relevancia penal proviene de la peligrosidad que se supone en ella, cuando tal peligrosidad aparece como inexistente desde el primer momento. Si la razón del castigo de todo delito de peligro (sea abstracto o concreto) es su peligrosidad, siempre deberá exigirse que no desaparezca en ellos todo peligro»[109]. Por lo que, como ya apuntamos *supra*, análogamente a tal situación deberá entenderse que también todo peligro mínimo, superfluo o insignificante que se desprenda de la conducta del sujeto en los injustos de peligro abstracto podrá conducir al intérprete a su no punición. Pero, insistimos, estos diferentes enfoques dependerán de que efectivamente el delito económico se haya configurado como delito de peligro (bien concreto, bien abstracto) y no de lesión, lo que habrá de analizarse caso por caso.

Pero también, en segundo lugar, nos encontramos ante unos delitos, los económicos, en los que se han seleccionado los comportamientos más graves que atentan contra un determinado bien jurídico de interés (en cumplimiento del mandato de mínima intervención que aún debiera

---

[108] Si bien debe apuntarse que un amplio sector doctrinal concibe que en los delitos de peligro abstracto la ley presume *iuris et de iure* la peligrosidad del comportamiento, por lo que se haría mucho más complejo implementar el criterio de la insignificancia en tales injustos cuando el comportamiento encaja formalmente en la descripción típica. Empero, somos de la opinión de que también en los delitos de peligro abstracto es posible analizar el desvalor del comportamiento (no así del resultado, no requerido), pues a pesar de que el tipo penal no exija que la conducta se traduzca en un *concreto peligro* para el bien jurídico, el riesgo, aún abstracto, deberá ser real y de cierta entidad (tal como se desprende de los principios de ofensividad y de *ultima ratio* que gobiernan el sistema penal). Si el peligro (en los delitos de peligro abstracto) directamente no existe, entonces no existirá ningún desvalor penal a pesar de enmarcarse la conducta en la descripción típica. Pero recordemos que este no es el problema en supuestos de insignificancia. En estos casos si el riesgo existe pero la conducta, a pesar de encajar formalmente en la tipicidad, resulta que puede tildarse como totalmente nimia, superflua o insignificante, entonces también procederá interpretar su no punición por las razones que venimos aduciendo en este trabajo. Sobre el asunto, puede verse ampiamente BUSTOS RUBIO, *Delitos acumulativos,* 2017, pp. 107 ss.

[109] MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General,* 10ª ed., 2015, p. 239.

gobernar el Derecho penal), dejando extramuros de la tipicidad penal otros comportamientos menos gravosos que afectan al mismo o similares intereses necesitados de protección, cuya regulación y en su caso sanción queda encomendada a otra rama del Ordenamiento jurídico diferente de la penal. En este sentido, como ya aventuramos al albur de la idea de *accesoriedad,* los delitos económicos van a completar la protección que se da a ciertos intereses en otros sectores del Ordenamiento, haciendo frente solo a las conductas más graves para el bien jurídico tutelado. Como ha señalado entre nosotros NIETO MARTÍN, «la mayoría de las infracciones que componen el Derecho penal económico tienen carácter accesorio. Con esta característica se quiere indicar que el tipo penal se construye a partir de normas jurídicas de carácter fiscal, mercantil o administrativo. Las conductas prohibidas o el bien jurídico no son configurados en su totalidad por el legislador penal, sino que en gran medida están ya determinadas por la normativa extrapenal. Esto no quiere decir que por supuesto el tipo penal, en virtud del carácter de *ultima ratio*, no deba añadir algún requisito ulterior que aumente el desvalor del resultado o de la conducta prohibida»[110].

Por tal razón es común, primero, encontrar comportamientos similares en otras ramas diferentes de la jurídico-penal, cuyos criterios de distinción con el delito pueden ser de carácter *cualitativo* o bien *cuantitativo,* al objeto de reservar la competencia penal sobre tales conductas a las que realmente sean tenidas por «más graves» contra el bien jurídico. Y, segundo, en muchas ocasiones es también importante no desligar el delito económico de la regulación especializada extrapenal sobre la materia, no ya porque en ocasiones el legislador recurra a la técnica de las leyes penales en blanco, sino también por encontrar en esta tipología de delitos numerosos elementos normativos que obligarán al intérprete, en virtud del principio de unidad y coherencia del sistema jurídico, a apoyarse en las definiciones legales que sobre tales elementos ofrece el sector del Ordenamiento jurídico que se encarga de su tratamiento (piénsese, *v. gr.*, en los elementos típicos «tributo» en el ámbito de la Hacienda Pública, o «cuota» en el caso de la Seguridad Social, que han de ser entendidos conforme señala y regula la legislación fiscal o de Seguridad Social). En general, el hecho de que las conductas que lesionan intereses económicos puedan encuadrarse en una norma penal o en una norma extrapenal de protección y sanción constituye a nuestro juicio un argumento adicional en favor del criterio de la insignificancia, pues si este principio entra en juego como fórmula interpretativa que finalmente descarta la respuesta penal, ello no implicará que la conducta ejecutada quede en todo caso sin respuesta jurídica, pudiendo derivarse a un tratamiento extrapenal de las mismas, conjugando un equilibrio de respuestas que resulta útil incluso en términos preventivos. Nuevamente en las palabras de NIETO MARTÍN «en figuras como el delito fiscal, pasando por los delitos contra los consumidores, mercado de valores, protección de los trabajadores, hasta los preceptos que protegen la competencia, la imagen es la misma: una suerte de progresión o línea continua que va desde las sanciones administrativas leves, pasando por las graves y muy graves, hasta desembocar en el tipo penal»[111].

En el marco descrito (o, al menos, tomando en consideración especialmente este último rasgo de Derecho penal económico expuesto) pensamos que el *principio de insignificancia* ostentará capacidad interpretativa especialmente en algunos tipos de delitos: aquellos en los que político-criminalmente no se haya procurado un diseño adecuado del tipo de injusto, dada la amplitud general en su definición gramatical, o porque las fronteras del delito sean difusas respecto de

[110] NIETO MARTÍN, en DE LA MATA BARRANCO *et. al.* (dirs.)*, Derecho penal económico y de la empresa,* 2018, pp. 49-50.

[111] NIETO MARTÍN, en DE LA MATA BARRANCO *et. al.* (dirs.)*, Derecho penal económico y de la empresa,* 2018, p. 53.

otros sectores del Ordenamiento jurídico donde también se regulen dichos comportamientos, o directamente por carecer de fronteras límite entre la normativa penal-económica y extrapenal. Por el contrario, en los delitos en los que se haya procurado una correcta definición y contención del hecho típico no será preciso (ni necesario) manejar el criterio de la insignificancia.

Por un lado, en aquellos delitos económicos en los que se ha producido un adecuado diseño del comportamiento prohibido desde el punto de vista *cualitativo,* se excluirá la posibilidad de recurrir al criterio de la insignificancia porque el legislador ya habrá cumplido con su papel atendiendo no solo al criterio de *subsidiariedad* sino también al de *fragmentariedad,* como expusimos *supra*. El criterio de contención cualitativo obligará al legislador a (I) realizar una adecuada selección del comportamiento más grave para el bien jurídico, y (II) realizar una definición gramatical que se imbrique a la perfección con dicha preselección, tarea compleja en la que pueden confluir múltiples técnicas. Uno de los métodos cualitativos que más éxito pueden tener en tal sentido, al menos desde el punto de vista de la gramaticalidad, y solo para excluir supuestos de bagatela o insignificancia, lo identificamos en la incorporación del criterio de *gravedad* al tipo de injusto, lo que ya es indicativo de la exclusión de cualquier forma de conducta que no alcance ese nivel de desvalor. O lo que es lo mismo: lo que no sea «grave» no colmará, directamente, las exigencias de tipicidad, por lo que no se podrá plantear en ningún caso un problema de antijuridicidad material en relación con un ínfimo nivel de ofensa contra el bien jurídico, nivel por el que transita, como se dijo, el criterio de la insignificancia. Cuestión distinta es la referida al particular esfuerzo que habrá de realizar el intérprete al que se le pide dilucidar si un comportamiento concreto ha de ser entendido por *grave* a los efectos del delito en cuestión (máxime en un área como el Derecho penal, en el que ya se presupone que lo que se incorpora a su seno posee las notas de *gravedad* frente a los bienes jurídicos más importantes; por ello precisamente el hecho de incorporar tal cualidad al tipo penal conlleva un adicional esfuerzo interpretativo que colme tal exigencia).

Encontramos ejemplos de delitos económicos en los que se ha empleado este criterio (muchas veces junto a otros diferentes al de la gravedad) como elemento cualitativo que sitúa dentro del tipo penal los comportamientos graves, reservando la respuesta extrapenal para aquellos otros que no alcancen dicho umbral y, entre ellos, los que puedan llegar a considerarse como *insignificantes* o de bagatela. Así, *v. gr.*, el delito de publicidad falsa del art. 282 CP, cuando sanciona a «los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un *perjuicio grave y manifiesto* a los consumidores». Como puede comprobarse, aquí el criterio cualitativo de distinción respecto de otras ramas del Ordenamiento como puedan ser la civil, la mercantil o la administrativa, pasa por combinar el criterio de la gravedad (la potencialidad del comportamiento exige que pueda llegar a causarse un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, y todo aquello que no alcance tal potencialidad quedará fuera del delito, incluidos los comportamientos *insignificantes*) junto con otros como la propia definición del comportamiento típico (así, solo podrán ser delictivas las alegaciones objetivamente falsas o las características inciertas; la disyuntiva penal transita aquí, pues, entre lo «cierto» y lo «falso», sancionándose esto último y quedando fuera de reproche penal aquello que solo constituya publicidad dudosa o engañosa)[112]. En este sentido, si se superan las exigencias cualitativas incorporadas por el legislador al ámbito del tipo penal, podremos afirmar

[112] BUSTOS RUBIO, «El delito de publicidad falsa: notas y aspectos controvertidos», en BUSTOS RUBIO/ABADÍAS SELMA (dirs.), *Protección penal del mercado y los consumidores,* 2022, pp. 51 ss.

la existencia de este delito económico y consecuentemente aplicar su pena. En caso contrario, la respuesta nos la dará la Ley General de Publicidad 34/1988, de 11 de noviembre, y la legislación especializada que la complemente, tratamiento en el que quedará enmarcado el problema de los comportamientos de bagatela. Más allá del anterior, ejemplos de delimitación cualitativa desde el prisma de la *gravedad* exigida en el tipo penal hay varios, como decimos (baste citar, por ejemplo, el art. 314 CP para el caso de la discriminación laboral punible, que sanciona solo a quienes produzcan una *grave* discriminación en el empleo en atención a ciertas características y bajo otros presupuestos, dejando toda discriminación que no alcance dicho umbral de gravedad en manos de la normativa sectorial que resulte aplicable, fuera del marco penal). En cualquier caso, tenemos que aclarar que en modo alguno se trata de emplear el elemento típico de la *gravedad* para todo delito económico al objeto de separar el reproche penal del extrapenal: no es una técnica tan simple ni, desde luego, recomendada. Si así fuera bastaría con que todos los delitos económicos añadieran el adjetivo «grave» a sus conductas típicas. Ello en modo alguno casaría con las exigencias que se dimanan del principio de legalidad en su vertiente de *taxatividad* y *certeza.* Pero, no obstante, hemos de reconocer que el elemento de la gravedad, cuando se incorpora a la tipicidad junto a otras exigencias sí influye directamente (desde una perspectiva *de lege lata*) en el problema que nos ocupa en esta investigación: el empleo de este adjetivo en determinados delitos económicos excluye de antemano el criterio de la insignificancia como técnica o proceder interpretativo, puesto que son antónimos y por ello excluyentes.

Por otro lado, tampoco dejarán espacio al criterio interpretativo de la insignificancia aquellos delitos económicos en los que el legislador recurra a una delimitación de carácter *cuantitativo.* En Derecho penal económico es muy común el recurso, por parte del legislador, al establecimiento de límites cuantitativos a partir de los cuales resulta aplicable la respuesta penal y, consecuentemente, por debajo de los cuales el tratamiento quedará encomendado a la legislación extrapenal. Así, por ejemplo, en algunos de los delitos que integran el por nosotros denominado *Derecho penal fiscal o recaudatorio* el legislador recurre habitualmente al empleo de ciertas cuantías al objeto de establecer una barrera que divida el recurso al Derecho penal del recurso a otras ramas del Ordenamiento jurídico que regulan la cuestión. Es el caso del delito fiscal del art. 305 CP, que solo sanciona comportamientos defraudatorios cuya cantidad exceda de 120.000 euros; o el caso del delito de fraude de cotizaciones a la Seguridad Social, que solo pena el supuesto de conductas defraudatorias que superen (para el tipo básico) la cuantía de 50.000 euros en cuatro años naturales; lo mismo ocurre con la cuantía establecida en el delito de fraude de subvenciones (que establece un límite de 100.000 euros en el art. 308.1 CP); etc. En estos supuestos no podrá tener virtualidad práctica el criterio interpretativo de la *insignificancia,* pues el legislador ya ha tasado que solo a partir de una determinada cantidad se activa el reproche jurídico-penal, y que todo lo que queda por debajo habrá de considerarse como lo *insignificante* penalmente. En tales ejemplos, en definitiva, ya se ha definido a partir de qué instante debe resultar de aplicación una pena y no una mera sanción extrapenal, por lo que no puede tener cabida ningún criterio interpretativo en términos de insignificancia, pues el problema ha sido ya resuelto desde la propia letra de la ley.

Con todo, no desconocemos que la determinación de la naturaleza jurídica que se le deba atribuir a la cuantía en estos delitos ha sido y es una cuestión ampliamente discutida en el seno de la doctrina. Por un lado, hay autores que consideran que en algunos delitos la cuantía constituye una *condición objetiva de punibilidad* cuyo fundamento principal ya no se encontraría vinculado al concreto nivel de desvalor del injusto, ubicándose tal límite cuantitativo en la categoría de la punibilidad, decidiendo únicamente cuándo será de aplicación la pena. Por otro lado, ciertos

sectores abogan por entender la cuantía como parte de la propia *tipicidad* (en su caso como resultado típico del delito) que, ahora sí, determinaría que a partir de cierta cantidad el hecho realmente posee mayor desvalor, lo que justificaría el recurso al Derecho penal pues solo a partir de dichas cuantías se concretarían las agresiones verdaderamente graves para el bien jurídico, considerándose normativamente que todo lo que queda por debajo de tal cuantía es lo *insignificante*[113]. La diferencia entre una y otra clasificación tiene importantes consecuencias a distintos niveles dentro de la teoría del delito (así, *v. gr.*, si se concibe a la misma como elemento típico el dolo del autor deberá abarcarla, algo que no ocurre si se la cataloga como condición objetiva de punibilidad), pero también puede presentar algún matiz a la hora de valorar la operatividad del criterio de la insignificancia sobre estos elementos delimitadores de carácter cuantitativo. Y ello porque si se entiende que la cuantía forma parte del tipo de injusto entonces habrá que sostener que solo cuando se supere la misma se determinará el *merecimiento* de la respuesta penal existiendo un *mayor desvalor* del comportamiento. Por el contrario, si se entiende que la cuantía es una condición que afecta solo a la punibilidad del hecho, el desvalor será siempre el mismo independientemente de la cuantía defraudada, pero razones político-criminales vendrían a determinar la fijación de un umbral a partir del cual se haría ya no sólo *merecida* sino también *necesaria* la intervención del Derecho penal, y por debajo del cual el tratamiento deberá ser siempre extrapenal, por razones eminentemente preventivas, pero que nada tienen que ver con un mayor o menor contenido de injusto, sino con una falta de necesidad de intervención del Derecho penal[114]. Y no podemos olvidar que el criterio de la insignificancia es, ante todo, un principio interpretativo que implica una valoración del concreto nivel de desvalor de injusto.

En algunos delitos económicos, como es el caso de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, voces autorizadas de la doctrina se han inclinado por enfatizar un entendimiento de las cuantías como condiciones objetivas de punibilidad. Así, *v. gr.*, GARCÍA PÉREZ ha sostenido que en estos delitos opera otro criterio más allá del injusto culpable pero procedente, también, del principio de *ultima ratio* del Derecho penal: «hay casos en los que, pese a la gravedad del hecho, no es precisa la intervención del Derecho penal porque en los otros sectores del ordenamiento se dispone de medios suficientes para proteger el bien en cuestión. Este criterio es, a mi entender, el que explica las cuantías en estos delitos. Con la referencia a una cuantía en las diversas figuras no se pretende identificar los ataques especialmente intensos a la Hacienda Pública y la Seguridad Social sino los casos en los que, pese a la gravedad de los comportamientos, no resulta necesario acudir al Derecho penal por disponer el Derecho tributario y de la Seguridad Social de medidas eficaces para combatirlos»[115]. Nos encontraríamos,

---

[113] Así, *v.gr.,* y entre otros muchos: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El delito fiscal,* 1982, p. 277; y ALONSO MADRIGAL/GÓMEZ LANZ, «Fraude a la ley tributaria, ilícito e infracción tributaria y delito de defraudación», *Revista de Contabilidad y Tributación,* (281), 2006, p. 48.

[114] Como ya adujimos en algún trabajo anterior (*vid.* BUSTOS RUBIO, *Estudios Penales y Criminológicos,* (35), 2015, pp. 213-214), por más que algunos autores nieguen la existencia de este tipo de condiciones en el esquema tradicional del delito (reconduciéndolas siempre al ámbito de la tipicidad), realmente pueden detectarse cláusulas que se caracterizan porque su función no es la de contención del supuesto de hecho que configura el delito (función propia del tipo), ni la de delimitar el carácter injusto o contrario a Derecho del comportamiento (función propia de la antijuridicidad), sino que responden eminentemente a determinadas consideraciones ajenas a lo anterior generalmente de índole político-criminal o de necesidad o innecesariedad de pena, que han de concretarse casuísticamente, con un examen circunstanciado de la cláusula particular. Por tanto, el análisis sobre la concreta naturaleza jurídica que tenga una determinada cuantía dependerá de la figura delictiva en cuestión, sin que sea recomendable realizar afirmaciones generalizadas.

[115] GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el Derecho Penal*, 1997, pp. 275-276.

ante todo, en el plano del ejercicio de una determinada política criminal imbricada con diversas consideraciones de política fiscal o recaudatoria, pero el hecho defraudatorio seguiría poseyendo idéntico desvalor por encima o por debajo de la cuantía que se decida establecer, sin que esta determinase el contenido de injusto. Si se sigue esta interpretación habría que considerar que la ofensa contra el bien jurídico es idéntica tanto por encima como por debajo de ese umbral cuantitativo, por lo que la conducta resultaría igualmente *disvaliosa* para el bien jurídico. Ocurre, empero, que político-criminalmente ya se habría establecido una pauta clara que obligaría al intérprete a sancionar *penalmente* este tipo de comportamientos. Siendo el desvalor coincidente en cualquier orden (penal y extrapenal) ya se habría delimitado el nivel por debajo del cual el tratamiento ha de quedar encomendado al orden extrapenal. O lo que es lo mismo: desde el estadio de la *punibilidad* el legislador estaría indicando que las conductas que superen dicha condición objetiva que es la cuantía han de ser ya *penalmente significantes* (la competencia de sanción recae en el área del Derecho penal), pues el recurso al sistema penal resultaría obligado desde la propia ley y de forma sumamente clara (totalmente objetiva), sin que en estos casos pudiera construirse una interpretación apoyada en criterios de bagatela o insignificancia que discurran, como se dijo, por los derroteros del concreto contenido material de la antijuridicidad. Desde esta concepción lo significante quedaría desligado de lo insignificante no por razones atinentes al concreto desvalor de injusto, sino por razones de *necesidad político-criminal* de intervención del Derecho penal (por ejemplo, utilitarias o preventivas, que concebirían que a partir de dicho umbral el Derecho penal estaría en mejores condiciones que la normativa sectorial extrapenal para afrontar la cuestión). Y si el legislador, siguiendo esta línea interpretativa, ha diseñado objetiva y taxativamente el nivel cuantitativo a partir del cual la pena ya no solo deviene *merecida* (en atención al desvalor del comportamiento) sino también *necesaria* (por criterios ajenos a ese desvalor), y si el fundamento no transita ya por derroteros relativos al concreto nivel de antijuridicidad, entonces parece obvio que en tales supuestos el criterio de la insignificancia no puede ofrecer ninguna capacidad interpretativa.

Por otro lado, desde la consideración contraria que concibe la cuantía en algunos de estos delitos como parte de la propia *tipicidad*, tampoco tendría demasiado recorrido el principio de insignificancia, pues desde dicha perspectiva el legislador indicaría (ahora sí) que a partir de un determinado monto existe un *mayor desvalor* del hecho y por tanto una *mayor gravedad* de las conductas, que solo resultarán más leves (y en su caso insignificantes) por debajo de tal límite cuantitativo. Por ello, se haría igualmente imposible dar cabida al principio de insignificancia ante supuestos en los que ya la propia tipicidad del delito indicase, cuantitativamente, las conductas más dañosas para el bien jurídico que han de ir a parar al terreno penal.

Como puede verse, realmente la discusión sobre la concreta naturaleza jurídica de las cuantías en los delitos económicos relativiza sus efectos cuando se trata de dar cabida al criterio interpretativo de la insignificancia, pues el establecimiento de una determinada cuantía excluirá siempre esta posibilidad, bien por delimitar un cierto contenido, mayor o menor, de injusto (considerada como elemento típico), bien por delimitar cuándo va a ser siempre necesario el recurso a la imposición de la pena por muy variadas razones de índole político-criminal desligadas del desvalor del hecho, que se presumirá siempre en idénticos términos (entendiéndola como condición objetiva de punibilidad), pero en cualquier caso por causas que en última instancia siguen vinculadas a la *ultima ratio* del Derecho penal[116]. Lo fundamental es

[116] Lo que ocurre es que, como ya apuntamos líneas más atrás, esa delimitación a la que obliga el principio de intervención mínima del Derecho penal se puede ejecurtar bien en términos de fragmentariedad (desligando los

que el criterio de insignificancia no tendrá nunca operatividad en supuestos en los que el legislador ha establecido ya en la norma una determinada cuantía a partir de la cual se debe recurrir al empleo del instrumento penal, aplicándose consecuentemente una pena y no una mera sanción extrapenal. Contrariamente, sí podrá tener algún espacio este criterio interpretativo siempre que el legislador haya obviado establecer tal límite cuantitativo, pues ante dicha falta de previsión quedará siempre abierta la puerta al debate sobre la punición de comportamientos que encajan en la tipicidad del delito y que sin embargo, atendidas las circunstancias concretas del caso, no poseen suficiente entidad o aptitud para generar un peligro o lesión de cierta envergadura para el bien jurídico protegido. Por tal razón pensamos que la fijación de cuantías-barrera en los delitos económicos deviene también como un instrumento útil para desligar lo significante penalmente de lo que ha de quedar encomendado al terreno extrapenal, por lo que su manejo en este tipo de delitos resulta, quizá junto a otros criterios de carácter cualitativo, una buena opción político-criminal.

Ya por último, puede ocurrir que el legislador recurra a *técnicas mixtas* combinando criterios cualitativos y cuantitativos (siquiera sea de forma alternativa) para definir el comportamiento penalmente prohibido. Así ocurre, *v. gr.*, con los artículos 284 y 285 CP, que para poder ser aplicados exigen bien superar alguna cuantía (criterio cuantitativo), o bien que se cause un *grave* resultado (criterio cualitativo). En estos supuestos, pensamos, tampoco existe margen de operatividad del principio de insignificancia como criterio interpretativo.

Acontece, no obstante, que en ocasiones el diseño de los tipos penales económicos es erróneo o incompleto, por resultar sumamente amplios en su gramaticalidad o por no establecerse barreras cualitativas o cuantitativas que desliguen el reproche penal del tratamiento y en su caso sanción extrapenal. Es en estos tipos de delitos donde sí va a poder operar el criterio de la insignificancia penal del hecho: aquellos casos en los que el legislador no ha sabido/querido/podido desligar correctamente lo *significante* penalmente de lo *insignificante.* Son supuestos en los que, además, se puede llegar a producir un solapamiento entre la normativa penal y la extrapenal, y en los que se hace necesario establecer barreras claras de delimitación. No es nuestro objetivo delinear con precisión dichas barreras; nuestro objetivo final con esta investigación es más modesto: determinar cuándo se hará posible el recurso al principio de insignificancia desde un punto de vista interpretativo-teleológico orientado a la correcta protección de bienes jurídicos en el terreno penal, y en respeto de los principios que sostienen nuestro actual sistema (especialmente el de *ultima ratio*).

Ante tal grupo de supuestos (algunos ejemplos los analizaremos más adelante por separado) se hacen posible dos soluciones:

Por un lado, exhortar al legislador penal a la redefinición de los tipos ampliamente definidos, desde una óptica de perfeccionamiento cualitativo (*v. gr.*: empleo de criterios de gravedad desde la propia tipicidad penal, redefinición de las conductas prohibidas, mayor taxatividad, etc.; en definitiva, utilizando criterios que reduzcan la hiperinflación de ciertos tipos penales), o mediante el recurso a la incorporación de elementos distintivos de carácter cuantitativo (*v. gr.*: establecimiento de cuantías en ciertos delitos cuyo comportamiento es también reprochable en

comportamientos más graves de los menos graves para el bien jurídico protegido), que es donde despliega todo su protagonismo el principio interpretativo de insignificancia, o bien en términos de subsidiariedad (manteniendo la intervención penal y la aplicación de una pena solo para los casos en los que pierda su eficacia el recurso a otros sectores del Ordenamiento jurídico diferentes al penal).

vía extrapenal). Esta perspectiva *de lege ferenda* es primordial, y es también labor de la doctrina realizar esta llamada de atención al legislador para la reformulación de delitos económicos imperfectos.

Por otro lado, ya desde una perspectiva *de lege lata,* se hace posible (ahora sí) acudir al *principio de insignificancia* para poner en marcha un criterio interpretativo coherente con los principios que inspiran nuestro modelo penal-económico teleológicamente orientado a la tutela de un bien jurídico de carácter colectivo o supraindividual, que termine por dejar fuera de la órbita penal aquellos comportamientos que puedan calificarse como insignificantes, nimios o de bagatela, y ante los cuales cualquier reacción punitiva resultaría desafortunada por devenir desproporcionada desde el prisma de tales principios (máxime, como decimos, en un sector como el constituido por el Derecho penal económico que es complementario de otras respuestas extrapenales muchas veces más adecuadas y proporcionadas).

En las líneas que siguen se han seleccionado un conjunto de delitos que, a nuestro juicio, constituyen tipos penales *hiperinsuflados* en los que no se han delimitado correctamente las barreras que han de separar el reproche penal del reproche extrapenal, o en los que no se ha contenido correctamente el alcance del injusto desde una óptica cualitativa o bien cuantitativa. En estos delitos podrá resultar útil, *de lege lata,* el manejo del criterio interpretativo de la *insignificancia,* a pesar de que *de lege ferenda* haya que seguir apelando a la responsabilidad legislativa en el perfeccionamiento de las definiciones legales. Queremos advertir, no obstante, que el catálogo de delitos que se propone, un total de tres prototipos, no constituye un listado cerrado y tasado de supuestos en los que podría tener sentido incorporar el principio de insignificancia, siendo realmente un *numerus apertus* de ejemplos prestos a complementarse. Nos referimos en adelante, pues, a los delitos de (a) blanqueo de capitales, (b) fraude de prestaciones al sistema de la Seguridad Social, y (c) delitos contra la propiedad intelectual e industrial identificados con el fenómeno del *top manta*[117].

4.2. Primer prototipo: blanqueo de capitales e insignificancia

Es de sobra conocido que el blanqueo de capitales se ha convertido en los últimos años, ya incluso décadas, en el *delito estrella* en el marco del Derecho penal económico. El recurso, por parte del legislador, a este injusto para luchar contra cierto tipo de criminalidad económica se ha convertido en habitual, constituyendo el arma principal del Derecho penal fiscal o recaudatorio, lo que explica el actual estado de desbordamiento y amplificación de este injusto, con las sucesivas reformas que han ido engrosando su tipicidad sin que aún se perciba un punto final a tal proceder político-criminal. Modo de proceder que, siendo justos, no responde solo a intereses del legislador nacional, sino que viene auspiciado a través de Directivas europeas y también por la vía del impulso generado desde otros organismos internacionales (así, por ejemplo, el Grupo de Acción Financiera Internacional, GAFI)[118]. El deleite por este tipo penal parece claro si se

[117] Los tres grupos de delitos seleccionados engloban, además, injustos económicos que pueden resultar en la práctica un paradigma representativo de la difícil delimitación entre la regulación penal y extrapenal de la materia, lo que a su vez permite incorporar el criterio de la insignificancia como fórmula interpretativa aplicable a los mismos.

[118] Ampliamente sobre estas y otras cuestiones problemáticas relacionadas con el blanqueo de capitales, *vid.* BUSTOS RUBIO, «Del "blanqueo del blanqueo" a la libertad de competencia: la sempiterna cuestión del bien jurídico en el delito de blanqueo de capitales», en BUSTOS RUBIO/RODRÍGUEZ ALMIRÓN (dirs.), *El sistema socioeconómico desde el prisma del Derecho Penal y la Criminología,* 2019, pp. 27 ss.

observan las últimas reformas acontecidas en el art. 301 CP (y siguientes) que no han hecho sino ampliar el ámbito de aplicación del delito, bien mediante la configuración de conductas típicas adicionales a las tradicionales, bien creando nuevas modalidades agravadas (que en la práctica reducen la aplicación del tipo básico a su mínima expresión), o bien previendo modalidades imprudentes de comisión, llegando incluso a suscitarse un intenso debate doctrinal y jurisprudencial sobre la posibilidad de terminar por conculcarse en ciertos casos el principio *ne bis in idem*. Lo cierto es que el delito de blanqueo de capitales es hoy uno de esos tipos penales *hiperinsuflados* de los que antes se habló, en los que la amplitud de los elementos típicos y la falta de límites o barreras claras hace que puedan incardinarse en su seno, formal y materialmente, conductas de bagatela para las que correspondería aplicar penas de prisión muy elevadas, junto a otras no privativas de libertad consideradas menos graves (como la inhabilitación especial por tiempo determinado).

Ahondemos algo más en los cambios que se han producido sobre este delito en los últimos tiempos, enmarcados en ese afán ultra-expansivo del Derecho penal que ya nadie pone en duda. Como expone ABEL SOUTO por medio de la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modificó el Código Penal, el delito de blanqueo de capitales sustituyó la exigencia del conocimiento de que los bienes tuviesen su origen «en un delito» por una nueva e imprecisa fórmula que aludía a que tuvieran su origen «en una actividad delictiva», cambio legal al que se le atribuyó un innecesario afán expansivo y amplificador de los límites hasta ese momento conocidos para este injusto, pues parecía quererse dar cabida también a las faltas como hecho previo para el blanqueo de capitales. Esto, como bien advierte el autor apoyándose en la doctrina más autorizada, supondría un quebranto frontal de la *ultima ratio* del Derecho penal, vulnerándose igualmente el criterio de la proporcionalidad. Con razón los sectores doctrinales más ávidos intentaron restar importancia al cambio en la tipicidad, considerándolo meramente nominal pero intrascendente para cobijar a los bienes procedentes de una falta, en empleo de una interpretación restrictiva a nuestro modo de ver totalmente acertada. Empero, tras la reforma operada vía LO 1/2015, de 30 de marzo, la mayoría de las faltas se convirtieron en *delitos* leves (otras, las menos, quedaron fuera del Código Penal) de tal manera que hoy no hay más remedio que considerar que, por ejemplo, «el euro procedente de una anterior falta de estafa, ahora delito leve según el art. 249, constituye objeto material susceptible de blanqueo»[119]. Sin embargo, para ABEL SOUTO «con todo, debe descartarse aquí el castigo del blanqueo en virtud del principio de insignificancia»[120].

Para la doctrina que más actualmente se ha ocupado del estudio del delito de blanqueo de capitales el principio de insignificancia ha de ostentar un papel primordial en la correcta interpretación y consecuente aplicación del tipo penal. Bien es cierto que dicho criterio ha de estar orientado teleológicamente a una correcta protección del bien jurídico, y que esta institución es una de las más discutidas hoy para el caso del blanqueo[121]. No obstante, como señala GONZÁLEZ URIEL, ante la deriva expansionista de los últimos tiempos en este delito «ha de atenderse a los principios de lesividad, insignificancia del valor de la cosa, carácter fragmentario, subsidiario, de *extrema ratio* o, en último término, considerar atípicas las acciones que no resultan apropiadas en el caso concreto para ocultar o encubrir el origen de los bienes y por su

[119] ABEL SOUTO, «Prólogo» en GONZÁLEZ URIEL, *Aspectos básicos del delito de blanqueo de dinero,* 2021, pp. 14-15.

[120] ABEL SOUTO, en GONZÁLEZ URIEL, *Aspectos básicos del delito de blanqueo de dinero*, 2021, p. 15.

[121] Cfr. nuevamente: BUSTOS RUBIO, en BUSTOS RUBIO/RODRÍGUEZ ALMIRÓN (dirs.), *El sistema socioeconómico desde el prisma del Derecho Penal y la Criminología,* 2019, pp. 27 ss.

falta de aptitud para dificultar las funciones de persecución del delito base»[122]. En similar dirección apuntaría antes ABEL SOUTO, quien, preocupado por la expansión del tipo penal que pasaría a acoger también las modalidades del conocido como *autoblanqueo* (nuevo ejemplo de la amplitud del tipo penal), considera posible excluir la aplicación de las conductas típicas de *utilización* y de *posesión* por la vía de la insignificancia como criterio teleológico de interpretación, dejándose finalmente fuera del ámbito delictivo todos aquellos casos que no supongan un importante menoscabo del orden socioeconómico y, desde su concreta concepción del bien jurídico tutelado en este delito, en atención a la existencia de una auténtica «idoneidad de los comportamientos para incorporar capitales ilícitos al tráfico económico»[123]. De igual manera para ABEL SOUTO el principio de insignificancia conducirá a dejar fuera de este tipo penal todos aquellos objetos materiales (esto es, todos aquellos *bienes*) de cuantía mínima o irrelevante, con un montante de bagatela a los efectos del delito, mediante una construcción interpretativo-restrictiva de carácter teleológico[124].

El principio de insignificancia deviene, pues, como una herramienta útil para realizar una acotación práctica del amplio tipo penal del blanqueo de capitales, mediante una concreta medición de la antijuridicidad material de la conducta típica; en palabras de GONZÁLEZ URIEL «por vía interpretativa, además de la primigenia intelección literal o gramatical de los términos típicos, mediante el análisis finalístico en virtud de la licitud del tráfico, se consigue reducir el ya de por sí amplio campo de actuación del blanqueo»[125].

Como se ha visto, desde la introducción de modalidades típicas como *poseer* o *utilizar,* y el claro apunte hecho por el legislador hacia la punición del autoblanqueo, la doctrina ha considerado que una interpretación que termine en las fronteras de la gramaticalidad sería errónea por superar todos los límites político-criminales. Es por ello que desde una óptica cualitativa se han propuesto mejoras técnicas en la tipicidad de este delito; así nuevamente GONZÁLEZ URIEL expone que «con una lectura literal del tipo, siempre que el corrupto maneje los fondos obtenidos ilícitamente estaría cometiendo un delito de blanqueo, puesto que estaría usando bienes que proceden de un delito o, cuando menos, si no los mueve y simplemente los detenta en su poder, *v. gr.*, ocultos en su casa, los estaría poseyendo. Con semejante comprensión se desborda la finalidad político-criminal del blanqueo y se exacerba su alcance. Por lo tanto, en primer lugar, estimamos que, *de lege ferenda*, deberían excluirse las modalidades de «poseer» y «utilizar» del delito de lavado, ya que no afectan de modo directo a los bienes jurídicos tutelados y únicamente conducen a distorsiones interpretativas. En cuanto a la figura del autoblanqueo, propugnamos una comprensión sumamente restrictiva, en la que solo quepa apreciar el lavado cuando el dinero se aflore o se mueva tratando de infundirle una apariencia de legitimidad a su origen, y cuando se trate de actos que no constituyan un mero agotamiento del delito fuente. Por ende, excluimos los casos de consumo para uso diario, actos neutros o conductas socialmente adecuadas»[126]. Pero junto a esta petición *de lege ferenda,* también se abre la puerta a «un entendimiento del tipo sobre la base del principio de insignificancia y de una interpretación teleológica que, tomando en

---

[122] GONZÁLEZ URIEL, *Aspectos básicos del delito de blanqueo de dinero,* 2021, p. 94.

[123] ABEL SOUTO, *La expansión penal del blanqueo de dinero*, 2016, pp. 53-54.

[124] ABEL SOUTO, «Blanqueo, innovaciones tecnológicas, amnistía fiscal de 2012 y reforma penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* (14), 2012, p. 38.

[125] GONZÁLEZ URIEL, *Aspectos básicos del delito de blanqueo de dinero*, 2021, p. 94.

[126] GONZÁLEZ URIEL, «Blanqueo de dinero, corrupción política y recuperación de activos», en *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad,* (17), 2020, p. 76.

consideración el bien jurídico tutelado, exija un menoscabo relevante del orden socioeconómico y la idoneidad de los comportamientos para incorporar capitales ilícitos al tráfico económico [...]. De esta manera, el principio de insignificancia excluiría los comportamientos de bagatela, en los que las cuantías sean nimias»[127].

Caigamos en la cuenta de que el blanqueo de capitales no sólo ha ampliado su contenido típico desde un punto de vista cualitativo, en el que el legislador lejos de poner cotos claros a la aplicación del delito se ha empeñado en ampliarlo en las sucesivas reformas, sino que también ha eludido acudir al criterio de delimitación cuantitativo para incorporar al terreno penal solo unas determinadas conductas reservando otras al tratamiento en sede administrativa. No es extraño encontrar resoluciones jurisprudenciales que realizan esta llamada de atención al legislador. Así, *v. gr.*, en la STS 809/2014[128] puede leerse: «al menos, se propone su restricción teleológica, para considerar atípicos todos los objetos materiales de cuantía irrelevante, en virtud del principio de insignificancia, por su nula incidencia en el orden socioeconómico». Más allá de que se pueda discutir, como se hizo líneas atrás, la concreta naturaleza jurídica que debiera ostentar ese límite cuantitativo (bien, como dice la sentencia, como causa de atipicidad, bien como condición objetiva de punibilidad) lo cierto es que se echa en falta el manejo de una determinada cantidad que sirva de límite distintivo entre lo penalmente relevante y lo que debe quedar encomendado a un tratamiento extrapenal de carácter administrativo.

Del mismo modo que acontece en otras figuras delictivas (así, *v. gr.*, de inmediato acudiremos a la exégesis particular del fraude de prestaciones sociales) también en el ámbito del blanqueo de capitales el empleo del criterio de la insignificancia ha empujado a nuestros tribunales a establecer una cuantía por debajo de la cual han de quedar excluidos del tratamiento penal ciertos supuestos que encajan perfectamente en la tipicidad del delito. Así, la STS 642/2018[129] admite una necesaria restricción teleológica del tipo penal «que conduce a considerar atípicos los comportamientos que se proyecten sobre objetos materiales de cuantía irrelevante, en virtud de un principio de insignificancia evaluado desde el desvalor del resultado, en aquellos supuestos en los que se aprecia una nula incidencia de la acción en el orden socioeconómico» en la línea de lo anteriormente dispuesto por la ya citada STS 809/2014[130], resolución a cuya interpretación también se adhiere expresamente cuando añade el Alto Tribunal que «en todo caso, la evaluación de la insignificancia debe de hacerse desde parámetros objetivos que definan el contorno del bien jurídico objeto de protección, habiendo utilizado esta Sala [...] como claramente significativa la referencia cuantitativa de 15.000 euros, que el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) fija como importe que obliga a una especial vigilancia respecto de operaciones de blanqueo, y que se recoge también la Directiva Europea 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, cuando dispone en su artículo 11 que los Estados miembros velarán por que las entidades obligadas apliquen medidas de diligencia debida con respecto al cliente, cuando estos realicen transacciones ocasionales por un valor igual o superior 15.000 euros».

Esta cuantía, 15.000 euros, nace de un constructo jurisprudencial, a nuestro juicio muy correctamente motivado, que, aun siendo perfectamente válido al suponer una restricción

---

[127] GONZÁLEZ URIEL, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad,* (17), 2020, p. 76.

[128] STS 809/2014, Penal, de 26 de noviembre (ECLI:ES:TS:2014:5075).

[129] STS 642/2018, Penal, de 13 de diciembre (ECLI:ES:TS:2018:4199).

[130] STS 809/2014, Penal, de 26 de noviembre (ECLI:ES:TS:2014:5075).

interpretativa de tan amplio tipo penal (y por tanto resultando favorable para el reo) no suple la negligente labor del legislador que, a fecha actual, sigue sin establecer un criterio cuantitativo de delimitación. Curiosamente la sentencia que estamos abordando reconoce que se trata de una cuestión de antijuridicidad, y no de tipicidad, cuando afirma que «conforme a lo expuesto, la actuación enjuiciada, que supuso la ocultación de al menos 35.000 euros procedentes de la actividad delictiva atribuible al recurrente, satisface las exigencias de antijuricidad que justifican la aplicación el tipo penal de blanqueo de capitales y su punición». Y ello porque el criterio cuantitativo se está utilizando en términos de *mayor gravedad de injusto,* que justificaría el recurso al Derecho penal.

El hecho de que el tipo penal no haya incorporado cuantía mínima de los «bienes», objeto material del delito, que pueden dar lugar al blanqueo de capitales ha hecho que la doctrina se esfuerce también por delimitar el alcance de dichos «bienes». Lo cierto es que, atendida la gramaticalidad del precepto, nada obsta a manejar el mismo concepto que se utiliza en el terreno administrativo, quedando incorporados al objeto típico tanto los bienes derivados del delito previo de referencia como todos aquellos que sean consecuencia de la transformación de aquellos. Esta falta de delimitación del objeto material junto a la amplitud de las conductas típicas a la que ya nos hemos referido (fallo de contención cualitativa) sumado a la inexistencia de cuantía mínima para su persecución penal (fallo de contención cuantitativa), ha hecho que autores como MORILLAS CUEVA consideren insuficiente el criterio de la insignificancia para reconducir este desbordado tipo penal, solicitando *de lege ferenda* una pronta reforma legal que, al menos, introduzca dicho límite mínimo[131]. En similar dirección apunta MATALLÍN EVANGELIO, para quien, desde la reforma de 2010, los «bienes» engloban indefectiblemente cualesquiera susceptibles de valoración económica, incluidas sus sucesivas transformaciones, sin que a juicio de la autora *de lege lata* el criterio de la insignificancia sea suficiente para acotar el objeto material de este delito[132].

A nuestro modo de ver, en la línea que ya defendimos *supra*, no es incompatible (I) exhortar al legislador, desde una óptica *de lege ferenda,* a enmendar la omisión actual en la previsión de un límite cuantitativo, que pudiera perfectamente fijarse en 15.000 euros[133] siguiendo el criterio jurisprudencial, junto a una redefinición de las conductas y situación típicas desde el prisma cualitativo, y (II) interpretar *de lege lata* que todo aquello que constituya una afectación insignificante al bien jurídico tutelado en este delito debe quedar fuera del terreno penal por no alcanzar el mínimo desvalor necesario al nivel de la antijuridicidad material, según criterios que dimanan del principio de insignificancia ya explicado[134].

---

[131] MORILLAS CUEVA, «Aspectos dogmáticos y político-criminales del delito de blanqueo de capitales», *Revista Foro FICP*, (2), 2013, pp. 90 ss.

[132] MATALLÍN EVANGELIO, «El "autoblanqueo" de capitales», *Revista General de Derecho Penal*, (20), 2013, p. 19.

[133] También de acuerdo con esta cuantía: COBO DEL ROSAL/ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, *Blanqueo de capitales. Abogados, procuradores y notarios, inversores, bancarios y empresarios*, 2005, p. 80.

[134] En dirección similar: ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, «Concepto, tipología y bien jurídico en el delito de blanqueo», en ARMIENTA HERNÁNDEZ *et. al.* (coords.), *El lavado de dinero en el siglo XXI,* 2015, p. 116.

4.3. Segundo prototipo: fraude de prestaciones al sistema de la Seguridad Social e insignificancia

Un segundo ejemplo sobre el que puede operar el criterio restrictivo de interpretación que supone la insignificancia lo constituye el delito de fraude de prestaciones sociales al sistema de la Seguridad Social del art. 307 ter CP.

Este delito se introdujo en nuestro sistema por medio de la LO 7/2012, de 27 de diciembre, en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, que además de reformar tipos penales más tradicionales en la materia (como el fraude de cotizaciones o el fraude de subvenciones, y, sobre todo, el instituto de la regularización postdelictiva y el reintegro de lo defraudado, cuestión ampliamente debatida en la doctrina[135]) vino también a tipificar este nuevo delito, el fraude de prestaciones aludido (art. 307 ter), en el que se sancionan conductas de obtención, prolongación o facilitación del disfrute de una prestación de forma indebida (por ejemplo, prestación por desempleo, invalidez, etc.), por medio de error provocado a la Seguridad Social, causándose con ello un perjuicio a la Administración Pública[136]. Igualmente se previó un subtipo atenuado que rebaja la pena «cuando los hechos, a la vista del importe defraudado, de los medios empleados y de las circunstancias personales del autor, no revistan especial gravedad». Por su parte, el art. 307 ter ap. 2 configuró un subtipo agravado en los términos siguientes: «cuando el valor de las prestaciones fuera superior a cincuenta mil euros o hubiera concurrido cualquiera de las circunstancias a que se refieren las letras b) o c) del apartado 1 del artículo 307 bis, se impondrá una pena de prisión de dos a seis años y multa del tanto al séxtuplo».

Desde el punto de vista de la delimitación cuantitativa de los delitos económicos ya encontramos un problema principal en este injusto, pues contrariamente a lo que acontece en los delitos del Título XIV del Libro II del Código Penal (*De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*), en los que es habitual recurrir al sistema de delimitación cuantitativa al que ya aludíamos *supra* para separar el tratamiento penal del fraude de la respuesta extrapenal (en sede tributaria, de la Seguridad Social o, en definitiva, administrativa), este novedoso precepto quebró la sistemática tradicional en este tipo de delitos abandonando ese sistema de cuantías. En tal sentido, como se ha visto, el tipo básico del art. 307 ter sanciona una serie de conductas consistentes en defraudar al sistema de prestaciones de la Seguridad Social, sin fijar un límite cuantitativo que sirva a modo de barrera entre el terreno jurídico-penal y el extrapenal (encargado esencialmente a la Tesorería General de la Seguridad Social), a pesar de que (I) contemple la atenuación para supuestos que *no revistan especial gravedad,* y (II) prevea la agravación cuando se superen 50.000 euros. En efecto, un mero vistazo comparativo de este Título XIV nos permite comprobar que la cuantía se ha empleado como criterio de distinción entre los diferentes órdenes jurídicos en el delito fiscal del art. 305 CP (120.000 euros), en el fraude contra la Hacienda Pública de la Unión Europea del art. 305.3 CP (100.000 euros, o 10.000 euros según el caso), en la defraudación a los presupuestos generales de la Unión Europea del art. 306 CP (50.000 euros, o 4.000 euros según el caso), en el fraude de cotizaciones al sistema de la Seguridad Social del art. 307 CP (50.000 euros en cuatro años naturales), y en el fraude de subvenciones del art. 308 CP (100.000 euros, o 10.000 euros según los casos).

---

[135] *Vid.* ampliamente: BUSTOS RUBIO, *La regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social*, 2016, pp. 75 ss.

[136] *Vid.* ampliamente: VIEJO MAÑANES, «El delito de fraude de prestaciones sociales (art. 307 ter CP): una manifestación del Derecho penal aporófobo», *Revista Sistema Penal Crítico,* (2), 2021, pp. 215 ss.

A ciertos sectores de la doctrina nos sorprendió poderosamente que en el delito de fraude a la Seguridad Social del art. 307 CP solo se sancionase penalmente al empresario (delito especial) que defraudaba por encima de 50.000 euros en cuatro años naturales, mientras que al ciudadano, *v. gr.*: trabajador, pensionista, etc. (delito común), se le podía castigar por la obtención indebida *de cualquier prestación* de la Seguridad Social con independencia de la cuantía (ex art. 307 ter CP, en sus diferentes modalidades). Siendo esto así, en este punto la norma supuso una alternativa político-criminal profundamente discriminatoria[137], amén de conllevar también una nueva agravación del instrumento punitivo, en el que a partir de ese instante pasaban a tener cabida en el orden penal comportamientos defraudatorios que hasta ese año 2012 solo eran objeto de tratamiento extrapenal (más allá de los posibles delitos que pudieran aplicarse, como la estafa o el fraude de subvenciones, para ciertos tipos de casos)[138]. Y el problema no es tanto que se decidieran regular estas conductas también en el terreno penal, sino sobre todo la mala decisión político-criminal de trasladarlas automáticamente desde el ámbito administrativo sin un criterio claro de distinción, pues debemos caer en la cuenta de que al no existir una cuantía mínima en el ámbito del art. 307 ter el legislador de 2012 terminó derogando de facto la normativa administrativa existente en materia de fraude de prestaciones a la Seguridad Social. Como ha señalado TERRADILLOS BASOCO ante tal situación anterior a la regulación actual el legislador tenía dos opciones: o bien confiar las infracciones de bagatela al orden administrativo sancionador seleccionando correctamente los comportamientos que a partir de cierto umbral debían ser objeto de persecución penal, o bien criminalizar todo tipo de comportamientos de esta naturaleza, incluidos los de lesividad mínima. Finalmente se decidió por esta última alternativa[139].

Pero tampoco desde la óptica de la delimitación cualitativa el legislador ha actuado con acierto en este tipo penal. En efecto, se ha querido rebajar la pena a aquellos hechos que teniendo en cuenta (I) el importe defraudado, (II) los medios empleados, y (III) las circunstancias personales del autor, *no revistan especial gravedad.* Recordemos que el criterio de la gravedad puede ser empleado (aunque no debiera serlo por sí solo) para delimitar cualitativamente el delito económico de la infracción extrapenal. Aquí no se ha empleado ese criterio para configurar el tipo básico, como se dijo, sino en sentido negativo, esto es, excluyendo una *especial gravedad* para poder aplicar el subtipo atenuado cuando concurran ciertas circunstancias. No se trata ya, pues, de que el hecho revista un cierto nivel de gravedad, valorable en atención a un alto grado de desvalor al nivel de la antijuridicidad en el sistema del delito, como dijimos, sino de comprobar que tales hechos no alcanzan una *especial gravedad,* lo que a nuestro juicio implica optar por un mecanismo poco deseable desde la óptica de la seguridad jurídica. Pero aún es más, realmente en el tipo penal encontramos tres niveles de punición: la lectura del precepto nos indica que, por un lado, (I) toda aquella defraudación que supere los 50.000 euros caerá en el terreno del tipo cualificado y agravará la pena; por otro lado, (II) todo aquello que sin superar 50.000 euros pueda valorarse como de *especial gravedad* irá a parar al tipo básico; y por último, (III) todo aquello que, en atención a las condiciones expresadas, *no revista especial gravedad* irá a parar al tipo privilegiado. Pero en todo caso estaremos hablando de la comisión de un hecho *delictivo.* ¿Qué

---

[137] BUSTOS RUBIO, «La tipificación del fraude en las prestaciones del sistema de Seguridad Social: el nuevo artículo 307 ter del Código Penal», *Revista Penal,* (35), 2015, pp. 36-37.

[138] Cfr. BUSTOS RUBIO, «Luces y sombras del nuevo delito de fraude en las prestaciones del sistema de Seguridad Social (art. 307 ter del Código Penal). Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada 184/2013, de 8 de marzo», *Estudios Financieros: Revista de Trabajo y Seguridad Social,* (380), 2014, pp. 177 ss.

[139] TERRADILLOS BASOCO, «Nuevo tipo de fraude a la Seguridad Social (art. 307 ter)», en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012,* 2013, pp. 856-857.

espacio queda entonces para aquellas conductas nimias, de bagatela o insignificantes? ¿Debemos encuadrarlas siempre y en todo caso en el tipo privilegiado apuntado, al no suponer fraudes de *especial gravedad*? Cáigase en la cuenta de que los elementos que el Código Penal señala a la hora de sancionar de manera atenuada estos fraudes no solo se refieren al *importe defraudado,* que perfectamente podrá suponer una cuantía mínima o irrisoria, sino también otras condiciones como los *medios* empleados (por ejemplo, la no-constitución fraudulenta de sociedades) o las *circunstancias personales del autor* (por ejemplo, la edad, grado de formación, familia, situación socioeconómica, etc.), elementos que no integran el criterio de la insignificancia, como ya argumentamos páginas atrás. Por lo tanto: ni siquiera ante un importe o cuantía de bagatela tendrá por qué aplicarse siempre y en todo caso el tipo privilegiado en este delito. Sea como fuere, resulta claro que la delimitación cualitativa tampoco se ha producido de forma correcta en este precepto, pues pueden acabar integrando el ámbito típico conductas insignificantes, que en su caso deberían ser objeto de tratamiento en vía administrativa. Con toda seguridad a las tres categorías de encuadre vistas (tipo cualificado, tipo básico, tipo privilegiado) debe añadirse al menos una cuarta que englobe aquellos supuestos que irán a parar al terreno extrapenal, que estén por debajo de lo que exige el tipo privilegiado acabado de analizar, si no se quiere terminar por absorber en el ámbito penal todas aquellas conductas defraudatorias contra el sistema de prestaciones públicas de la Seguridad Social (incluidas las mínimas y las insignificantes).

Nos encontramos, en definitiva, ante un nuevo ejemplo de delito económico en el que la tipicidad resulta tan desmesurada que, aún graduándose la pena en función de diferentes comportamientos, pueden terminar por acogerse en su seno conductas insignificantes, nimias o de bagatela.

De igual modo que acontecía en el delito de blanqueo de capitales ya estudiado, tampoco en el ámbito del art. 307 ter CP la jurisprudencia ha sido ajena a esta delicada cuestión. De este modo, la STS 355/2020[140] se ha ocupado de establecer el límite cuantitativo que debe separar el tipo básico del tipo privilegiado. La sentencia, pues, no aporta un criterio mínimo para delimitar la intervención penal del tratamiento extrapenal, como sí acontecía en el caso del blanqueo de capitales (esto es: la separación entre el tipo privilegiado y las conductas insignificantes para el Derecho penal cuyo tratamiento y en su caso sanción deberían verse relegados al Derecho administrativo), por lo que ni siquiera desde la óptica interpretativa viene a solucionar el problema de la insignificancia. Pero queremos traerla aquí a colación como muestra de la problemática existente en torno a este delito, que también se plasma a nivel jurisprudencial. Lo que hace esta resolución es, en definitiva, amarrar desde una óptica cuantitativa qué debe entenderse por *especial gravedad,* lo que junto a los restantes criterios que señala el tipo privilegiado permitirá separar la aplicación del tipo básico del subtipo atenuado, como decimos[141].

En esta sentencia se reconoce que «una peculiaridad del delito de fraude de prestaciones de la Seguridad Social del artículo 307 ter CP es que el tipo básico contemplado en el párrafo primero del apartado 1, no exige cuantía mínima para entenderse consumado, en contraste con el resto de delitos contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social que sí requieren que el fraude supere importes significativos para ser penalmente relevante» (FD 2º). En la resolución comentada los

[140] STS 355/2020, Penal, de 26 de junio (ECLI:ES:TS:2020:2098).

[141] *Vid.* ampliamente: VIEJO MAÑANES, «A propósito de la 'especial gravedad' en el delito de fraude de prestaciones sociales (art. 307 ter.1 CP)», *La Ley Penal,* (147), 2020, pp. 1 ss.

recurrentes solicitaban que se les aplicase el subtipo atenuado del delito, en atención a la reducida cuantía del importe en cuestión (un total de 4.872,42 euros). La Sala consideró que para proceder a la aplicación del subtipo no solo se debía recurrir a un criterio de índole económico, sino que también debían valorarse los medios empleados y las circunstancias personales del autor, a los que alude expresamente el precepto. Empero, el Alto Tribunal entendió necesario establecer un criterio unitario de carácter cuantitativo para dar mayor seguridad jurídica ante las muy diversas interpretaciones que venían realizando las Audiencias Provinciales[142]. Así puede leerse en su FD 2º que «dado el contenido patrimonial del tipo, si bien esta modalidad atenuada debe conformarse con la valoración de los tres parámetros que el precepto contempla, goza de especial relevancia "el importe de la defraudación", que, como apunta el Fiscal, resulta básico en la fórmula, lo que aconseja perfilar en la medida de lo posible un límite cuantitativo que otorgue seguridad jurídica en su aplicación». Y, afirmando el carácter patrimonial de este delito (cuestión también ampliamente discutida en el seno de la doctrina, que enfrenta dicha posición que aproxima el bien jurídico al ámbito *patrimonial* con otro entendimiento de carácter funcionalista, que centra la cuestión del interés jurídico tutelado en el *correcto funcionamiento de la vertiente del gasto* de la TGSS[143]) finalmente se establece dicha cuantía en 10.000 euros.

Para llegar a esa cantidad, y pese a que inicialmente se reconoce que la estructura típica del art. 307 ter CP «es la propia de un delito de estafa, una estrategia engañosa dirigida a inducir a error a la Administración de la Seguridad Social, dando de esta manera lugar a un acto de desplazamiento patrimonial», la resolución rechaza un paralelismo autómata con la cuantía de 400 euros fijados para el delito de estafa, en atención a las particularidades de la conducta típica defraudatoria contra la Seguridad Social y su propia ubicación sistemática y capitular. Y también desecha, en segundo término, establecer la cuantía en 4.000 euros, tal como solicitaba el Ministerio Fiscal aludiendo proximidad con la otrora malversación de caudales públicos del art. 433 CP (recientemente reformado) pues se razona por parte del Tribunal Supremo que no hay paralelismo con tal delito y que, además, en el Título de delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social no se maneja en ningún caso dicho límite cuantitativo. La cuantía por la que finalmente se decanta la sentencia son los 10.000 euros. Y apoya tal decisión, esencialmente, en las semejanzas existentes con el párrafo segundo del art. 305.3 CP y el art. 308.4 CP, ambos dentro del mismo Título en el que se adscribe el delito comentado: «ciertamente el artículo 307 ter CP se diferencia de sus compañeros de ubicación, en que no contiene condición alguna de punibilidad derivada del importe de la defraudación, que es típica a partir del primer euro. Sin embargo, comparte otros perfiles, como la existencia en algunos casos de un tipo cualificado, que en consonancia con la inexistencia de un límite mínimo que condicione la tipicidad, para el artículo 307 ter está fijado en una suma inferior de la que corresponde a los que sí la tienen (artículo 305 bis o 307 bis). Y con otros, el tener previsto una modalidad atenuada (artículo 305.3 correspondiente a las defraudaciones que afecten a la Hacienda de la Unión Europea y 308.4 dedicado al fraude de subvenciones) configurada como delito menos grave».

Con este novedoso constructo jurisprudencial las tres modalidades típicas del delito de fraude de prestaciones al sistema de la Seguridad Social quedarían conformadas de la manera siguiente: por un lado, (I) un subtipo agravado para aquellos fraudes que superen 50.000 euros; por otro lado, (II) un tipo básico para aquellos fraudes cuya cuantía oscile entre un mínimo de 10.000

---

[142] *Vid.* NAVARRO CARDOSO/BUSTOS RUBIO, «Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social», *Revista General de Derecho Penal,* (34), 2020, pp. 6 ss.

[143] BUSTOS RUBIO, *Revista Penal,* (35), 2015, pp. 30 ss.

euros y un máximo de 50.000 euros; y, por último, (III) un subtipo atenuado para las defraudaciones que queden por debajo de 10.000 euros. Pero, como adelantamos, el problema de la insignificancia se sigue suscitando en relación con este tipo privilegiado, en el que las conductas defraudatorias de bagatela, a pesar de quedar por debajo de los 10.000 euros y en atención a los medios empleados y circunstancias personales del autor (elementos que nada tienen que ver con la insignificancia, como se dijo), seguirán siendo sancionadas penalmente.

Es en este punto donde, pensamos, sigue siendo posible acudir al principio interpretativo de la insignificancia para corregir la cuestión, dejando fuera del tipo penal, en atención al concreto contenido del desvalor material, aquellos fraudes de lesividad mínima, teniendo además en cuenta (como suele acontecer en el caso de los delitos económicos, según explicamos *supra*) que estos comportamientos podrán seguir siendo debidamente afrontados en vía administrativa. El subtipo atenuado permite cobijar intramuros de su tipicidad fraudes que oscilan desde 1 céntimo hasta 10.000 euros (cuantía a partir de la cual, según la interpretación jurisprudencial vista, el fraude iría a parar al tipo básico). Pensamos que, en atención al bien jurídico *patrimonio de la Tesorería General de la Seguridad Social,* o en su caso *correcto funcionamiento de la vertiente de gasto de la Seguridad Social* (según una u otra interpretación seguida por la doctrina) es posible encontrar conductas de bagatela que supongan una afectación mínima para tal interés, y que deberían reconducirse siempre al terreno extrapenal.

A nuestro modo de ver, y en la misma línea argumentativa seguida anteriormente, para el caso del fraude de prestaciones sociales del art. 307 ter CP debemos (I) exhortar al legislador, desde una óptica *de lege ferenda,* a enmendar el estado de las cosas en este delito, bien desde un punto de vista cualitativo, redefiniendo los elementos típicos para separar la cuestión que interesa al Derecho penal de aquellos problemas que puedan ser abordados en sede administrativa, bien desde un prisma cuantitativo estableciendo una cuantía mínima que sirva de frontera entre el delito (en este caso, el subtipo privilegiado) y la sanción extrapenal; y (II) interpretar *de lege lata* que todo aquello que constituya una afectación insignificante al bien jurídico tutelado en este delito debe quedar fuera del terreno penal por no alcanzar el mínimo desvalor necesario al nivel de la antijuridicidad material, según criterios que dimanan del principio de insignificancia, orientado a una restricción teleológica de los tipos penales definidos en un sentido tan amplio como aquí acontece.

4.4. Tercer prototipo: «top manta» e insignificancia

Un último ejemplo que se quiere recoger en esta investigación tiene que ver con las modalidades de delitos contra la propiedad intelectual y contra la propiedad industrial que identificamos como el fenómeno del «top manta». Para los primeros (arts. 270-272 CP) el legislador ha tipificado como delito diversas conductas (tipo mixto alternativo) consistentes en explotar económicamente una obra literaria, artística o científica (o su transformación, ejecución o interpretación) sin la autorización de los titulares de los derechos de *copyright* o de sus cesionarios, cuando ello se cometa con dolo, con ánimo de obtención de un beneficio económico y en perjuicio de tercero, acompañándose a esta modalidad de otras que sancionan determinadas conductas que atentan contra la propiedad intelectual para el caso de las webs de enlace. Para los segundos (arts. 273-277 CP) se han previsto muy diversas modalidades relacionadas con derechos de propiedad industrial, aunque a nuestros efectos interesa centrarnos en aquella que sanciona (art. 274 CP), junto a otras conductas, el ofrecimiento, distribución o comercialización, al por mayor o al por menor, de productos que incorporen un signo distintivo idéntico o

confundible con este, cuando se trate de los mismos o similares productos, servicios o actividades para los que el derecho de propiedad industrial se encuentre registrado, y ello se haga con dolo, con fines industriales o comerciales, sin consentimiento del titular de los derechos de propiedad industrial que se encuentre registrado conforme a la legislación de marcas y con conocimiento de dicho registro.

Dentro de estos grupos de delitos, la problemática sobre la punición (y concreto nivel de sanción) de las conductas del «top manta» y su relación con una determinada línea político-criminal data de antiguo. Ya en la reforma operada en el año 2003 sobre este conjunto de delitos se eliminó la necesidad de denuncia previa para su persecución y se incorporó la pena de prisión junto a la de multa (que además se vio aumentada). Con esta reforma los vendedores ambulantes podían llegar a enfrentarse a penas de hasta dos años de prisión y multa de hasta veinticuatro meses (reforma que pretendió poder proceder a la expulsión del extranjero cuando este fuese condenado a una pena de prisión). En el año 2010 la reforma del Código Penal vino a corregir en parte la desproporcionalidad existente para el caso del «top manta» (que se percibía ya a nivel jurisprudencial), incorporándose tipos atenuados que permitían una notable rebaja de pena y además eliminaban la de prisión (y, además, si no se superaban los 400 euros el hecho se calificaba como falta y no como delito). Con todo, a pesar de realizarse ajustes desde la óptica de la proporcionalidad, lo cierto es que, como indica la doctrina, la reforma del año 2010 también vino a consagrar la tesis político-criminal de que el «top manta» debía ser en cualquier caso castigado penalmente[144]. Por su parte, la reforma del año 2015 confirmó esta tesis político-criminal, haciendo que la jurisprudencia pusiera de manifiesto la dificultad de absolución de los manteros. Así por ejemplo en la SAP de Madrid 134/2019[145] puede leerse: «lo cierto es que en los últimos tiempos el parlamento, al ser consciente de los problemas socioeconómicos de toda índole que subyacen a la producción y venta de los CD's y los DVD's, no ha destipificado las conductas de los vendedores ambulantes en las reformas del artículo 270 del Código Penal con el fin de evitar tales conductas y disuadir punitivamente a los posibles infractores [...]. Por consiguiente, aunque pueda perfectamente comprenderse que se discrepe en el plano político-criminal de la punición de esa clase de conductas cuando son perpetradas por sujetos de escasos recursos, lo que no cabe es que se solvente su discrepancia axiológica aplicando sus propios criterios frente a los que ha impuesto el legislador».

En la actual redacción típica, para ambos grupos de conductas (propiedad intelectual y propiedad industrial) el legislador ha procurado un subtipo privilegiado que atenúa la pena en casos de distribución ambulante o meramente ocasional, añadiendo un subtipo hiperprivilegiado para el supuesto en que, además de darse los requisitos anteriores, (I) atendidas las características del culpable, (II) en atención a la *reducida cuantía del beneficio económico* obtenido (o que se hubiera podido obtener), y (III) siempre que no concurran circunstancias agravantes, el juez entienda posible (y es solo una potestad: «el Juez podrá...») rebajar aún más la pena y aplicar una de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad (art. 270.4 CP para el caso de la propiedad intelectual y art. 274.3 CP para el caso de la propiedad industrial). Se trata de una norma prevista para hacer frente al fenómeno del «top manta» que agrupa aquellos casos en los que personas normalmente con escasos recursos económicos o en situación administrativa irregular (aunque no solo estos) se ven abocados a la venta callejera de estos artículos pirateados, plagiados o falsificados para

---

[144] GÓMEZ RIVERO, «La tutela penal de la propiedad intelectual e industrial: las últimas reformas», *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho,* (36), 2013, p. 33.

[145] SAP Madrid, Sección 30ª, de 7 de marzo (ECLI:ES:APM:2019:2526).

subsistir. Parece claro que no es lo mismo perseguir a las organizaciones criminales que se dedican a este tipo de conductas que atentan contra la propiedad intelectual o industrial, que la conducta de aquellos sujetos que se dedican a la venta callejera de tales productos con el mero objetivo de sobrevivir[146]. Es este el caso que nos preocupa a los efectos de este trabajo. La política criminal diseñada para este tipo de supuestos transcurre entre dos aguas: por un lado, se mantiene la necesidad de que este tipo de sucesos deben seguir interesando al Derecho penal (cuestión ampliamente discutida en la doctrina, que ha llegado a ver en algunos casos una manifestación de Derecho penal *aporófobo*, al criminalizarse directamente situaciones de pobreza[147]), pero por otro lado se concibe que la sanción penal debe ser menor que la que correspondería aplicar por la vía de otros tipos penales.

En lo que a esta investigación interesa, en paralelo a lo que acontecía para el delito de fraude de prestaciones sociales del art. 307 ter CP, también aquí el legislador contempla un tipo muy atenuado para situaciones en las que se constate la existencia de una *reducida cuantía,* en este caso del beneficio económico obtenido o que se hubiera llegado a obtener, junto con otros elementos que nada tienen que ver con dicho criterio cuantitativo, lo que permite el acceso a una menor sanción. Con todo, seguimos hablando de un delito, y de una respuesta que, como tal, sigue siendo una pena.

Observamos como tampoco en este grupo de casos el legislador ha optado por una delimitación cualitativa correcta que permita dejar fuera supuestos de bagatela, nimiedad o insignificancia, que pueden continuar siendo objeto de tratamiento penal, si bien, en su caso, por la vía del subtipo hiperprivilegiado. Asimismo, tampoco se ha decidido el legislador por establecer una delimitación cuantitativa de carácter mínimo que permita llevar al ámbito del Código Penal estos comportamientos dejando lo que quede por debajo de dicha cuantía en manos del ordenamiento administrativo-sancionador. Efectivamente se habla de la *reducida cuantía* del beneficio como cláusula que abre la puerta a una sanción muy atenuada, adicionándose a tal requisito la concurrencia de otro elemento de carácter positivo que nada tiene que ver con el desvalor del hecho (las características del sujeto) junto a otro de carácter negativo (la no concurrencia de agravantes). Con todo, como decimos, ni siquiera al cumplirse estos elementos el hecho quedaría fuera del tratamiento penal, sino que aspiraría, a lo sumo (y siempre a criterio potestativo del juez) a una rebaja de la sanción. A mayor abundamiento, la situación resulta cuanto menos sorprendente, en términos de seguridad jurídica, cuando se comprueba que ni siquiera existe un criterio claro de delimitación práctica entre lo que deba entenderse por *reducida cuantía* y de lugar al tipo hiperprivilegiado del segundo párrafo, y aquello que no colme dicha exigencia y sitúe la actuación en el marco del subtipo atenuado del primer párrafo (algo parecido a lo que ocurría en el caso del art. 307 ter CP ya analizado, situación ante la cual, recordemos, la jurisprudencia hubo de intervenir para fijar un límite cuantitativo). Como pone de manifiesto BENITO SÁNCHEZ «otro problema adicional es entender qué significa "reducida cuantía", expresión que ha sido calificada por la doctrina como imprecisa. En la SAP Valencia 43/2019[148], en un caso en el que el beneficio potencial se estimó en 126€ no se aplicó el inciso segundo del tipo atenuado, confirmando la pena de prisión de seis meses. Sí se aplicó el inciso segundo del tipo atenuado en

[146] CASTIÑEIRA PALOU/ROBLES PLANAS, «¿Cómo absolver a los "top manta"?», *InDret,* (2), 2007, p. 14.

[147] Al respecto *vid.*: BENITO SÁNCHEZ, «Aporofobia y delito: la criminalización del top manta», *Revista Penal,* (48), 2021, pp. 5 ss.; y 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, p. 43.

[148] SAP Valencia, Sección 4ª, de 24 de enero (ECLI:ES:APM:2019:2526).

la SAP Navarra 38/2020[149], en la que el beneficio potencial se estimó en 1.560€, y en la SAP Granada 205/2017[150], de 25 de abril de 2017, en la que el beneficio potencial se estimó en 1.394,80€. Como se puede observar, la descripción típica genera una absoluta inseguridad jurídica en el acusado». Para la autora, «por coherencia con el resto de delitos patrimoniales, deberá entenderse que hay reducida cuantía si no se superan los 400€»[151] (aunque a nuestro juicio resulta discutible que estemos ante delitos puramente patrimoniales). Lo cierto es que en el tipo penal dicha delimitación es inexistente al no preverse una cantidad concreta. Pero, es más, en lo que a nuestro estudio interesa: si el valor del beneficio no superase ni siquiera los, *v. gr.*, diez euros, cumpliéndose el resto de elementos típicos (cosa fácil de acreditarse para el fenómeno del «top manta») el sujeto seguirá respondiendo penalmente por un delito, si bien haciéndose posible, como decimos, la aplicación de un subtipo muy atenuado. Y, como apuntan CASTIÑEIRA PALOU/ROBLES PLANAS, «este proceder debe entenderse como consecuencia de la posición en que el legislador penal español ha dejado al intérprete ante el fenómeno: con una norma que formalmente parece abarcarlo todo, pero sin argumentos sobre la lesividad (material) jurídico-penal de las conductas de venta callejera ilegal de reproducciones»[152]. Esto hace que en la práctica, como continúan apuntando los autores, existan «casos de auténtica insignificancia, respecto de los cuales resulta sorprendente que hayan llegado a los Tribunales. Su escasa importancia hace que sea discutible que los recursos materiales y humanos de la Administración de justicia deban dedicarse a su enjuiciamiento»[153].

Desde una perspectiva *de lege ferenda* pensamos que es posible enarbolar una fundamentación suficiente con el objetivo de alentar al legislador a la reformulación cualitativa y cuantitativa de estos preceptos. Estamos de acuerdo con que debe abrirse la posibilidad de destipificar de nuestro Código Penal las conductas que identificamos como «top manta» cuando se trate de sujetos que hacen de dicho comportamiento su único medio de subsistencia y en atención a las circunstancias socioeconómicas de los mismos. Estamos igualmente de acuerdo con que, de conservarse los actuales subtipos atenuados, el hiperprivilegiado del segundo párrafo debería resultar de aplicación obligatoria y no meramente potestativa. E incluso coincidimos con aquellos sectores que en la doctrina abogan por el establecimiento de un límite cuantitativo objetivo para contener los casos que supongan una *reducida cuantía*[154]. Pero, estando de acuerdo con todo ello, además pensamos que *de lege lata* es posible emplear mecanismos interpretativos apoyados en el principio de insignificancia que terminen por dejar fuera del terreno penal los casos de bagatela desde una perspectiva teleológicamente orientada a la protección del bien jurídico (bien se identifique este en un sentido individual como el patrimonio o los derechos de explotación exclusiva, bien en un sentido supraindividual cercano a la tutela de la competencia leal en el mercado, bien incluso entendido en un sentido mixto). Y es que precisamente el fenómeno particular del «top manta» aglutina un conjunto de comportamientos de carácter nimio o irrisorio para los bienes jurídicos tutelados por la norma, por lo que puede incluso partirse de la base de que este tipo de conductas pueden ser comúnmente tildadas de *bagatela* por sí mismas. Ello obligaría, principalmente, a solicitar la descriminalización de estas conductas, como dijimos. Más existiendo el tipo penal, la oportunidad cae del lado del criterio

[149] SAP Navarra, Sección 1ª, de 2 de marzo (ECLI:ES:APNA:2020:30).

[150] SAP Granada, Sección 2ª, de 25 de abril (ECLI:ES:APNA:2020:30).

[151] BENITO SÁNCHEZ, *Revista Penal,* (48), 2021, p. 17.

[152] CASTIÑEIRA PALOU/ROBLES PLANAS, *InDret,* (2), 2007, p. 14.

[153] CASTIÑEIRA PALOU/ROBLES PLANAS, *InDret,* (2), 2007, p. 4.

[154] BENITO SÁNCHEZ, *Revista Penal,* (48), 2021, pp. 26-27.

de la insignificancia: si estas conductas no suponen un efectivo desvalor de injusto en relación con el bien jurídico, sino que este es insignificante, en analogía con lo que acontece en aquellos casos en los que de ningún modo una conducta puede afectar a un bien jurídico debe interpretarse también aquí la no-ilicitud penal del hecho.

Estamos de acuerdo con que, *de lege lata,* la sanción del fenómeno del «top manta» resulta desproporcionada. Como han señalado CASTIÑEIRA PALOU/ROBLES PLANAS «el principio de proporcionalidad, en general, es de difícil concreción. Salvo en casos extremos: cuando se trata de conductas castigadas con penas excesivas, o, al contrario, cuando las penas son demasiado leves. En este caso, y aunque exista la posibilidad de agravar la pena en los casos de *especial gravedad,* no cabe duda de que el tipo básico puede comprender hechos de gravedad muy distinta. Si a ello se le añade que además se trata de ilícitos civiles, es fácil llegar a la conclusión de que la pena que se impone en los casos de *top manta* es desproporcionada. Desproporción que deriva no tanto de un déficit de culpabilidad del sujeto como de un déficit de antijuricidad de los hechos»[155]. Precisamente porque se trata de un déficit en la antijuridicidad material de estos hechos, con los elementos dimanantes del principio de insignificancia podría construirse un argumento férreo contra la punición de estas conductas del modo siguiente: lo que se observa en las conductas del «top manta» es siempre una muy escasa lesividad para los bienes jurídicos en conflicto. En los supuestos relativos a la propiedad intelectual es incluso más patente, pues hoy las ventas de CD o DVD piratas es absolutamente marginal tras la irrupción de las plataformas digitales y las nuevas tecnologías de la información, por lo que difícilmente serán conductas que lesionen los derechos de explotación exclusiva de propiedad intelectual. En el caso de los delitos contra la propiedad industrial, si identificamos el bien jurídico en un interés individual, como es el derecho económico de explotación exclusiva de la marca en el mercado, tampoco este se verá lesionado con suficiente entidad, toda vez que existen ya vías civiles para la reclamación de la indemnización correspondiente, mucho más eficaces que el recurso al Derecho penal. Si, por el contrario, se enfatiza (como nosotros creemos correcto) en un bien jurídico de carácter colectivo identificado en la función que la marca cumple en el mercado y en la correcta competencia en dicho sector de mercado, teniendo en cuenta la deficiente calidad general de los productos del «top manta» (razón por la cual el precio es muchísimo más asequible para cualquier ciudadano medio; seguramente la persona que adquiere la copia no acudiría al mercado lícito a adquirir el producto verdadero) no existirá nunca *riesgo efectivo* de confusión acerca del origen empresarial del producto, por lo que la marca original seguirá preservando sus funciones en el mercado, sin que se vea afectada la competencia en el mismo[156]. La afectación a los bienes jurídicos es, a todas luces, insignificante, pues no se aprecia desvalor suficiente al nivel de la antijuridicidad material. Recordemos, además, que aunque estas conductas puedan terminar no siendo delictivas siempre quedará abierta la vía extrapenal para abordar el tratamiento del problema de manera más adecuada y proporcional[157].

---

[155] CASTIÑEIRA PALOU/ROBLES PLANAS, *InDret,* (2), 2007, p. 11.

[156] BENITO SÁNCHEZ, *Revista Penal,* (48), 2021, p. 26.

[157] Como apuntan CASTIÑEIRA PALOU/ROBLES PLANAS, *InDret,* (2), 2007, p. 13: «la existencia de otros medios, distintos y menos lesivos que el Derecho penal, para atajar este tipo de comportamientos está fuera de duda. Hay medios en el ámbito del Derecho administrativo y medios en el ámbito del Derecho civil a los que se podría recurrir. De hecho, se trata de casos en los que hay una clara tolerancia por parte de los cuerpos de seguridad. Así lo pone de manifiesto la SAP Burgos de 26 de noviembre de 2004 al señalar que las fuerzas de seguridad se limitan a poner dificultades a la venta callejera y, como mucho a incoar un expediente administrativo por venta no autorizada».

4.5. Recapitulación

En esta segunda parte de la investigación se han consagrado una serie de ideas que a continuación se presentan ordenadas a modo de resumen:

Primero: el Derecho penal económico no es una rama independiente desligada del resto del sistema penal, sino que se incardina dentro del mismo presentando algunas particularidades. Por un lado, en Derecho penal económico nos encontramos ante una tutela de bienes jurídicos de carácter *colectivo,* no individual, lo que resulta un factor determinante a la hora de manejar el criterio de la insignificancia, pues la comparativa entre el comportamiento ejecutado y el bien jurídico protegido es mucho más dilatada de lo que acontece en un delito que tutela un interés puramente individual. Si nos encontramos ante delitos de peligro concreto la valoración sobre la *significación* del hecho exigirá un examen de la antijuridicidad constituida por un desvalor de la conducta en función de su peligrosidad y un análisis sobre el desvalor de resultado que ahora no se identificará con el grado de *lesión efectiva* del bien jurídico sino con el nivel de peligro para el mismo (pudiendo identificarse así un *peligro insignificante).* Si estamos ante delitos de peligro abstracto solo será necesario analizar el concreto desvalor de acción, pues en estos tipos no es preciso acreditar que el comportamiento genere un *concreto* peligro a modo de resultado. Por otro lado, los delitos económicos complementan la tutela que se dispensa a ciertos intereses en otros sectores del Ordenamiento jurídico, haciendo frente solo a las conductas más graves. En muchos casos la conducta encuentra respuesta en sede extrapenal, por lo que si se incorpora el criterio de la insignificancia como fórmula interpretativa, podrá terminarse rechazando el recurso al delito continuando la protección por la vía de la legislación no-penal, conjugándose así un equilibrio de respuestas. Esta concepción ha sido defendida en la presente investigación sin ánimo de excluir otras posibles interpretaciones que también pueden estar llamadas a resultar eficaces en la tarea de delimitación de la tipicidad de los delitos económicos (como, por ejemplo, aquellas que se alejan del criterio del bien jurídico como elemento diferenciador aproximándose a la conjunción de la norma penal y la norma primaria extrapenal en relación de accesoriedad, o también aquellos otros criterios como la adecuación social o el riesgo permitido, cuya delimitación se explicó al comienzo del trabajo). Con todo, el núcleo de este trabajo ha sido exclusivamente el análisis del criterio de la insignificancia como método interpretativo teleológico dirigido a la aplicación restrictiva de los tipos penales económicos.

Segundo: el *principio de insignificancia* podrá servir como método interpretativo en algunos delitos económicos; en concreto, en aquellos en los que no se haya diseñado de forma adecuada el tipo de injusto, por emplearse una amplia definición gramatical o porque las fronteras del delito sean difusas respecto de otros sectores del Ordenamiento (o directamente por carecer de fronteras límite entre la normativa penal-económica y la normativa extrapenal). Esos criterios de diferenciación, tal como manifestamos *supra,* pueden ser de carácter cualitativo o cuantitativo (o bien mixtos o combinados). En aquellos tipos penales en los que no se han manejado tales criterios de diferenciación de forma adecuada podrá desplegar sus efectos el principio de insignificancia. En definitiva, ante tales supuestos solo restan dos opciones: o bien *de lege ferenda* se exhorta al legislador a modular las barreras de distinción en el sistema penal-económico, o bien *de lege lata* se indaga la posibilidad de proceder a una interpretación restrictiva de los tipos penales (teleológicamente orientada, como se dijo), bajo los postulados del principio de insignificancia.

Tercero: en el banco de pruebas se han seleccionado un conjunto de delitos que, en nuestro criterio, constituyen ejemplos claros de tipos penales *hiperinsuflados* en los que no se han delimitado correctamente las barreras que han de separar el reproche penal del reproche extrapenal, o en los que no se ha contenido correctamente el alcance del injusto desde una óptica cualitativa o bien cuantitativa. Se trata de tres delitos extraídos del Código Penal, aunque, como se adujo, el catálogo propuesto no constituye un listado cerrado de supuestos en los que podría tener sentido incorporar el principio de insignificancia.

Cuarto: encontramos espacio para el empleo del criterio interpretativo de la insignificancia en (a) el delito de blanqueo de capitales, donde, demostrado el estado de ultra-expansión del tipo, que además carece de límites claros de tipo cualitativo o cuantitativo, la doctrina más autorizada ya recurre al criterio de la insignificancia para limitar la aplicación del tipo penal, con el efecto de dejar fuera todos los objetos materiales de cuantía mínima o irrelevante y los montantes de bagatela o todos aquellos que no signifiquen un menoscabo relevante de la parcela del orden socioeconómico que se tutela con este delito (al no existir un límite cuantitativo claro, la jurisprudencia ya ha procedido con interpretaciones restrictivas de carácter teleológico bajo el criterio de la bagatela, realizando incluso constructos jurisprudenciales que identifican en 15.000 euros la cuantía mínima a partir de la cual se podrá estudiar la concurrencia de los elementos típicos en el delito de blanqueo); (b) el delito de fraude de prestaciones al sistema de la Seguridad Social, precepto que quebró la sistemática tradicional en este tipo de delitos abandonando ese sistema de cuantías, y en el que, tras la reforma operada en 2012, lo que anteriormente resultaba sancionable en sede extrapenal pasó, sin mayores exigencias típicas, a constituir delito (derogándose de facto toda sanción extrapenal sobre la materia). Tampoco en este tipo penal existen límites claros que señalen la *significación penal* de la conducta, ni cuantitativa ni cualitativamente. La tipicidad resulta tan desmesurada que, aún graduándose la pena en función de diferentes comportamientos, pueden terminar por acogerse en su seno conductas insignificantes, nimias o de bagatela (también en este injusto se han diseñado constructos jurisprudenciales con el objetivo de acotar su aplicación en la práctica, señalándose un límite de 10.000 euros para el tipo básico, pero quedando aún por responder a la cuestión sobre la punición de conductas que, quedando por debajo de ese límite, resultan insignificantes). También aquí, pues, encuentra espacio el principio interpretativo de insignificancia. Y (c) el delito conocido como «top manta», en el que el legislador tampoco ha optado por una delimitación cualitativa correcta que permita dejar fuera supuestos de nimiedad o insignificancia, que pueden continuar siendo objeto de tratamiento penal (si bien por la vía del subtipo hiperprivilegiado). Tampoco se ha decidido el legislador por establecer una delimitación cuantitativa de carácter mínimo que permita llevar al ámbito del Código Penal estos comportamientos dejando lo que quede por debajo de dicha cuantía en manos del ordenamiento administrativo-sancionador. Como fundamentamos, lo procedente sería solicitar la descriminalización de estas conductas, si bien de *lex lata* la oportunidad vuelve a caer del lado de la insignificancia: si estas conductas no suponen un efectivo desvalor de injusto en relación con el bien jurídico, sino que este es a todas luces insignificante, en analogía con lo que acontece en aquellos casos en los que de ningún modo una conducta puede afectar a un bien jurídico debe interpretarse también aquí la no relevancia penal del hecho.

5. Conclusiones

De manera muy comprimida se pueden dejar apuntadas una serie de conclusiones que se derivan de la investigación realizada.

El criterio de la *insignificancia* implica que las afectaciones mínimas, nimias o de bagatela de bienes jurídicos no constituyen una ofensa relevante a los fines que se persiguen con el tipo penal, debiendo quedar extramuros del sistema penal. Nos encontramos ante un principio que se deriva del más amplio de *ultima ratio.* No obstante, como se ha argumentado en las páginas previas, no nos encontramos ante una categoría dogmática autónoma, como causa de atipicidad, tal y como sostiene algún sector doctrinal. Cuando hablamos de insignificancia aludimos a supuestos en los que el hecho encaja *formalmente* en la descripción típica pero en los que también existe una afectación *material* al bien jurídico, por más que aquella pueda resultar mínima. Por ello el criterio de la insignificancia no está llamado a constituir una *regla* de atipicidad, constituyendo más bien un principio interpretativo de carácter teleológico y restrictivo, orientado a una adecuada protección de los bienes jurídicos en conflicto, y respondiendo a la necesidad de configurar un Derecho penal *fragmentario* (dentro de la *ultima ratio* aludida), imbricándose el mismo con el contenido de la antijuridicidad material.

Como principio que es, resulta complejo apuntalar de forma taxativa los elementos propios que lo integran, pues en cualquier caso su virtualidad dependerá del tipo penal en cuestión (de su concreto diseño) y de las particularidades del caso, exigiéndose un juicio interpretativo racional sobre el desvalor de acción (nivel de peligrosidad de la conducta) y el desvalor de resultado (grado de lesión o puesta en peligro del bien jurídico), sin tener en cuenta consideraciones personales atinentes al sujeto activo y al sujeto pasivo del delito, que concluya que el hecho se sitúa efectivamente en el ámbito de lo mínimo o insignificante, y excluyéndose así su sanción penal.

Trasladando el criterio de la insignificancia al ámbito del Derecho penal económico han de tenerse primeramente en cuenta las características propias definitorias de este sector de conocimiento. El Derecho penal económico no constituye una rama autónoma, sino que es parte integrante del sistema penal en su conjunto. Empero, presenta ciertas particularidades que han de tenerse presente. Como se ha desarrollado en la presente investigación, en este sector de conocimiento se dispensa protección a bienes jurídicos colectivos y no meramente individuales, por lo que la comparativa entre el comportamiento ejecutado y el bien jurídico protegido resultará siempre mucho más dilatada de lo que acontece en un delito que tutela un interés puramente individual. Por tal razón el criterio de la insignificancia opera aquí con un contenido diferente, por ejemplo, si el delito es de peligro concreto o abstracto. En los primeros la valoración sobre la concreta *significación* del hecho exigirá un examen de la antijuridicidad constituida por un desvalor de la conducta en función de su peligrosidad y un análisis sobre el desvalor de resultado que ahora no se identificará con el grado de *lesión efectiva* del bien jurídico sino con el nivel de peligro para el mismo (pudiendo identificarse así un *peligro insignificante).* En los segundos solo será necesario analizar el concreto desvalor de acción, pues nos situaremos ante tipos en los que no es preciso acreditar que el comportamiento genere un *concreto* peligro a modo de resultado. Pero, además, los delitos económicos complementan la tutela que se da a determinados intereses en otros sectores del Ordenamiento, encontrándose también respuestas sancionatorias en sede extrapenal. De este modo, incorporándose el criterio de la insignificancia a los delitos económicos podrá rechazarse la sanción penal recurriéndose a la protección efectiva

del interés que se trate por la vía de la legislación no-penal. Esta interpretación parte de un concreto entendimiento del sistema penal económico apoyado principalmente en la teoría diferenciadora a través de los bienes jurídicos objeto de tutela, aunque debe reconocerse también la existencia de otras posibles concepciones que, considerando insuficiente este criterio como punto de partida, acuden a la conjunción de la norma penal y la norma primaria extrapenal en relación de accesoriedad para delimitar la tipicidad de los injustos económicos, desde la teoría de los roles o los deberes. Reconocemos que estas líneas de entendimiento también pueden resultar eficaces para la consecución del objetivo de restricción o contención que se busca, al igual que otros criterios (como el de la adecuación social o el riesgo permitido) también coadyuvan en la práctica a tal empresa. Empero, el objeto directo de esta investigación ha sido, desde el inicio, indagar las posibilidades de integrar el criterio de la insignificancia en el seno de la delincuencia económica, como principio de carácter interpretativo, teleológico y restrictivo que permita dirigir al ámbito extrapenal ciertas conductas que formal y materialmente resultan encuadrables en la tipicidad del injusto económico cuando la afectación al bien jurídico resulte nimia o de bagatela.

Como se ha fundamentado en las páginas anteriores, el *principio de insignificancia* está llamado a tener virtualidad (como método interpretativo) en aquellos delitos económicos en los que el legislador no haya diseñado de forma adecuada el tipo de injusto, no conteniendo su alcance de modo correcto y no desligando de forma adecuada el recurso al Derecho penal de la persecución extrapenal del hecho. Existen en este sentido criterios de diferenciación de índole cualitativa, cuantitativa y mixta. Si mediante aquellos la tipicidad resultante deviene tan amplia que permite acoger bajo su seno (y consecuentemente sancionar penalmente) conductas nimias o irrisorias, solo restarán dos posibilidades: o bien, *de lege ferenda,* exhortar al legislador a modular las barreras de distinción en el sistema penal-económico de forma eficaz, o bien de *lege data* proceder mediante el criterio interpretativo de insignificancia a una restricción teleológica del tipo penal.

La investigación culmina con un concreto banco de pruebas en el que se han seleccionado tres tipos penales que, sin constituir un catálogo *numerus clausus,* en nuestra opinión constituyen ejemplos de delitos *hiperinsuflados* en los que no se han delimitado correctamente las barreras de diferenciación aludidas. De este modo, creemos haber demostrado que el principio de insignificancia tiene espacio de operatividad en (a) el delito de blanqueo de capitales, (b) el delito de fraude de prestaciones a la Seguridad Social, y (c) el delito contra la propiedad intelectual o industrial conocido como «top manta». En estos grupos de delitos se detecta una tipicidad amplia, bajo una falta de adecuada delimitación cualitativa y cuantitativa, que permite que en la práctica puedan sancionarse conductas de bagatela. Tal situación permitirá al intérprete (o al juzgador) manejar el criterio de la insignificancia aplicado a las circunstancias concretas que presente el caso, como elemento interpretativo de carácter restrictivo, que permita finalmente situar fuera del tipo penal tales conductas, reconduciéndose en su caso las mismas a la rama extrapenal del Ordenamiento que corresponda.

6. Bibliografía

ABEL SOUTO, «Prólogo», en GONZÁLEZ URIEL, *Aspectos básicos del delito de blanqueo de dinero,* Comares, Granada, 2021.

———, *La expansión penal del blanqueo de dinero*, Centro Mexicano de Estudios en lo Penal Tributario, México D. F., 2016.

———, «Blanqueo, innovaciones tecnológicas, amnistía fiscal de 2012 y reforma penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* (14), 2012, pp. 1-45.

ALONSO MADRIGAL/GÓMEZ LANZ, «Fraude a la ley tributaria, ilícito e infracción tributaria y delito de defraudación», *Revista de Contabilidad y Tributación,* (281), 2006, pp. 3-56.

ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, «Concepto, tipología y bien jurídico en el delito de blanqueo», en ARMIENTA HERNÁNDEZ/GOITE PIERRE/MEDINA CUENCA (coords.), *El lavado de dinero en el siglo XXI,* Universidad Autónoma de Sinaloa- Unijuris, México D. F., 2015.

BENITO SÁNCHEZ, «Aporofobia y delito: la criminalización del top manta», *Revista Penal,* (48), 2021, pp. 5-32.

BUSTOS RUBIO, «El delito de publicidad falsa: notas y aspectos controvertidos», en BUSTOS RUBIO/ABADÍAS SELMA (dirs.), *Protección penal del mercado y los consumidores,* Aranzadi, Navarra, 2022.

———, «Del "blanqueo del blanqueo" a la libertad de competencia: la sempiterna cuestión del bien jurídico en el delito de blanqueo de capitales», en BUSTOS RUBIO/RODRÍGUEZ ALMIRÓN (dirs.), *El sistema socioeconómico desde el prisma del Derecho Penal y la Criminología,* Aranzadi, Navarra, 2019.

———, *Delitos acumulativos,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

———, *La regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

———, «La tipificación del fraude en las prestaciones del sistema de Seguridad Social: el nuevo artículo 307 ter del Código Penal», *Revista Penal,* (35), 2015, pp. 24-44.

———, «Más allá del injusto culpable: los presupuestos de la punibilidad», *Estudios Penales y Criminológicos,* (35), 2015, pp. 189-238.

———, «Luces y sombras del nuevo delito de fraude en las prestaciones del sistema de Seguridad Social (art. 307 ter del Código Penal). Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada 184/2013, de 8 de marzo», *Estudios Financieros: Revista de Trabajo y Seguridad Social,* (380), 2014, pp. 177-183.

BUSTOS RUBIO/RODRÍGUEZ ALMIRÓN (dirs.), *El sistema socioeconómico desde el prisma del Derecho penal y la Criminología,* Aranzadi, Navarra, 2019.

CANCIO MELIÁ, «La teoría de la adecuación social en Welzel», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* (46-2), 1993.

CASTELLÓ NICÁS, «Principio de intervención mínima versus adecuación social, tolerancia social, e insignificancia en delitos de corrupción privada», *Cuadernos de Política Criminal,* (137), 2022, pp. 27-58.

CASTIÑEIRA PALOU/ROBLES PLANAS, «¿Cómo absolver a los "top manta"?», *InDret,* (2), 2007, pp. 1-15.

COBO DEL ROSAL/ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, *Blanqueo de capitales. Abogados, procuradores y notarios, inversores, bancarios y empresarios*, CESEJ, Madrid, 2005.

FEIJOO SÁNCHEZ, «Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial. Esbozo de una teoría general de los delitos económicos», *InDret,* (2), 2009, pp. 1-74.

———, «Límites del tipo objetivo en los delitos económicos», en GÓMEZ-JARA DÍEZ (coord.), *Persuadir y razonar: estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín,* t. II, Aranzadi, Navarra, 2018.

———, «Los delitos económicos», en BACIGALUPO SAGGESE/FEIJOO SÁNCHEZ,/ECHANO BASALDUA (coords.), *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo,* Ramón Areces, Madrid, 2016.

FLÁVIO GOMES, «Infracciones de bagatela y principio de insignificancia», en BUENO ARÚS, *et. al.* (dirs.)/GUZMÁN DÁLBORA/SERRANO MAÍLLO (eds.), *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, Dykinson, Madrid, 2006.

GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el Derecho Penal,* Aranzadi, Navarra, 1997.

GIMBERNAT ORDEIG, «Contra la nueva regulación de los delitos sexuales», *Diario del Derecho,* Iustel, 29 de septiembre de 2022. Acceso: 26 de octubre de 2022. [https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1226353]

———, *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 2009.

GÓMEZ PAVÓN/BUSTOS RUBIO, «Principio de legalidad y criterio gramatical como límite a la interpretación de la norma penal», *Revista Penal México,* (6), 2014, pp. 169-190.

GÓMEZ RIVERO, «La tutela penal de la propiedad intelectual e industrial: las últimas reformas», *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho,* (36), 2013, pp. 28-36.

GONZÁLEZ URIEL, *Aspectos básicos del delito de blanqueo de dinero,* Comares, Granada, 2021.

———, «Blanqueo de dinero, corrupción política y recuperación de activos», *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad,* (17), 2020, pp. 68-83.

GUZMÁN DALBORA, «La insignificancia: especificación y reducción valorativas en el ámbito de lo injusto típico», *Revista de Derecho Penal y Criminología,* (5), 1995, pp. 491-543.

LUZÓN PEÑA, «Causas de atipicidad y causas de justificación», en LUZÓN PEÑA/MIR PUIG (coords.), *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal,* Aranzadi, Navarra, 1995.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa, parte general,* 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El delito fiscal,* Montecorvo, Madrid, 1982.

MATALLÍN EVANGELIO, «El "autoblanqueo" de capitales», *Revista General de Derecho Penal*, (20), 2013, pp. 1-35.

MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General,* 10ª ed., Reppertor, Barcelona, 2015.

———, «El delito de coacciones en el Código Penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* (30-2), 1977, pp. 269-306.

MORESO/VILAJOSANA, *Introducción a la teoría del derecho,* Marcial Pons, Madrid, 2004.

MORILLAS CUEVA, «Aspectos dogmáticos y político-criminales del delito de blanqueo de capitales», *Revista Foro FICP*, (2), 2013, pp. 51-107.

MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General,* 11ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

NAVARRO CARDOSO/BUSTOS RUBIO, «Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social», *Revista General de Derecho Penal,* (34), 2020, pp. 1-10.

NAVARRO MASSIP, «La adecuación social y el principio de insignificancia como causas de exclusión de la tipicidad en relación al principio de intervención mínima», *Revista Aranzadi Doctrinal,* (8), 2011, pp. 49-62.

NIETO MARTÍN, «Introducción al Derecho penal económico y de la empresa», en DE LA MATA BARRANCO/DOPICO GÓMEZ-ALLER/LASCURAÍN SÁNCHEZ/NIETO MARTÍN, *Derecho penal económico y de la empresa,* Dykinson, Madrid, 2018.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Sobre el concepto del Derecho penal,* Sección de Publicaciones Universidad de Madrid, Madrid, 1981.

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.

ROLDÁN BARBERO, *Adecuación social y teoría jurídica del delito. Sobre el contenido y los límites de una interpretación sociológica restrictiva de los tipos penales,* Universidad de Córdoba, Córdoba, 1992.

ROMAGNOSI, *Programa de Derecho Criminal. Parte Especial,* v. IV*,* Temis, Bogotá, 1987.

ROXIN, *Derecho Penal. Parte General,* t. I*,* Thomson Civitas, Madrid, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico,* Atelier, Barcelona, 2022.

———, «Bases de un concepto restrictivo de riesgo permitido», en OLMEDO CARDENETE/NÚÑEZ PAZ/SANZ MULAS/POLAINO-ORTS (dirs.), *Ciencia penal y generosidad. De lo mexicano a lo universal. Libro Homenaje a Carlos Juan Manuel Daza Gómez, in memoriam,* Bosch, Barcelona, 2021.

———, «La legislación penal económica» en SILVA SÁNCHEZ (dir.), ROBLES PLANAS (coord.), *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General y Especial,* Atelier, Barcelona, 2020.

TERRADILLOS BASOCO, «Nuevo tipo de fraude a la Seguridad Social (art. 307 ter)», en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/DOPICO GÓMEZ-ALLER (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

TIEDEMANN, *Manual de Derecho penal económico. Parte General y Especial,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

VIEJO MAÑANES, «A propósito de la 'especial gravedad' en el delito de fraude de prestaciones sociales (art. 307 ter.1 CP)», *La Ley Penal,* (147), 2020.

VIEJO MAÑANES, «El delito de fraude de prestaciones sociales (art. 307 ter CP): una manifestación del Derecho penal aporófobo», *Revista Sistema Penal Crítico,* (2), 2021, pp. 215-224.

WELZEL, *Derecho penal alemán. Parte General,* 11ª ed., Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1976.

ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal. Parte General,* Ediar, Buenos Aires, 2005.

InDret
4.2023

¿Violaciones por engaño?

Sobre el concepto de consentimiento y el objeto del consentimiento sexual

Carlos Castellví Monserrat
Universitat de Barcelona

-

Sumario

-

¿Pueden cometerse violaciones por engaño? La respuesta depende de qué signifique la palabra «consentimiento» del art. 178.1 CP. Este trabajo empieza poniendo de relieve que dicha palabra tiene, al menos, dos significados: uno débil (aceptación) y otro fuerte (aceptación libre y consciente). Tras exponer las consecuencias de interpretar de un modo u otro el «consentimiento» del art. 178.1 CP, se concluye que dicha palabra significa, simplemente, «aceptación». De esta forma, se niega la posibilidad de castigar como violaciones las relaciones sexuales que han sido aceptadas debido a un engaño (por ejemplo, dando a entender que una persona es soltera, rica, etc.). Sin embargo, más adelante se muestra que los engaños no solo pueden emplearse para lograr que otro acepte una relación sexual, sino también para ocultar la realización de un acto sexual que no se ha aceptado en absoluto. Esto sucede cuando se oculta alguno de los elementos que definen un acto sexual: el contacto corporal que implica o su naturaleza sexual. En estos casos, el sujeto engañado consiente un acto sexual (o médico) distinto al realizado. Y, por ello, dicho engaño puede dar lugar a una violación.

Abstract

-

Can rape be committed by deception? The answer depends on what is meant by the word «consent» in the article 178.1 of the Penal Code. This paper begins by highlighting that this word has at least two meanings: a weak one (acceptance) and a strong one (free and conscious acceptance). After explaining the consequences of both alternative interpretations, it concludes that the word simply means «acceptance». Thus, it is denied that sexual relations that have been accepted due to deception (e.g., by implying that someone is single, rich, etc.) are rape. However, it is shown that deception can be used not only for another to accept a sexual relationship, but also to conceal the performance of a sexual act that has not been accepted at all. This happens when some of the elements that define a sexual act are concealed: the bodily contact involved or its sexual nature. In these cases, the deceived subject consents to a sexual (or medical) act other than the one performed. And, therefore, such deception can be punished as rape.

Zusammenfassung

-

Kann eine Vergewaltigung durch Täuschung begangen werden? Die Antwort hängt davon ab, was mit dem Wort «Einwilligung» in Artikel 178 Absatz 1 des Strafgesetzbuchs gemeint ist. In diesem Beitrag wird zunächst hervorgehoben, dass das Wort mindestens zwei Bedeutungen hat: eine schwache (Zustimmung) und eine starke (freie und bewusste Zustimmung). Nach Darlegung der Folgen, die sich aus der einen oder anderen Auslegung des Begriffs „Einwilligung» in Artikel 178 Absatz 1 ergeben, wird der Schluss gezogen, dass „Einwilligung» schlicht „Zustimmung» bedeutet. Es wird also verneint, dass sexuelle Beziehungen, die aufgrund einer Täuschung angenommen wurden, eine Vergewaltigung darstellen (z. B. wenn jemand behauptet er sei unverheiratet, reich usw.). Im Folgenden wird jedoch gezeigt, dass eine Täuschung nicht nur zur Zustimmung einer sexuellen Beziehung dient, sondern auch zur Verschleierung der Durchführung einer sexuellen Handlung, die nicht akzeptiert wurde. Dies ist der Fall, wenn eines der Elemente, die einen sexuellen Akt definieren, verheimlicht wird: sein Körperlicher Kontakt oder seine sexuelle Natur. In diesen Fällen hat die getäuschte Person in

eine andere sexuelle (oder medizinische) Handlung eingewilligt als die, die durchgeführt wurde. Eine solche Täuschung kann daher als Vergewaltigung strafbar sein.

Title: *Rape by deception?: The concept of consent and the object of sexual consent*
Titel: *Vergewaltigung durch Täuschung?: Über den Begriff der Einwilligung und den Gegenstand der sexuellen Einwilligung*
-
Palabras clave: Consentimiento, violación, libertad reproductiva, stealthing, error in persona.
***Keywords*:** *Consent, rape, reproductive autonomy, stealthing, error in persona.*
Stichwörter: *Einverständnis, Vergewaltigung, reproduktive Freiheit, Stealthing, Error in persona.*
-

DOI: 10.31009/InDret.2023.i4.06
-

InDret

4.2023

Recepción
19/02/2023
-
Aceptación
29/03/2023
-

Índice

-

1. ***Introducción***
2. ***Un tiktoker (in)fértil***
   - 2.1. ¿Qué significa consentir?
   - 2.2. ¿Qué significa consentir en el Código penal?
   - 2.3. ¿Qué significa consentir en los delitos contra la libertad sexual?
     - a. ¿Actos que atentan contra la libertad sexual de otra persona «con» su consentimiento?
     - b. Consentimiento sexual y error
     - c. ¿Buenas y malas razones para consentir una relación sexual?
   - 2.4. Las condiciones de validez del consentimiento sexual
   - 2.5. Delitos sexuales y delitos cometidos a través del sexo: sobre los ataques a la libertad reproductiva
3. ***Una práctica denominada stealthing***
   - 3.1. El objeto del consentimiento sexual
   - 3.2. El contacto corporal
     - a. Preservativos pinchados y eyaculaciones sin consentimiento
     - b. ¿*Stealthing* inverso?
     - c. ¿Agresión sexual con acceso carnal consentido?
     - d. ¿*Error in persona*?
   - 3.3. La naturaleza sexual
4. ***¿Pueden cometerse violaciones por engaño?***
5. ***¿Se protege más el patrimonio que la libertad sexual?***
6. ***Conclusiones***
7. ***Bibliografía***

-

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

1. Introducción*

Un popular usuario de la plataforma *Tik Tok* afirmó recientemente que, para mantener relaciones sexuales sin preservativo, fingía ser infértil: «yo les digo que tranquilas que soy estéril. Tú tranquila que yo me he operado para no tener hijos. Y cuando me llegue el hijo, bendito sea»[1]. Ante la repercusión de dichas afirmaciones, la Ministra de Igualdad instó a que la Fiscalía abriera una investigación y, en una carta, mostró su preocupación por «el hecho de que se esté promoviendo entre la juventud la práctica denominada *stealthing*, consistente en quitarse el preservativo durante una relación sexual sin consentimiento de la mujer»[2]. Poco tiempo después se publicó una sentencia cuyos hechos probados ilustran perfectamente la práctica mencionada por la ministra: «A. sólo aceptó mantener las relaciones sexuales con uso de preservativo (...). Sin embargo, José no llegó a ponerse en ningún momento el preservativo y, pese a ello, sin decirle nada a A., inició la penetración por vía vaginal, que ésta aceptó en la convicción de que tenía puesto el tan citado profiláctico»[3].

Los hechos relatados por el *tiktoker* y la práctica denominada *stealthing* tienen un elemento en común: el engaño. En ambos casos se emplea un engaño para lograr una relación sexual. El objetivo de este trabajo es, precisamente, determinar si dichas relaciones sexuales (obtenidas mediante engaño) constituyen una violación. De esta forma, pretende responderse a la pregunta de: *¿pueden cometerse violaciones por engaño?*

La estructura de este trabajo girará en torno a los dos casos de actualidad mencionados. La primera parte se centrará en el supuesto descrito por el *tiktoker* (2). Así, en primer lugar, se analizará si las relaciones sexuales con la mujer engañada han sido realizadas «sin su consentimiento» (art. 178.1 CP). Para resolver esta cuestión se identificarán los (dos) significados que, en general, puede tener la palabra «consentimiento»: o bien «aceptar», o bien «aceptar libre y conscientemente» (2.1). Tras ello, se pondrá de manifiesto que el Código penal emplea dicha palabra en sus dos sentidos posibles (2.2). Y luego se mostrará que en los delitos contra la libertad sexual «consentir» significa, simplemente, «aceptar» (2.3). De lo contrario, el tipo genérico de agresiones sexuales resultaría redundante (2.3.a). Y, además, deberían castigarse todas las relaciones sexuales aceptadas a causa de un error; por ejemplo, las aceptadas debido a la falsa creencia de que la otra parte es soltera, famosa, rica, etc. (2.3.b). Es más, también deberían sancionarse las relaciones sexuales aceptadas por errores referidos a motivos discriminatorios (2.3.c). Como esto se estima inadmisible, se sostendrá que los actos sexuales «no consentidos» son, únicamente, los actos sexuales «no aceptados»: los tocamientos sorpresivos, aquellos realizados sobre personas dormidas, etc. En cambio, los actos sexuales «aceptados» deberán considerarse «consentidos». Y dicho consentimiento (solo) estará viciado o será inválido en los casos previstos en los arts. 178.2 y 181.1 CP; es decir, cuando concurra violencia, intimidación,

---

* Autor/a de contacto: Carlos Castellví Monserrat (carloscastellvi@ub.edu). Este artículo ha sido desarrollado en el marco del Proyecto de investigación «Violencia extrema sobre la mujer: respuesta penal y alternativas para la prevención» (VEM, PID2022-140170NB-I00). Agradezco profundamente a Sergi Cardenal, Sara Castellví, Gema Clarimón, Ivó Coca, Silvia Fernández, Marta Pantaleón, Leopoldo Puente y Alejandro Turienzo sus valiosas observaciones y críticas a una versión inicial de este artículo. También quiero dar las gracias a Marina Mínguez por el impulso que supuso nuestro trabajo conjunto para profundizar en este tema.

[1] https://www.publico.es/politica/igualdad-denuncia-fiscalia-tiktoker-naim-darrechi.html

[2] https://elpais.com/sociedad/2021-07-12/igualdad-pide-a-la-fiscalia-que-investigue-a-un-tiktoker-que-presume-de-no-usar-condon-les-digo-a-las-chicas-que-soy-esteril.html

[3] STSJ Andalucía, Sala de lo Civil y Penal, de 1 de julio de 2021 (ECLI:ES:TSJAND:2021:12396).

abuso de una situación de superioridad, una víctima menor de dieciséis años, etc. (2.4). Teniendo en cuenta que en dichos preceptos no se alude al «engaño», deberá concluirse que los actos sexuales aceptados mediante engaño no son agresiones sexuales. Y que, por ello, el supuesto descrito por el *tiktoker* no constituye una violación, sino, únicamente, un atentado contra la libertad reproductiva. Un atentado que, *de lege lata*, solo podría sancionarse mediante los delitos que protegen la integridad física (2.5).

La segunda parte de este trabajo se ocupará del *stealthing* (3). Dicha parte empezará mostrando que un engaño puede emplearse, no solo para mantener relaciones sexuales consentidas (como en el caso del *tiktoker*), sino también para ocultar una relación sexual que no ha sido aceptada en absoluto. A continuación, se defenderá que el engaño característico del *stealthing* sirve para lo segundo; esto es, para ocultar que se está realizando un acto sexual distinto al consentido. Para llegar a esta conclusión deberán identificarse los elementos que definen un acto sexual; es decir, los elementos que delimitan el objeto del consentimiento sexual (3.1). El primero de ellos será el contacto corporal involucrado (3.2). Así, una «penetración vaginal con preservativo» constituirá un acto sexual distinto a una «penetración vaginal sin preservativo», pues el contacto corporal involucrado es diferente (un contacto directo entre preservativo y membranas mucosas en lugar de un contacto directo entre membranas mucosas). Por ello, el *stealthing* será una agresión sexual. Y lo mismo ocurrirá con las eyaculaciones sin consentimiento (3.2.a). O con el *stealthing* inverso (3.2.b). En todo caso, aunque algunas de dichas agresiones sexuales no constituyan violaciones —por ejemplo, las que derivan de eyacular sin consentimiento durante una penetración—, el *stealthing* sí deberá calificarse como tal (3.2.c). Por otro lado, algún *error in persona* también constituirá una agresión sexual (y, en su caso, una violación): en concreto, aquel en que alguien consiente un contacto sexual con el cuerpo de una persona y, en cambio, sufre un contacto sexual con el cuerpo de otra (3.2.d). Finalmente, se mostrará que los actos sexuales no solo se definen por el contacto corporal que implican, sino también por su naturaleza sexual. Y, por ello, ocultar dicha naturaleza (por ejemplo, en un contexto médico) puede dar lugar a una agresión sexual (3.3). El artículo terminará dando respuesta a las siguientes preguntas: teniendo en cuenta que algunos engaños (los de la estafa) vician o invalidan el consentimiento patrimonial, ¿cómo puede ser que no ocurra lo mismo con el consentimiento sexual?; ¿es que acaso se protege más el patrimonio que la libertad sexual? (3.5).

2. Un *tiktoker* (in)fértil

Un *tiktoker* engaña a una mujer sobre su (in)fertilidad para que, de este modo, acepte mantener relaciones sexuales sin preservativo. ¿Constituyen dichas relaciones una violación? Pues bien, antes que nada, debe señalarse que los actos sexuales realizados mediante engaño no están incluidos en el catálogo del art. 178.2 CP. Es decir, no están incluidos en el catálogo de actos que, en todo caso, deben considerarse agresiones sexuales (actos de contenido sexual realizados empleando violencia, intimidación, abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad, etc.). Obviamente, esto último no impide que las relaciones sexuales protagonizadas por el *tiktoker* sean consideradas una agresión sexual (y, por tanto, una violación). Al fin y al cabo, el art. 178.1 CP califica como agresión sexual cualquier acto sexual realizado con otra persona «sin su consentimiento». En consecuencia, si se estima que las relaciones sexuales entre el *tiktoker* y la mujer engañada se han llevado a cabo «sin su consentimiento», el primero habrá cometido una violación.

Ahora bien, ¿las relaciones sexuales entre el *tiktoker* y la mujer engañada se han llevado a cabo «sin su consentimiento»? La respuesta no es evidente y, en todo caso, depende de qué se entienda por «consentimiento». A continuación, se pondrá de manifiesto que dicha palabra tiene dos significados: con uno, será indiscutible que la mujer engañada ha «consentido» la relación sexual; con el otro, dicha relación se habrá realizado «sin su consentimiento» (art. 178.1 CP).

2.1. ¿Qué significa consentir?

La palabra «consentimiento» tiene, como mínimo, dos significados: uno *débil* y otro *fuerte*[4]. Con el débil, consentir es, simplemente, «aceptar». Con el significado fuerte, en cambio, consentir es «aceptar libre y conscientemente»[5]. Los siguientes párrafos de la STS 344/2019[6] ilustran muy gráficamente ambos significados, poniéndolos en relación con el concepto de intimidación:

> «(…) la intimidación, a los efectos de la integración del tipo de agresión sexual, debe ser seria, previa, inmediata, grave y determinante del *consentimiento forzado*».
>
> «En el caso de intimidación no existe consentimiento de la víctima hay una *ausencia de consentimiento*, ésta se encuentra doblegada por la intimidación por el miedo que le provoca la actitud del agente».

En el primer párrafo la intimidación determina un «consentimiento forzado», mientras que en el segundo comporta la «ausencia de consentimiento». Puede parecer contradictorio que la

---

[4] WESTEN, *The Logic of Consent*, 2004, p. 107; FERZAN/WESTEN, «How to Think (Like a Lawyer) About Rape», *Criminal Law and Philosophy*, (11), 2017, p. 764, empleando una denominación similar: la de significado «fáctico» y «jurídico». Sin embargo, aquí prefiere evitarse dicha denominación, pues da a entender algo que no se corresponde con la realidad: que un significado es el propio del Código penal (el «jurídico») y el otro no (el «fáctico»). Véase al respecto el apartado 2.2.

[5] La palabra «consentir» tiene un tercer significado; este es, «aceptar en condiciones que determinan la atipicidad (o justificación) de una conducta que, de otro modo, sería delictiva». Dicha noción de consentimiento es, sin duda, la más familiar para un penalista (pues constituye la base de la clásica distinción entre «*Einverständnis*» y «*Einwilligung*»). Sin embargo, al contrario de lo que sucede con el significado débil (aceptar) y fuerte (aceptar libre y conscientemente), esta noción de consentimiento no se define por su contenido, sino por sus *efectos*: determinar la atipicidad (o justificación) de una conducta. Y, claro, esto implica que su contenido no es siempre el mismo (como ocurre con el significado débil y el fuerte), sino que varía en función de cuál sea la conducta consentida. En este sentido, «consentir» un trasplante de órganos será algo distinto a «consentir» una transacción patrimonial, pues una conducta y otra deben aceptarse en condiciones distintas para ser atípicas (o estar justificadas). Así, por ejemplo, «consentir» un trasplante de órganos no incluye aceptarlo a cambio de precio (art. 156 CP), mientras que «consentir» una transacción patrimonial sí incluye aceptarla en esas mismas condiciones. En cambio, en sentido débil (aceptar) o fuerte (aceptar libre y conscientemente), «consentir» un trasplante de órganos es lo mismo que «consentir» una transacción patrimonial (con independencia de si dicho consentimiento determina o no la atipicidad de la conducta en cuestión). Es más, «consentir» un cohecho también significa exactamente lo mismo (aunque, obviamente, dicho consentimiento nunca comportará su atipicidad). En este sentido (débil o fuerte) la noción de consentimiento está totalmente desvinculada de sus efectos. Y, precisamente por ello, puede emplearse para dotar de contenido a un precepto del Código penal. Así, por ejemplo, la palabra «consentimiento» del art. 178.1 CP puede significar «aceptación» o «aceptación libre y consciente». Pero nunca puede significar «aceptación en condiciones que determinan la atipicidad de una conducta». De lo contrario, el art. 178.1 CP resultaría ininteligible, pues diría algo así: «Será castigado (…) el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su "aceptación en condiciones que determinen la atipicidad de su conducta"». Ante una frase de estas características surge inmediatamente la pregunta de: ¿a qué condiciones se refiere? Y, claro, dicha pregunta debe responderla el propio art. 178.1 CP. En concreto, debe responderla con el significado (débil o fuerte) de la palabra «consentimiento».

[6] STS 344/2019, Penal, de 4 de julio, (ECLI:ES:TS:2019:2200).

intimidación fuerce el consentimiento y, a su vez, niegue la concurrencia de dicho consentimiento. No obstante, la contradicción desaparece cuando se advierte que la palabra «consentimiento» se emplea en dos sentidos distintos: en el primer párrafo se utiliza en sentido débil (aceptación) y en el segundo en sentido fuerte (aceptación libre y consciente). De este modo, las dos afirmaciones pasan a ser plenamente coherentes: la intimidación fuerza la «aceptación» y, al mismo tiempo, niega la concurrencia de una «aceptación libre y consciente»[7].

Otro ejemplo muy gráfico de los distintos significados de la palabra «consentimiento» puede encontrarse en el siguiente párrafo de la STS 446/2020[8]:

> «cuando se hizo la grabación y las fotografías los menores carecían de la madurez necesaria para *consentir* (...). Por tanto y en lo que afecta a la lesión del bien jurídico carece de relevancia alguna que los menores *consintieran* o no».

De nuevo, este párrafo puede parecer contradictorio: si los menores no pueden consentir, ¿qué sentido tiene afirmar que su consentimiento es irrelevante? Para que el párrafo transcrito sea coherente debe advertirse que la palabra «consentimiento» se utiliza en dos sentidos distintos: el primero es fuerte (aceptación libre y consciente) y el segundo débil (aceptación). Así, la frase cobra pleno sentido: los menores carecen de la madurez necesaria para «aceptar de forma libre y consciente» y, precisamente por ello, su «aceptación» es irrelevante.

Un último ejemplo de los dos significados que puede tener la palabra «consentimiento»:

> «(...) la expresión "consentimiento informado" resultaría en cierto modo redundante: sin la debida información por parte del médico, el *consentimiento* del paciente no sería propiamente una conformidad "libre, voluntaria y consciente"».
>
> «Paso ahora a analizar la posible responsabilidad penal y civil del médico que (...) practica una ligadura de trompas con el *consentimiento* de una paciente que desea ser esterilizada, sin informarla —debiendo haberlo hecho— de la posibilidad de que tras la intervención aumente su riesgo de sufrir un embarazo ectópico» [9].

En el primer párrafo, la profesora PANTALEÓN DÍAZ afirma que el consentimiento es «informado» por definición (y que, por ello, la expresión «consentimiento informado» resulta redundante). En el segundo párrafo, sin embargo, analiza la responsabilidad que genera una operación «consentida sin la debida información». ¿Es compatible lo uno con lo otro? Obviamente, si el consentimiento es «informado» por definición, la alusión a un «consentimiento sin la debida información» constituye una contradicción en los términos. Esto pone de manifiesto que, una vez más, la palabra «consentimiento» se emplea en dos sentidos distintos: uno fuerte (aceptación con libertad y conocimiento) y otro débil (aceptación). De este modo, ambos párrafos resultan perfectamente compatibles: en el primero se afirma que «aceptar con libertad y conocimiento»

---

[7] Sobre la relevancia de esto último a los efectos de distinguir la intimidación del abuso de una situación de superioridad, CASTELLVÍ MONSERRAT, «¿Intimidación o abuso de una situación de superioridad? Sobre el consentimiento, la libertad y las amenazas en las agresiones sexuales», en prensa, 2.2.

[8] STS 446/2020, Penal, de 15 de septiembre, (ECLI:ES:TS:2020:3012).

[9] PANTALEÓN DÍAZ, «Ausencia de consentimiento, defecto de información y responsabilidad médica», *Diario La Ley*, (9277), 2018, p. 2.

requiere, por definición, la debida información; en el segundo, simplemente, se analiza la responsabilidad que genera una operación «aceptada» sin la debida información[10].

2.2. ¿Qué significa consentir en el Código penal?

De los dos sentidos que tiene la palabra «consentimiento», ¿cuál es el empleado por el Código penal? Pues bien, al igual que la jurisprudencia y la doctrina, nuestro texto punitivo utiliza dicha palabra en sus dos sentidos posibles. Es decir, en sentido débil (aceptación) y fuerte (aceptación libre y consciente).

En ocasiones, el Código penal utiliza claramente un concepto débil de «consentimiento». El art. 156 CP constituye un ejemplo muy gráfico:

> «(...) el *consentimiento* válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la ley (...)».

De acuerdo con este precepto, lo que exime de responsabilidad en los supuestos de trasplante de órganos no es el consentimiento, sino el consentimiento libre y consciente. Esto pone de manifiesto que la palabra «consentimiento» se emplea en sentido débil (aceptación). Al fin y al cabo, si el «consentimiento» se entiende en sentido fuerte (aceptación libre y consciente), la locución «consentimiento libre y consciente» sería redundante[11].

Otro ejemplo. Al igual que ocurría en el caso anterior, el segundo inciso del art. 144 CP emplea la palabra «anuencia» (como sinónimo de «consentimiento») en sentido débil:

---

[10] Tal y como indica WESTEN, *The Logic of Consent*, 2004, p. 39, aceptar algo «es elegirlo, ya sea por preferirlo subjetivamente o por ser indiferente a ello en las circunstancias concurrentes. Sin embargo, una persona no puede elegir algo subjetivamente sin ser consciente de ello». Precisamente por ello, el concepto débil de consentimiento (aceptación) presupone un determinado conocimiento: el de aquello que se consiente. En este sentido (débil), «consentir» un acto sexual requiere conocer dicho acto sexual. Y, en ese mismo sentido, «consentir» un tratamiento médico exige «la base de una información básica sobre las características generales y la finalidad del tratamiento (...), por mucho que tal información sea a su vez insuficiente para considerar cumplido el deber de información asistencial del médico» (PANTALEÓN DÍAZ, *Diario La Ley*, 2018, p. 3). En cambio, el concepto fuerte de consentimiento (aceptación libre y consciente) no solo presupone el conocimiento de su objeto (es decir, de aquello que se consiente), sino también el de toda aquella información que resulta relevante. En este sentido (fuerte), «consentir» un tratamiento médico requiere «el cumplimiento por parte del médico de su deber de información asistencial» (PANTALEÓN DÍAZ, *Diario La Ley*, 2018, p. 2). De este modo, la diferencia entre realizar un tratamiento médico «no consentido» en un sentido u otro (débil o fuerte) sería, precisamente, la que identifica agudamente PANTALEÓN DÍAZ, *Diario La Ley*, 2018, p. 2, entre «los casos en los que el médico no recaba siquiera su consentimiento [el del paciente] para llevar a cabo el tratamiento» y «aquellos otros en que lo recaba y lo obtiene, si bien previo cumplimiento defectuoso de su obligación de información asistencial».

[11] Obviamente, la clase de aceptación que tiene el *efecto* de eximir de responsabilidad en los supuestos de trasplante de órganos es aquella que, como mínimo, resulte libre y consciente; es decir, aquella que, como mínimo, pueda calificarse como «consentimiento» fuerte. Sin embargo, ello es perfectamente compatible con que la palabra «consentimiento» que aparece en el art. 156 CP se utilice en sentido débil (aceptación). A estos efectos, no debe confundirse el contenido que tiene la palabra «consentimiento» en el art. 156 CP (aceptación) con el contenido que tiene el «consentimiento» que exime de responsabilidad por un trasplante de órganos (aceptación libre, consciente, etc.). Lo primero responde a la pregunta de ¿qué significa el «consentimiento» que aparece en el texto del Código penal? En cambio, lo segundo contesta a la pregunta de ¿qué «consentimiento» tiene el efecto de excluir la responsabilidad penal?

> «Las mismas penas se impondrán al que practique el aborto habiendo obtenido la *anuencia* de la mujer mediante violencia, amenaza o engaño».

La «anuencia» a la que se refiere este precepto debe obtenerse mediante violencia, amenaza o engaño. Teniendo en cuenta que dichos medios anulan la libertad (violencia o amenaza) o la consciencia (engaño) de la mujer embarazada, el sentido de la palabra «anuencia» no puede ser fuerte (aceptación libre y consciente). Resulta evidente que la violencia, la amenaza o el engaño no son medios aptos para obtener una «aceptación libre y consciente». En consecuencia, si se quiere evitar que el segundo inciso del art. 144 CP quede vacío de contenido, el sentido de la palabra «anuencia» debe ser débil (aceptación). Así, dicho precepto abarcará los abortos en que se haya obtenido la «aceptación» de la mujer mediante violencia, amenaza o engaño.

Los artículos anteriores emplean claramente un concepto débil de «consentimiento»[12]. De lo contrario, serían redundantes o inaplicables. No obstante, el Código penal también contiene algunos preceptos que, con la misma claridad, utilizan la palabra «consentimiento» en sentido fuerte. El art. 161.1 CP constituye un ejemplo de ello:

> «Quien practicare reproducción asistida en una mujer, sin su *consentimiento*, será castigado con la pena de (...)».

Con la noción débil de «consentimiento» (aceptación), el precepto transcrito solo abarcaría los actos de reproducción asistida que no han sido aceptados en modo alguno. Esto dejaría fuera de su alcance los actos de reproducción asistida que una mujer haya aceptado sin libertad o consciencia (pues dichos actos habrían sido «consentidos»). Así, por ejemplo, los actos de reproducción asistida aceptados mediante intimidación no podrían subsumirse en el art. 161.1 CP. Tampoco los que haya aceptado una mujer que carezca de las capacidades volitivas y cognoscitivas necesarias para aceptar libre y conscientemente una reproducción asistida. Y, por supuesto, lo mismo ocurriría con los actos de reproducción asistida aceptados por engaño. Teniendo en cuenta que el Código penal no tipifica expresamente los actos de reproducción asistida aceptados en dichas circunstancias, su realización debería quedar impune. Obviamente, esto resulta irrazonable (sobre todo, en el caso de la intimidación) y, precisamente por ello, el «consentimiento» del art. 161.1 CP debe interpretarse en sentido fuerte (aceptación libre y consciente). De este modo, el precepto en cuestión incluiría los actos de reproducción asistida aceptados mediante intimidación, con abuso de algún trastorno mental o, simplemente, por

[12] También utiliza una noción débil de «consentimiento» el art. 177 bis.3 CP: «El *consentimiento* de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero de este artículo». Teniendo en cuenta que dichos medios son la «violencia, intimidación o engaño (...).» parece evidente que el art. 177 bis.3 CP no se refiere a una «aceptación libre y consciente», sino a una mera «aceptación» (que es lo único que puede obtenerse mediante violencia, intimidación o engaño). Y lo mismo ocurre con el art. 49 CP: «Los trabajos en beneficio de la comunidad, que no podrán imponerse sin el *consentimiento* de la persona condenada (...)». Adviértase que, con la noción fuerte de «consentimiento» (aceptación libre y consciente), el art. 49 CP resultaría inaplicable. Después de todo, los trabajos en beneficio de la comunidad nunca se aceptan «libremente». Tal y como indica BLAY GIL, «Nueve tópicos acerca del trabajo en beneficio de la comunidad», *InDret*, (4), 2007, p. 10, dicha aceptación siempre está «condicionada por la amenaza que representa la imposición alternativa de otra pena». Esa amenaza (legítima) de sufrir otra pena constriñe la voluntad del condenado de un modo incompatible con «aceptar libremente» los trabajos en beneficio de la comunidad. Precisamente por ello, el «consentimiento» del art. 49 CP debe entenderse en sentido débil (aceptación). De este modo, los trabajos en beneficio de la comunidad podrán imponerse con un consentimiento «no libre». Esto es, con un consentimiento obtenido mediante la amenaza de una pena alternativa. Así, BRANDARIZ GARCÍA, *La sanción penal de trabajos en beneficio de la comunidad*, 2009, p. 357.

engaño[13]. Al fin y al cabo, dichos actos se habrían realizado sin la aceptación libre y consciente de la mujer. Esto es, «sin su consentimiento» (art. 161.1 CP).

Lo anterior resulta extensible a todos los artículos que prohíben conductas «sin consentimiento» y que, sin embargo, no tipifican expresamente la realización de esas mismas conductas (como mínimo) con intimidación. En esos casos, el Código penal emplea un concepto fuerte de consentimiento, pues, de lo contrario, los artículos en cuestión serían claramente infra-inclusivos (sobre todo por lo absurdo que resulta dejar impunes las conductas aceptadas mediante intimidación).

De todos modos, no siempre queda claro si la palabra «consentimiento» se emplea en sentido débil o fuerte[14]. Lo que sí queda claro es que el Código penal no utiliza dicha palabra con un único significado. Precisamente por ello, la pregunta de ¿qué significa consentir? no debe plantearse en general para todo el Código penal, sino en particular para un determinado grupo de delitos. Teniendo en cuenta los propósitos de este trabajo, la cuestión que debe resolverse es: ¿qué significa consentir en los delitos contra la libertad sexual?

2.3. ¿Qué significa consentir en los delitos contra la libertad sexual?

Tras la reforma operada por la LO 10/2022, el art. 178.1 CP contiene un tipo genérico de agresiones sexuales con el siguiente tenor literal:

> «Será castigado (...) como responsable de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su *consentimiento* (...)».

Obviamente, el ámbito que abarca este tipo será más o menos amplio en función del concepto de consentimiento que utilice. Con el concepto débil (aceptación), dicho tipo únicamente incluirá los actos sexuales que no han sido aceptados; por ejemplo, los sorpresivos o los realizados sobre personas dormidas. En cambio, los actos sexuales aceptados «sin libertad» o «sin consciencia» no podrán subsumirse en el tipo genérico de agresiones sexuales. Después de todo, dichos actos deberán estimarse «consentidos» (aunque hayan sido «consentidos» sin libertad o consciencia)[15]. Esto último, sin embargo, no implica que el tipo genérico de agresiones sexuales sea, de este modo, infra-inclusivo. Al fin y al cabo, el hecho de que los actos sexuales aceptados sin libertad o consciencia queden fuera del tipo genérico de agresiones sexuales (art. 178.1 CP) no es algo absurdo o irrazonable. Y no lo es porque la mayoría de dichos actos están expresamente tipificados en el artículo siguiente. Es decir, en el art. 178.2 CP:

> «Se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima,

[13] En este sentido, ROMEO MALANDA, «Las eximentes por analogía en el Código Penal Español de 1995», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (16), 2005, pp. 176 ss.; DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, «El delito de reproducción asistida sin consentimiento de la mujer», en BENÍTEZ ORTÚZAR/MORILLAS CUEVA/PERIS RIERA (coords.), *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina*, 2005, pp. 231 ss. Con matices, ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética,* 2004, pp. 327 ss.

[14] Así, por ejemplo, en función de cómo se interprete la «voluntad» del art. 202.1 CP, quien logra que otro le permita entrar en su domicilio mediante un engaño cometerá (o no) un delito de allanamiento de morada (quien lo hace mediante violencia o intimidación siempre realizará el tipo del art. 202.2 CP).

[15] Sobre la compatibilidad de esto último con la previsión del art. 178.1 *in fine* CP («Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente»), véase la nota 40.

> así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad».

Con el concepto débil, este precepto tipificaría expresamente algunos actos sexuales «consentidos». En particular, los actos sexuales aceptados «sin libertad» y los aceptados por personas que no pueden hacerlo de un modo libre y consciente. Así, por un lado, mediante la referencia a la violencia, a la intimidación y al abuso de superioridad (o vulnerabilidad) se tipificarían la práctica totalidad de los actos sexuales aceptados «sin libertad». Por otro lado, mediante la alusión a la privación de sentido, al abuso de situación mental y a la voluntad anulada (por cualquier causa) quedarían tipificados la mayor parte de los actos sexuales aceptados por personas que no pueden hacerlo de forma libre y consciente. Esto es, por personas que carecen de las capacidades volitivas y cognoscitivas necesarias para aceptar un acto sexual en dichas condiciones.

Además, el art. 181.1 CP también tipifica algunos actos sexuales que, de acuerdo con el concepto débil, habrían sido «consentidos» por personas que no pueden aceptarlos libre y conscientemente[16]. En concreto, por menores de dieciséis años:

> «El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado con la pena de prisión de dos a seis años».

Así pues, aunque el tipo genérico de agresiones sexuales no incluya los actos sexuales aceptados sin libertad o consciencia, la mayoría de dichos actos están expresamente tipificados en los arts. 178.2 y 181.1 CP. De hecho, los únicos actos sexuales de esas características que no están expresamente tipificados son los aceptados *por error*. Es decir, aquellos que han sido aceptados «sin consciencia». De esta forma, la principal consecuencia práctica de interpretar el «consentimiento» del art. 178.1 CP en sentido débil (y, de este modo, circunscribir su ámbito a los actos sexuales no aceptados) será, precisamente, dejar sin castigo los actos sexuales aceptados por error. Después de todo, dichos actos deberán estimarse «consentidos» y, además, no podrán subsumirse en ningún otro tipo.

Obviamente, las cosas serían distintas con el concepto fuerte de consentimiento (aceptación libre y consciente). Con dicho concepto, el tipo genérico de agresiones sexuales incluiría los actos sexuales no aceptados y, además, los actos sexuales aceptados sin libertad o consciencia. Al fin y al cabo, tanto los primeros como los segundos serían actos sexuales «no consentidos». Es decir, actos sexuales que no han sido aceptados de forma libre y consciente. De este modo, el ámbito típico de las agresiones sexuales genéricas (art. 178.1 CP) se solaparía con el propio de los arts. 178.2 y 181.1 CP. Así, por un lado, los actos sexuales aceptados mediante violencia, intimidación o abuso de superioridad (o vulnerabilidad), así como los aceptados por personas que están privadas de sentido, tienen la voluntad anulada, etc., podrían subsumirse tanto en tipo genérico de agresiones sexuales (por ser actos sexuales «no consentidos») como en el art. 178.2 CP. Por

[16] Apunta en este sentido la STSJ Navarra, Sala de lo Civil y Penal, de 18 de junio de 2020, (ECLI:ES:TSJNA:2020:364), cuando afirma que «la Ley penal considera, por falta de consciencia y libertad, *irrelevante el eventual consentimiento* de una persona menor de dieciséis años, sin que frente a la presunción iuris et de iure de aquella carencia que la norma penal presupone admita la investigación y prueba de su efectiva capacidad para consentir una acción sexual».

otro lado, los actos sexuales aceptados por menores de dieciséis años también podrían subsumirse en el tipo genérico de agresiones sexuales (por ser, de nuevo, actos sexuales «no consentidos»[17]) y en el art. 181.1 CP (produciéndose un concurso de normas a resolver en favor del tipo específico de agresiones sexuales a menores de dieciséis años). En todo caso, el tipo genérico de agresiones sexuales del art. 178.1 CP no se limitaría a prohibir los actos sexuales aceptados sin libertad o consciencia que ya están tipificados por los arts. 178.2 y 181.1 CP, sino que también abarcaría todos los demás. Es decir, que también abarcaría los actos sexuales aceptados sin libertad o consciencia que no están tipificados en los arts. 178.2 y 181.1 CP. De esta manera, el tipo genérico de agresiones sexuales incluiría los actos sexuales aceptados «sin consciencia». Esto es, aquellos actos sexuales que hayan sido aceptados por error.

Teniendo en cuenta lo anterior, ¿en qué sentido debe interpretarse el «consentimiento» del art. 178.1 CP? A continuación, defenderé que dicho consentimiento debe interpretarse en sentido débil; es decir, como «aceptación». Para ello, esgrimiré dos argumentos que tienen distinto peso. El primero (que es el menos relevante) se basa en que interpretar el «consentimiento» del art. 178.1 CP en sentido fuerte hace que dicho precepto sea redundante (2.3.a). Y el segundo argumento (el principal) es que dicha interpretación supone criminalizar una cantidad irrazonable de relaciones sexuales: todas aquellas aceptadas por cualquier clase de error (2.3.b); incluso, por un error referido a motivos discriminatorios (2.3.c).

a. ¿Actos que atentan contra la libertad sexual de otra persona «con» su consentimiento?

El primer motivo para rechazar el concepto fuerte de consentimiento en el art. 178.1 CP es que, con él, dicho precepto resultaría redundante. Al fin y al cabo, un «acto que atente contra la libertad sexual de otra persona *sin su consentimiento*» sería un «acto que atente contra la libertad sexual de otra persona *sin su aceptación libre y consciente*». Y, claro, todos los actos que atentan contra la libertad sexual de otra persona (por definición) se realizan sin su aceptación libre y consciente. En este sentido, no es posible realizar un acto que atente contra la libertad sexual de otra persona «con su aceptación libre y consciente». Precisamente por ello, exigir que el «acto que atente contra la libertad sexual de otra persona» se realice «sin su consentimiento» (fuerte) no añadiría nada al art. 178.1 CP. Sería, simplemente, redundante.

En cambio, lo anterior no ocurre con el concepto débil de consentimiento. Con dicho concepto, un «acto que atente contra la libertad sexual de otra persona *sin su consentimiento*» es un «acto que atente contra la libertad sexual de otra persona *sin su aceptación*». Y no todos los actos que atentan contra la libertad sexual de otra persona se realizan sin su aceptación. Después de todo, los arts. 178.2 y 181.1 CP prevén el castigo de distintos actos sexuales que atentan contra la libertad sexual de otra persona «con su aceptación»; así, por ejemplo, actos sexuales aceptados «sin libertad» (empleando intimidación, abuso de una situación de superioridad, etc.), o por personas que no pueden hacerlo «libre y conscientemente» (personas de cuya situación mental se abusare, menores de dieciséis años, etc.). En consecuencia, exigir que el «acto que atente contra la libertad sexual de otra persona» se realice «sin su consentimiento» (débil) no es

[17] En esta dirección se pronuncia la STS 340/2020, Penal, de 22 de junio (ECLI:ES:TS:2020:4524), cuando señala que «Al tratarse de menores de 16 años, el artículo 183 -al igual que el antiguo artículo 181.2, redacción anterior LO 5/2010, establece (...) una presunción "iuris et de iure" sobre la *ausencia de consentimiento* por resultar los supuestos contemplados incompatibles con la consciencia y la libre voluntad de acción exigibles». Adviértase que, al contrario de lo que ocurría con el fragmento transcrito en la nota anterior, aquí no se presume iuris et de iure la «irrelevancia del consentimiento», sino la «ausencia de consentimiento».

redundante, sino que añade un requisito al art. 178.1 CP; concretamente, un requisito que excluye de su ámbito aplicativo todos los actos que atenten contra la libertad sexual de otra persona «con su consentimiento viciado o inválido» (que solo serán delictivos cuando estén prohibidos por otros preceptos distintos al art. 178.1 CP).

Obviamente, este argumento no tiene un gran peso[18]. Al fin y al cabo, el Código penal contiene muchos artículos redundantes. Sin embargo, es interesante poner de manifiesto que solo hay dos preceptos relativos a las agresiones sexuales que mencionan la palabra «consentimiento»: el art. 178.1 y el 183 bis CP. Y este último (que contiene la cláusula Romeo y Julieta[19]) también sería redundante con el concepto fuerte de consentimiento:

> «*Salvo en los casos en que concurra alguna de las circunstancias previstas en el apartado segundo del artículo 178*, el *libre* consentimiento del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica».

En primer lugar, el art. 183 bis exige el «libre consentimiento del menor». Y el «consentimiento» fuerte es libre por definición. Por tanto, la exigencia de que dicho consentimiento sea «libre» resulta, de nuevo, redundante (pues, en sentido fuerte, un consentimiento «no libre» constituye una contradicción en los términos). Pero no solo eso. Además, con el concepto fuerte de

---

[18] Antes de la contrarreforma operada por la LO 4/2023 existía un argumento sistemático de mucho más peso para interpretar el «consentimiento» del art. 178.1 CP en sentido débil. Dicho argumento se basaba en que, con el concepto fuerte de consentimiento, el art. 181.1 CP resultaba inaplicable. Al fin y al cabo, el (antiguo) art. 181.2 CP agravaba la pena de todas las agresiones sexuales a menores de dieciséis años cuando «concurre alguna de las modalidades de agresión sexual descritas en el artículo 178». Es decir, cuando el acto sexual con un menor de dieciséis años se ha realizado mediante violencia, intimidación, abuso de superioridad, etc. (art. 178.2 CP) o cuando dicho acto se ha producido «sin su consentimiento» (art. 178.1 CP). Y teniendo en cuenta que, con el concepto fuerte, todo acto sexual con un menor de dieciséis años se ha producido «sin su consentimiento» —pues dichos menores no tienen las capacidades volitivas y cognoscitivas necesarias para «consentir» una relación sexual—, toda agresión sexual a un menor de dieciséis años debería castigarse mediante la modalidad agravada del art. 181.2 CP. De esta manera, el tipo básico de agresiones sexuales a menores del art. 181.1 CP no podría aplicarse en ningún caso (lo cual resultaba absurdo). En cambio, con el concepto débil de consentimiento, el (antiguo) art. 181.2 CP no agravaría todas las agresiones sexuales a menores de dieciséis años, sino, únicamente, algunas de ellas: por un lado, las que se han realizado mediante violencia, intimidación, abuso de superioridad, etc. (art. 178.2 CP) y, por el otro, las que no han sido «consentidas» en sentido débil (art. 178.1 CP). Es decir, las que no han sido aceptadas en modo alguno (por ejemplo, los tocamientos sorpresivos sobre un menor). De esta forma, el tipo básico del art. 181.1 CP tendrá un ámbito de aplicación propio: los actos sexuales «consentidos» por menores de dieciséis años sin violencia, intimidación, ni ninguna otra de las circunstancias del art. 178.2 CP; por ejemplo, los actos sexuales efectuados de mutuo acuerdo entre menores y adultos (precisamente, los que pueden quedar exentos de pena mediante la cláusula Romeo y Julieta cuando «el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica»). En todo caso, el argumento expuesto solo pudo emplearse durante el periodo comprendido entre la reforma de la LO 10/2022 y la contrarreforma de la LO 4/2023 (periodo en el que se escribió la primera versión de este artículo). Actualmente, el art. 182.1 CP ya no hace referencia a todo el art. 178 CP, sino, únicamente, a las modalidades descritas en el artículo 178.2 y 3 CP. En consecuencia, el art. 181.1 CP tendrá un ámbito de aplicación propio con independencia del concepto de consentimiento que emplee el art. 178.1 CP: los actos sexuales aceptados por un menor sin violencia, intimidación, abuso de una situación de superioridad, etc., y, además, los que no han sido aceptados en modo alguno (tocamientos sorpresivos, etc.). Así, tal y como indican DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO/TRAPERO BARREALES, «La nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual: ¿la vuelta al Código Penal de la Manada?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (25), 2023, p. 39, «la LO 4/2023 ha equiparado penológicamente el acto realizado con el consentimiento fáctico del menor, pero no válido jurídicamente, y el acto realizado sin el consentimiento, ni siquiera fáctico, del menor de 16 años».

[19] Sobre dicha cláusula, RAMOS VÁZQUEZ, «La cláusula Romeo y Julieta (art. 183 *quater* del Código penal) cinco años después: perspectivas teóricas y praxis jurisprudencial», *Estudios penales y criminológicos*, (41), 2021, pp. 311 ss.

consentimiento, también sería redundante el requisito de que no concurra «alguna de las circunstancias previstas en el apartado segundo del artículo 178». Después de todo, el consentimiento fuerte presupone la ausencia de dichas circunstancias (violencia, intimidación, abuso de una situación de superioridad, etc.). En consecuencia, si el art. 183 bis CP empleara la palabra «consentimiento» en sentido fuerte, bastaría con decir que «el consentimiento del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo cuando el autor sea una persona próxima al menor (...)». En cambio, con el concepto débil (aceptación), sí que resulta necesario exigir que el consentimiento del menor sea «libre» —para que no exima de responsabilidad un consentimiento coaccionado— y, además, que no concurra alguna de las circunstancias del art. 178.2 CP —por ejemplo, para que no exima de responsabilidad un consentimiento obtenido abusando de la situación mental de la víctima[20]—. Al fin y al cabo, con dicho concepto (débil), algunos atentados contra la libertad sexual de otra persona se realizan «con» su consentimiento (viciado o inválido).

b. Consentimiento sexual y error

En todo caso, el anterior no es el único argumento que se opone a interpretar el «consentimiento» del art. 178.1 CP en sentido fuerte (aceptación libre y consciente). La objeción principal contra dicha interpretación es que, con ella, se criminalizan un número excesivamente alto de relaciones sexuales. En particular, todas aquellas que han sido *aceptadas por error*. Es decir, todas aquellas que han sido aceptadas a causa de una creencia falsa.

En efecto, si el art. 178.1 CP prohíbe todos los actos sexuales que no han sido «aceptados con libertad y conocimiento» (es decir, que no han sido consentidos en sentido fuerte), cualquier relación sexual aceptada «sin conocimiento» constituirá una agresión sexual. Así, como mínimo, resultarán delictivos todos los actos sexuales aceptados a causa de un engaño; o sea, todos los actos sexuales cuya aceptación deriva causalmente (en el sentido de la *condicio sine qua non*) de una mentira. De este modo, no solo deberán sancionarse relaciones sexuales como la protagonizada por el *tiktoker*, sino, en general, todas aquellas que se hayan aceptado debido a la creencia (inducida mediante engaño) de que la otra parte es famosa, soltera, rica, europea, judía, virgen o que, posteriormente, tiene intención de contraer matrimonio. Incluso, si las dos partes de la relación sexual se engañan mutuamente —por ejemplo, fingiendo ser millonarias—, ambas cometerían un delito de agresión sexual. En tanto que su aceptación quede condicionada al objeto del engaño —«no me habría acostado con ella si hubiera sabido que era pobre» —, las dos personas involucradas realizarían, simultáneamente, un delito de agresión sexual sobre la otra[21].

Pero no solo eso. También cometería un delito de agresión sexual quien, simplemente, se aprovecha de un error. Es decir, quien advierte que la otra parte está aceptando mantener relaciones sexuales a causa de una creencia falsa y, a pesar de ello, sigue adelante. Así, por ejemplo, la persona transexual que omite revelar su sexo biológico a quien (sabe que) rechazaría cualquier acto sexual si tuviera dicha información. También el sujeto que padece una enfermedad venérea y no lo comunica a otro que, de haberlo sabido, nunca habría aceptado mantener relaciones sexuales (incluso con preservativo). En ambos casos se acepta por error (aunque dicho error no sea imputable a un engaño) y, por ello, el acto sexual resultante no puede estimarse

[20] CASTELLVÍ MONSERRAT, «Delitos contra la libertad sexual», en CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código penal*, 2023, en prensa.

[21] A favor de esta conclusión, DOUGHERTY, «Sex, Lies, and Consent», *Ethics*, (123-4), 2013, p. 739.

«consentido» en sentido fuerte (pues no ha sido «aceptado libre y conscientemente»). De este modo, tanto la persona transexual como el sujeto que padece una enfermedad venérea habrían cometido un delito de agresión sexual.

Desde mi punto de vista, esto último resulta excesivo. Es posible que las conductas descritas merezcan alguna clase de reproche, pero, desde luego, no merecen el reproche propio de una agresión sexual. No es de recibo equiparar penológicamente una relación sexual aceptada por un motivo erróneo con otra que no ha sido aceptada en modo alguno. En este sentido, el sujeto que logra realizar un acto sexual mintiendo sobre su estado civil —por ejemplo, fingiendo ser soltero— no merece la pena correspondiente a aquel que, aprovechándose de que una persona está despistada, lleva a cabo un acto sexual sobre ella de forma sorpresiva[22].

Quizás podría argumentarse que la posibilidad de castigar agresiones sexuales con penas de escasa gravedad (multa) permite calificar como tales conductas de menor gravedad (actos sexuales aceptados por error)[23]. No obstante, aunque el art. 178.4 CP permite atenuar las agresiones sexuales y castigarlas con pena de multa, no existe un precepto equivalente que permita hacer lo propio con las violaciones (art. 179 CP). Esto implica que, por muy leve que sea, cualquier agresión sexual que implique acceso carnal deberá sancionarse con un mínimo de cuatro años de prisión[24]. Teniendo en cuenta dicha pena, resulta completamente desproporcionado calificar como violaciones todos los coitos aceptados por un motivo erróneo (creer que la otra parte es soltera, rica, nacional, etc.). A estos efectos, conviene recordar que el antiguo delito de estupro preveía una pena mínima de dos años de prisión para una modalidad especialmente grave de acceso carnal fraudulento: el realizado sobre un menor de dieciocho años[25]. Si esto era así antes de la reforma de 2022, resultaría inasumible que, ahora, tras la desaparición de dicho delito, todos los coitos aceptados por error (aunque no hayan sido realizados sobre menores de edad) sean castigados con una pena mínima de cuatro años de prisión[26].

En resumen: el concepto fuerte de consentimiento lleva a afirmar que todos los actos sexuales que alguien acepta por error se realizan «sin su consentimiento» (art. 178.1 CP) y, por tanto, constituyen agresiones sexuales (o, en su caso, violaciones). En última instancia, dicho concepto obliga a suscribir las condenas de «violación por engaño» («*rape by deception*») más polémicas que se han dictado en otras latitudes: por ejemplo, la que castiga a un árabe que finge ser judío

---

[22] En esta dirección, RAMOS VÁZQUEZ, «El engaño como medio comisivo de la agresión sexual», en AGUSTINA SANLLEHÍ (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»: Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, 2023, p. 176. De otra opinión, ÁLVAREZ GARCÍA, «Prólogo», en EL MISMO (dir.), *Tratado de Derecho penal. Parte especial: Delitos contra las personas*, 3ª ed., 2021, p. 60.

[23] Tanto esta argumentación como su réplica se la debo al Prof. Coca Vila. Él mismo la expone de forma muy clara en COCA VILA, «Agresión sexual por engaño: Hacia una teoría diferenciadora del engaño excluyente del consentimiento sexual», *InDret*, (3), 2023, p. 459.

[24] AGUSTINA SANLLEHÍ, «Sobre la reforma de los delitos sexuales: de la "confusión típica" a la problemática discrecionalidad judicial y al desorden valorativo en el sistema de penas», en EL MISMO (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»*, 2023, p. 43; RAGUÉS I VALLÈS, «El grado de afectación al consentimiento de la víctima en los delitos sexuales», en AGUSTINA SANLLEHÍ (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»*, 2023, p. 105.

[25] Sobre el (antiguo) delito de estupro, BOIX REIG, *El delito de estupro fraudulento*, 1979.

[26] En esta dirección, RAMOS VÁZQUEZ, en AGUSTINA SANLLEHÍ (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»*, 2023, p. 172.

para mantener relaciones sexuales (Kashur v. Israel[27]) o la que sanciona a una persona transexual que miente sobre su sexo biológico para hacer lo propio (McNally v. R[28]). En mi opinión, esto último resulta inadmisible (sobre todo teniendo en cuenta la pena mínima que comporta la violación) y, precisamente por ello, debe rechazarse el concepto fuerte de consentimiento en los delitos contra la libertad sexual. En su lugar, debe optarse por el concepto débil (aceptación), pues, con él, los actos sexuales aceptados por error son «consentidos» y, por ello, no constituyen agresiones sexuales. De este modo, las relaciones sexuales protagonizadas por el *tiktoker* no podrán calificarse como una violación porque serán «consentidas» (aunque hayan sido «consentidas» por error).

c. ¿Buenas y malas razones para consentir una relación sexual?

Contra lo que se acaba de exponer podría replicarse que no todos los actos sexuales aceptados por error son iguales y que, por ello, rechazar el castigo de algunos de ellos (por ejemplo, los que derivan de errores referidos a la religión o a la identidad sexual) no implica que todos los demás deban quedar impunes. A estos efectos, podría argumentarse que los delitos contra la libertad sexual emplean un concepto fuerte de consentimiento (aceptación con libertad y conocimiento) y que, a pesar de ello, los errores sobre información de carácter discriminatorio son irrelevantes. Esto último requeriría afirmar que el conocimiento necesario para «consentir» una relación sexual no abarca cualquier información que haya condicionado su aceptación («no habría aceptado si hubiera sabido que...»), sino únicamente aquella que pueda motivar elecciones sexuales legítimas. Es decir, aquella información que nuestra sociedad considere válida para decidir si se acepta (o no) una relación sexual. De este modo, podrían considerarse relevantes los errores que, por ejemplo, vayan referidos a la idoneidad reproductiva de un acto sexual o a los riesgos que comporta para la salud (pues resulta completamente legítimo aceptar o rechazar un acto sexual en función de dichos datos). En cambio, serían irrelevantes los errores relativos a toda aquella información que pueda motivar elecciones sexuales discriminatorias (pues la sociedad no estimaría legítimo aceptar o rechazar un acto sexual en función de datos como la religión o la identidad sexual de la otra parte). En última instancia, esto supondría que los «errores en los motivos» resulten relevantes o irrelevantes según si afectan (o no) a razones válidas para realizar una elección sexual.

Sin embargo, el planteamiento anterior se basa en una premisa que resulta inasumible; esta es, que existen motivos ilegítimos para consentir una relación sexual. Tal y como indica DOUGHTERY, «uno de los principales logros de las olas de liberación sexual ha sido la promoción de un pluralismo sexual que permite a cada individuo perseguir su propia concepción del bien sexual»[29]. Dicho pluralismo es incompatible con afirmar que determinados motivos para «consentir» una relación sexual son ilegítimos y, por ello, no merecen protección penal. En este sentido, condicionar la protección de la libertad sexual a los motivos de su titular constituye una forma de «moralismo sexual»[30] que, hoy en día, resulta inadmisible.

---

[27] CrimA 5734/10 *Kashur v State of Israel* [2012] (Isr).

[28] R v. McNally [2013] EWCA Crim 1051.

[29] DOUGHERTY, *Ethics*, (123-4), 2013, p. 730.

[30] DOUGHERTY, *Ethics*, (123-4), 2013, p. 727.

En efecto, los delitos que protegen la *libertad* sexual no pueden diferenciar entre «buenas» y «malas» razones para consentir una relación sexual. Es decir, no pueden diferenciar entre motivos legítimos e ilegítimos para realizar elecciones sexuales. Dejando de lado las dificultades para distinguir unos motivos de otros —¿es legítimo consentir una relación sexual por despecho?, ¿y hacerlo para conseguir algo a cambio?, ¿y rechazar un acto sexual porque alguien tiene sobrepeso o se ha quedado calvo?—, los delitos contra la libertad sexual garantizan, precisamente, la posibilidad de aceptar o rechazar un acto sexual por el motivo que sea[31]. El hecho de que ese motivo tenga carácter discriminatorio es algo que, desde la perspectiva de la libertad sexual, resulta irrelevante[32]. A estos efectos, la decisión de no realizar un acto sexual con una persona árabe o transexual es igual de válida que la decisión de no hacer lo propio con alguien fértil o que padece una enfermedad venérea[33]. Y, precisamente por ello, ambas decisiones merecen la misma protección por parte de los delitos contra la libertad sexual (aunque, obviamente, la decisión de no realizar actos sexuales que impliquen riesgos para la integridad física también estará protegida por los delitos de lesiones[34]).

Lo anterior también ocurre con los delitos contra la libertad (en general). Así, por ejemplo, si alguien no quiere subir a un taxi conducido por una persona árabe o transexual —y prefiere esperar al siguiente—, obligarle a hacerlo por la fuerza constituiría, sin duda alguna, un delito de coacciones. Aquí, de nuevo, el carácter discriminatorio de la decisión que no se ha respetado sería irrelevante. En tanto que nadie tiene la obligación de escoger su transporte con arreglo a criterios no discriminatorios, la decisión de esperar al siguiente taxi debería ser protegida, al menos, en la misma medida que cualquier otra decisión que la ley no prohíba (aunque, obviamente, la decisión de no subir a un taxi conducido por una persona con COVID que no para de toser también estará protegida por los delitos de lesiones[35]).

Dado que no está prohibido realizar elecciones sexuales por motivos discriminatorios, debe concluirse que dichas elecciones merecen, desde la perspectiva de la libertad sexual, la misma protección que las elecciones sexuales basadas en motivos reproductivos, profilácticos, o de cualquier otra clase. En consecuencia, si unos «errores en motivos» resultan relevantes, todos deberán serlo[36]. Al fin y al cabo, no existe ningún motivo ilegítimo para rechazar una relación sexual. De este modo, si se castigan los actos sexuales aceptados por «errores en los motivos» de

---

[31] Obviamente, dichos delitos no garantizan la posibilidad de mantener relaciones sexuales, sino, únicamente, la posibilidad de rechazarlas. Es decir, que únicamente garantizan la libertad sexual en su dimensión negativa. Tal y como indica MAÑALICH RAFFO, «La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno», *Ius et Praxis*, (20-2), 2014, p. 34, ello sugiere que, en realidad, el concepto «libertad sexual» no es el más idóneo para definir el bien jurídico protegido por las agresiones sexuales.

[32] VAVRA, «Täuschungen als strafbare Eingriffe in die sexuelle Selbstbestimmung?», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (12), 2018, p. 613.

[33] GIBSON, «Deceptive Sexual Relations: A Theory of Criminal Liability», *Oxford Journal of Legal Studies*, (40-1), 2020, p. 98.

[34] Sobre la responsabilidad penal derivada de la transmisión de enfermedades venéreas, CASTELLVÍ MONSERRAT/MÍNGUEZ ROSIQUE, «Con sigilo y sin preservativo: tres razones para castigar el stealthing», *Diario La Ley*, (9962), 2021, p. 3; PANTALEÓN DÍAZ/CANCIO MELIÁ, «Transmisión sexual de VIH: imputación objetiva y subjetiva», *InDret*, (2), 2022, pp. 307 ss.

[35] Sobre los problemas que plantea la imputación de responsabilidad por esta clase de contagios, CANCIO MELIÁ/PANTALEÓN DÍAZ, «Derecho Penal y coronavirus: algunos problemas de imputación», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (1), 2021, pp. 245 ss.

[36] Así, ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, *El consentimiento en derecho penal,* 2014, p. 173.

carácter reproductivo o profiláctico, también deberán sancionarse los actos sexuales aceptados por «errores en los motivos» de carácter discriminatorio.

En resumen: si se opta por el concepto fuerte de consentimiento (aceptación con libertad y conocimiento), luego no puede limitarse el conocimiento necesario para «consentir» a la información que pueda motivar elecciones sexuales legítimas. Al fin y al cabo, todas las elecciones sexuales son legítimas. Por ello, si algunos «errores en los motivos» se consideran relevantes, el resto también deberán serlo[37]. Y, claro, si uno no está dispuesto a castigar todos los actos sexuales aceptados por un «error en los motivos» (por ejemplo, los referidos a la religión o a la identidad sexual), el concepto fuerte de consentimiento deberá ser rechazado.

2.4. Las condiciones de validez del consentimiento sexual

Teniendo en cuenta las inasumibles consecuencias derivadas de interpretar el «consentimiento» del art. 178.1 CP en sentido fuerte —criminalizar todos los actos sexuales aceptados por error—, dicha interpretación debe ser rechazada. En su lugar, debe optarse por el concepto débil de consentimiento (aceptación). De este modo, el tipo genérico de agresiones sexuales (art. 178.1 CP) únicamente incluirá los actos sexuales que no han sido aceptados; por ejemplo, los tocamientos sorpresivos o los que recaen sobre personas dormidas.

Obviamente, esto significa que el sexo prohibido va más allá del sexo no consentido[38]. Esto es, que el Código penal no solo prohíbe los actos sexuales «sin consentimiento» (art. 178.1 CP), sino también todos aquellos «consentidos» de forma viciada o inválida. De este modo, el elemento común a todas las agresiones sexuales no será la ausencia de consentimiento, sino la *ausencia de un consentimiento válido*. Es decir, la ausencia de un consentimiento que cumpla con determinadas condiciones de validez. En concreto, con las condiciones de validez que el propio Código penal delimita (negativamente) mediante los arts. 178.2 y 181.1 CP. Así, un consentimiento válido será aquel que no se ha prestado mediante «violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima» (art. 178.2 CP), ni por «personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare (...)», ni por menores de dieciséis años (art. 181.1 CP). Y al revés: un consentimiento viciado o inválido será aquel que se ha prestado mediante «violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima» (art. 178.2 CP), o por «personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare (...)» o, finalmente, por un menor de dieciséis años (art. 181.1 CP)[39].

---

[37] Quizá, la única excepción serían los errores referidos a elecciones sexuales delictivas (por ejemplo, quien hace creer falsamente a un pedófilo que es menor de edad para acostarse con él).

[38] Resulta interesante poner de manifiesto que la relación entre el «sexo prohibido» y el «sexo no consentido» varía en función del concepto de consentimiento empleado. Con el concepto débil (aceptación), todo el «sexo no consentido» sería «sexo prohibido», pero no al revés (pues el sexo prohibido también incluiría el sexo consentido inválidamente). En cambio, con el concepto fuerte (aceptación libre y consciente), todo el «sexo prohibido» sería «sexo no consentido», pero no al revés (dado que el sexo no consentido incluiría sexo permitido; al menos, si se estima atípico el sexo aceptado por un error en los motivos). Finalmente, si la palabra consentimiento se utiliza con el significado de «aceptar en condiciones que determinan la atipicidad de una conducta» (véase la nota 5), todo el «sexo no consentido» sería, por definición, «sexo prohibido». Y viceversa.

[39] Teniendo en cuenta que la intimidación puede dar lugar a un consentimiento viciado o inválido, no puedo compartir la propuesta de LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento», en AGUSTINA SANLLEHÍ (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»*, 2023, p. 54, de establecer una frontera de

Adviértase que, de este modo, las condiciones de validez del consentimiento son, simplemente, las exigencias que impone el legislador penal para que una conducta «consentida» sea atípica (o esté justificada). Dichas condiciones pueden delimitarse de forma positiva (como ocurre con el art. 156 CP cuando exige que el consentimiento sea «libre, consciente y expresamente emitido») o negativa (prohibiendo expresamente las conductas realizadas mediante intimidación, engaño, etc.)[40]. Pero, en todo caso, su delimitación le corresponde al legislador penal (y no al civil[41]).

---

gravedad que separe «la relación no consentida de la relación consentida con un consentimiento viciado». En este sentido, creo que existe una diferencia estructural relevante entre unas relaciones sexuales (las «no consentidas») y otras (las «consentidas de forma viciada o inválida» por alguna de las circunstancias previstas en los arts. 178.2 o 181 CP). Sin embargo, me parece que dicha diferencia estructural no implica que unas agresiones sexuales sean más graves que otras. Así, por ejemplo, los actos sexuales consentidos de forma viciada o inválida mediante intimidación (art. 178.3 CP) son más graves que los tocamientos sorpresivos realizados sobre una persona «sin su consentimiento» (art. 178.1 CP). Y al revés: los actos sexuales consentidos de forma viciada o inválida con «abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima» son menos graves que aquellos realizados sobre una persona que no los ha consentido en modo alguno porque tiene «anulada por cualquier causa su voluntad» (art. 178.3 CP). Incluso, me parece igual de grave la violencia que fuerza a la víctima a consentir un acto sexual de forma viciada o inválida (por ejemplo, un puñetazo que da entender que se producirá otro si no se cumplen los deseos del autor) que la violencia que sirve para lograr un acto sexual que no ha sido consentido en absoluto (por ejemplo, un puñetazo que deja inconsciente a la víctima para, luego, realizar actos sexuales sobre su cuerpo). Sobre la diferencia entre ambas clases de violencia, CASTELLVÍ MONSERRAT, en CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Comentarios al Código penal*, 2023, en prensa.

[40] En los delitos contra la libertad sexual, las condiciones de validez del consentimiento se delimitan tanto de forma negativa como positiva. Tal y como se ha indicado en el texto, los arts. 178.2 y 181.1 CP definen dichas condiciones de forma negativa (ausencia de violencia, intimidación, abuso de una situación de superioridad, etc.). Pero, además, el art. 178.1 *in fine* CP lo hace de forma positiva cuando afirma que «Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona». Sobre las implicaciones prácticas de exigir actos que expresen de forma clara la voluntad de la persona, RAMOS VÁZQUEZ, «Algunos problemas conceptuales y epistemológicos de la definición del consentimiento sexual en la llamada ley de "solo sí es sí"», *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, (34), 2023, p. 250; PUENTE RODRÍGUEZ, «Contra la tipificación de la agresión sexual imprudente», en prensa. En todo caso, el precepto transcrito exige que el consentimiento se haya manifestado libremente. Y aunque no es lo mismo exigir que el consentimiento sea libre (como hace el art. 183 bis CP) a que se haya manifestado libremente (pues un consentimiento libre puede ser expresado bajo coacción), dicha exigencia podría entenderse como una condición de validez del consentimiento (que, en gran parte, se solaparía con algunas de las que delimita negativamente el art. 178.2 CP; en concreto, con la ausencia de violencia, intimidación y abuso de una situación de superioridad o vulnerabilidad). No obstante, también podría entenderse, no como una condición de validez del consentimiento, sino como un presupuesto conceptual del consentimiento; es decir, no como algo que delimita cuándo un consentimiento sexual conlleva la atipicidad, sino como algo que delimita qué es un consentimiento sexual. Al fin y al cabo, el art. 178.1 *in fine* CP no empieza diciendo que «El consentimiento solo eximirá de responsabilidad cuando se haya manifestado libremente» (en cuyo caso, la exigencia de que se haya manifestado libremente sería, sin lugar a dudas, una condición de validez del consentimiento y no un presupuesto conceptual), sino que dicho precepto comienza señalando que «Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente». Y, claro, esta frase parece dar a entender que cuando no haya una manifestación libre, simplemente, no existe consentimiento. Sin embargo, creo que esto no es así. En este sentido, la confusa redacción del art. 178.1 *in fine* CP permite una interpretación alternativa. Dicha interpretación parte de la siguiente constatación: en realidad, el art. 178.1 *in fine* CP no contiene una definición del consentimiento, pues, de ser así, dicha definición sería tautológica. En efecto, cuando el art. 178.1 *in fine* CP dice «Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente (...)», la pregunta que surge inmediatamente es ¿cuándo se haya manifestado libremente el qué? Y, claro, la respuesta es «el consentimiento». Esto significa que, en realidad, el art. 178.1 *in fine* CP dice lo siguiente: «Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando *el consentimiento* se haya manifestado libremente (...)». Precisamente por ello, dicho precepto no define el consentimiento (pues no se puede definir una palabra con esa misma palabra), sino que, en mi opinión, delimita las condiciones en que el consentimiento (oculto en la frase) tiene efectos jurídicos; esto es, las condiciones en que dicho consentimiento determina la atipicidad de un acto sexual.

[41] Por ello, el art. 1265 CC es, a estos efectos, irrelevante. Sin embargo, la SAP Cáceres, Sección 2ª, de 24 de septiembre de 2020 (ECLI:ES:APCC:2020:934), recurre a dicho precepto civil para afirmar que un determinado error «vicia de forma radical el consentimiento de la víctima, haciéndolo nulo y, por tanto inexistente, efecto del

Además, el legislador penal puede establecer distintas condiciones de validez para distintas clases de «consentimiento». Es decir, puede establecer distintas exigencias para que distintas clases de actos «consentidos» sean atípicos. Así, por ejemplo, las condiciones para consentir válidamente un trasplante de órganos (art. 156 CP) no coinciden con las condiciones para consentir válidamente un acto sexual (art. 178.2 y 181 CP). De este modo, un mismo consentimiento puede hacer que una relación sexual sea atípica y, en cambio, no hacer lo propio con un trasplante de órganos (porque se haya obtenido mediando precio o recompensa, porque lo haya prestado un menor de dieciocho años pero mayor de dieciséis, etc.).

De acuerdo con lo anterior, el consentimiento sexual obtenido por engaño o error es, a estos efectos, válido[42]. El motivo es simple: el Código penal no prohíbe expresamente realizar actos sexuales a través de un engaño o aprovechándose de un error (al contrario de lo que ocurre con el empleo de violencia, intimidación, abuso de superioridad, etc.)[43]. Y tampoco exige que, para eximir de responsabilidad, el consentimiento sexual deba ser «consciente» o «informado» (como sí hacen, por ejemplo, los arts. 156 y 156 bis CP)[44]. En consecuencia, el engaño o el error no vician

---

que es muestra lo establecido con carácter general para la validez del consentimiento en el artículo 1.265 de nuestro Código Civil ("Será nulo el consentimiento prestado por error ..."), por lo que concurren los elementos objetivos que conforman el indicado delito de abuso sexual, y en particular el que requiere que la acción que atenta contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona se realice "sin que medie consentimiento"». Tal y como indican AGUSTINA SANLLEHÍ/PANYELLA CARBÓ, «Redefiniendo los delitos sexuales facilitados mediante el uso de sustancias psicoactivas», *Política Criminal*, (15-30), 2020, p. 557, la teoría jurídico-civil de los vicios de la voluntad no resulta aplicable en este ámbito.

[42] COCA VILA, *InDret*, (3), 2023, pp. 438, 448, sostiene exactamente lo contrario. Pero llega a unas conclusiones muy similares a las sostenidas en este trabajo. Y ello se debe, simplemente, a que él emplea la denominación «consentimiento válido» de un modo que no prejuzga el carácter atípico (o justificado) de la conducta consentida. Y lo mismo sucede cuando dicho autor emplea la locución «consentimiento viciado». Precisamente por ello, tiene sentido que COCA VILA, *InDret*, (3), 2023, p. 453, formule la siguiente pregunta: «¿Qué clase de engaños vician el consentimiento de modo que el menoscabo de la libertad sexual de la víctima constituye un delito de agresión sexual y cuáles son a tal efecto irrelevantes?». Adviértase que dicha pregunta sería absurda con el concepto de «vicio del consentimiento» empleado en el texto, pues, en este sentido, la existencia de un vicio en el consentimiento (sexual) prejuzga la concurrencia de una agresión sexual y, por tanto, no hay (por definición) vicios del consentimiento penalmente irrelevantes. También, VALVERDE CANO, «Lo bueno, lo malo y lo feo de los futuros delitos de esclavitud», *Diario La Ley*, (10272), 2023, p. 7, emplea una noción de «consentimiento viciado» que no prejuzga su relevancia penal cuando afirma que en determinadas «situaciones hay un consentimiento viciado, pero solo debería ser penalmente relevante —al menos a efectos del trabajo forzoso— aquel que afecte significativamente al bien jurídico protegido por el delito de trabajo forzoso». Sin embargo, con la noción de «consentimiento viciado» empleada de este trabajo, las situaciones en las que concurre un consentimiento viciado serán, precisamente, aquellas que afecten significativamente al bien jurídico protegido por el delito en cuestión.

[43] RAMOS VÁZQUEZ, en AGUSTINA SANLLEHÍ (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»*, 2023, p. 172, señala que la decisión legislativa de no prohibir expresamente realizar actos sexuales a través de un engaño es voluntaria, pues «durante la tramitación parlamentaria [de la LO 10/2022], se intentó introducir a través de dos enmiendas el engaño en el art. 178.2 del CP, y ambas fueron rechazadas».

[44] El art. 178.1 *in fine* CP no contiene una exigencia de estas características cuando afirma que «Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona». En primer lugar, dicho precepto no alude a la «consciencia» o al «conocimiento» de quien consiente, sino, únicamente, a su «libertad». Es cierto que, tal y como indica COCA VILA, *InDret*, (3), 2023, p. 439, «la toma de una decisión autónoma, además de la ausencia de coacción externa y de la competencia mental de quien consiente, depende también de la información de la que dispone quien consiente». Sin embargo, el art. 178.1 *in fine* CP no exige autonomía, sino libertad (es decir, lo que COCA VILA denomina «ausencia de coacción externa»). Sobre las tres dimensiones de la autonomía, véase el apartado 5. En segundo lugar, el consentimiento derivado de un error expresa de forma clara la voluntad de la persona (una voluntad que, lógicamente, deriva de un error). Por ello, no puedo compartir completamente la afirmación de COCA VILA, «El *stealthing* como delito de violación», *InDret*, (4), 2022, p. 300, de que «el consentimiento viciado no expresa de manera clara la voluntad de la persona». Quien cree (falsamente) que su

o invalidan el consentimiento sexual (aunque, como se verá más adelante, pueden ocultar la concurrencia de otro acto sexual distinto que no ha sido consentido). De este modo, las relaciones sexuales «consentidas» por engaño o error deben considerarse atípicas. O, al menos, no deben considerarse agresiones sexuales.

2.5. Delitos sexuales y delitos cometidos a través del sexo: sobre los ataques a la libertad reproductiva

¿Ha violado el *tiktoker* a la mujer que lo creía infértil? De acuerdo con todo lo anterior, la respuesta debe ser negativa: si consentir significa aceptar, la mujer engañada ha «consentido» la relación sexual sin preservativo. En consecuencia, dicha relación no puede constituir una violación. Además, el Código penal ya no prohíbe expresamente ningún acto sexual realizado mediante engaño (como ocurría anteriormente con el estupro) y, por tanto, el *tiktoker* tampoco podrá ser castigado por ningún otro delito sexual.

Ahora bien, esto último no significa que la relación sexual sin preservativo sea atípica. Después de todo, el sexo consentido puede dar lugar a otros delitos distintos a los sexuales. El caso paradigmático es el de quien mantiene relaciones sexuales ocultando que padece el VIH: aunque dichas relaciones sexuales no constituyan un delito de violación (por estimarse «consentidas»), el riesgo que implican para la integridad física puede sancionarse mediante los delitos de lesiones[45]. En mi opinión, algo similar podría ocurrir en el caso del *tiktoker*. Al fin y al cabo, la mujer fue engañada sobre los riegos reproductivos que implicaba la relación sexual sin preservativo. Por ello, dicha relación sexual «consentida» podría ser vista como un ataque contra su libertad reproductiva (negativa). Es decir, como un ataque contra su libertad para rechazar el proceso de procreación.

El problema es que nuestro Código penal solo protege expresamente la libertad reproductiva mediante el art. 161 CP. Es decir, mediante el castigo de «Quien practicare reproducción asistida en una mujer, sin su consentimiento». Dicho tipo únicamente abarca determinados ataques contra la libertad reproductiva negativa de las mujeres. En particular, aquellos que se realizan mediante «reproducción asistida». Esto es, mediante técnicas de reproducción artificial. De este modo, quedan fuera del ámbito del art. 161 CP todos los supuestos de «reproducción no asistida». Es decir, todos los supuestos en que se atenta contra la libertad reproductiva de una mujer por medios distintos a la inseminación artificial, la fecundación *in vitro*, etc. Así, por ejemplo, no realizará el tipo del art. 161 CP quien cambia las pastillas anticonceptivas de una mujer por otras de aspecto similar para que se quede embarazada. Y, claro, lo mismo ocurrirá con quién finge haberse realizado una vasectomía o, simplemente, afirma ser estéril (como en el caso del *tiktoker*).

No obstante, dejando de lado la conveniencia político-criminal de introducir en nuestro ordenamiento un delito genérico contra la libertad reproductiva[46] —cuyo sujeto pasivo también

interlocutor es multimillonario y le dice «quiero acostarme contigo» expresa de forma clara su voluntad (de acostarse con la persona que cree multimillonaria). Obviamente, su voluntad habría sido otra con más información, pero la expresión de dicha voluntad (mediante el consentimiento) es clara.

[45] En este sentido, GREEN, «Lies, Rape, and Statutory Rape», en SARAT (ed.), *Law and Lies*, 2015, p. 237.

[46] Al respecto, CASTELLVÍ MONSERRAT/MÍNGUEZ ROSIQUE, *Diario La Ley*, (9962), 2021, p. 6.

podría ser un hombre al que, por ejemplo, su pareja sexual le hace creer que toma pastillas anticonceptivas o que se ha realizado una ligadura de trompas[47]—, lo cierto es que el embarazo provoca en la gestante un conjunto de efectos físicos (náuseas, vómitos, dolor de cabeza, etc.) que, sin lugar a dudas, perjudican su salud[48]. Esto abre la puerta a que los ataques contra la libertad reproductiva negativa de las mujeres sean castigados como delitos de lesiones[49]. Es decir, como atentados contra su integridad física. El argumento que habilitaría dicha calificación sería el siguiente: los efectos perjudiciales para la salud de la madre (náuseas, vómitos, dolor de cabeza, etc.) derivan del feto concebido en contra de su voluntad y, por ello, deben imputarse al único responsable del embarazo. Es decir, a quien ha impedido que la mujer ejerza (negativamente) su libertad reproductiva. Así, las lesiones causadas mediatamente a través del feto deberían atribuirse a la persona que ha atentado contra su libertad reproductiva.

Es cierto que el delito de lesiones no capta todo el desvalor de un ataque contra la libertad reproductiva de una mujer. Y también es cierto que la aplicación de dicho delito plantea varias dificultades prácticas importantes (¿lesiones dolosas o imprudentes?, ¿de las que requieren tratamiento médico o quirúrgico?, ¿depende esto último de si posteriormente se aborta?). Sin embargo, esta es la única opción que ofrece el arsenal punitivo actual para sancionar los ataques contra la libertad reproductiva que se realizan sin violencia o intimidación (es decir, sin coacciones o amenazas) y sin técnicas de reproducción asistida. De este modo, lo máximo que podría imputarse al *tiktoker* del ejemplo inicial será un delito de lesiones (o, en su caso, una tentativa).

Esta última calificación contrasta con la que, seguidamente, se atribuirá a la práctica del *stealthing*. Es decir, a la práctica de retirarse el preservativo sigilosamente durante una relación sexual. Tal y como se pondrá de manifiesto, dicha práctica sí constituye un delito sexual y, más concretamente, una violación. De esta forma, aunque la conducta del *tiktoker* y el *stealthing* impliquen el mismo riesgo para la libertad reproductiva, su calificación (y su pena) resultará completamente dispar. En el próximo apartado se explicará por qué.

3. Una práctica denominada *stealthing*

Una mujer consiente mantener relaciones sexuales con preservativo y, en el curso de las mismas, el hombre se retira subrepticiamente el profiláctico sin que ella lo note. ¿Constituyen dichas relaciones una violación? Pues bien, lo primero que debe advertirse es que la relación sexual con

[47] Véase también el supuesto al que me refiero en la nota 70.

[48] En este sentido se pronuncia la reciente STC (Pleno) 44/2023, de 9 de mayo (BOE núm. 139, de 12 de junio de 2023), cuando afirma que el «embarazo es, en primer término, un proceso biológico de la máxima trascendencia para el cuerpo de la mujer en cuanto implica alteraciones sustanciales de carácter morfológico y fisiológico en prácticamente todos los sistemas corporales: endocrino, circulatorio, inmunológico, musculoesquelético, dérmico, respiratorio, excretor, digestivo y, por supuesto, reproductor». Precisamente por ello, dicha sentencia llega a la conclusión de que «el embarazo y el parto, aun cuando no presenten complicación adicional de ninguna clase, generan por sí mismos una afectación relevante de la integridad física de la mujer que se ve sometida a ellos». Así, con base en dicha afectación, el Tribunal Constitucional estima que «la interrupción voluntaria del embarazo (…) forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la integridad física y moral».

[49] CUGAT MAURI, «Artículo 182 CP vigencia del abuso fraudulento y consecuencias sistemáticas de la introducción de la nueva modalidad de abuso de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima», en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS/ESQUINAS VALVERDE (dirs.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen*, 2022, p. 237, nota 452, plantea la posibilidad de aplicar algún delito contra la integridad moral.

preservativo ha sido «consentida» (pues ha sido aceptada). Es cierto que ha sido consentida a causa de un error sobre las intenciones del hombre —dado que, con toda seguridad, la mujer no habría aceptado dicha relación sabiendo que el hombre planeaba quitarse el preservativo—, pero, como se ha visto anteriormente, los engaños y los errores no vician o invalidan el consentimiento sexual. De este modo, la relación sexual con preservativo debe estimarse válidamente consentida y, por tanto, no podrá sancionarse como un delito (de agresión) sexual.

Ahora bien, esto último no significa que el *stealthing* constituya una conducta atípica, pues, tras el primer acto sexual (la penetración vaginal con preservativo), el hombre ha realizado otro acto sexual distinto (una penetración vaginal sin preservativo). Y, claro, aunque el primer acto sexual se haya consentido válidamente, el segundo no se ha consentido en absoluto. Precisamente por ello, la (nueva) relación sexual que se inicia cuando el hombre se quita el preservativo constituirá un delito de violación. Después de todo, dicha relación sexual no ha sido aceptada por la mujer y, por ello, se ha realizado «sin su consentimiento» (art. 178.1 CP).

¿Qué diferencia hay entre este caso y el del *tiktoker*? Pues bien, es cierto que en ambos supuestos se emplea un engaño para lograr una relación sexual sin preservativo. No obstante, el engaño del *tiktoker* va dirigido a que la víctima consienta dicha relación sexual sin preservativo (creyendo falsamente que no comporta riesgos reproductivos). En cambio, el engaño propio del *stealthing* no va dirigido a que la víctima consienta una relación sexual sin preservativo (pues ella solo ha consentido la penetración vaginal con preservativo), sino que, más bien, pretende ocultar que dicha relación se está produciendo «sin su consentimiento» (art. 178.1 CP)[50].

Obviamente, esto último presupone que una «penetración vaginal sin preservativo» es una relación sexual distinta a una «penetración vaginal con preservativo». Solo así puede afirmarse que la relación sexual realizada (la penetración vaginal sin preservativo) es distinta a la relación sexual consentida (la penetración vaginal con preservativo). No obstante, si se admite que una cosa es distinta a la otra (y que ambas no constituyen una sola relación sexual «con penetración vaginal»), la pregunta que surge inmediatamente es: ¿no podría llevarse a cabo la misma distinción en el caso del *tiktoker*?, ¿acaso no podría decirse que una «penetración vaginal con una persona infértil» es un acto sexual diferente a una «penetración vaginal con una persona fértil»? Para responder (negativamente) a estas preguntas resulta necesario aclarar qué es un acto sexual. Es decir, resulta necesario aclarar cuál es el objeto del consentimiento sexual.

3.1. El objeto del consentimiento sexual

Una persona puede opinar que un acto sexual entre enamorados es distinto a un acto sexual entre sujetos que solo se utilizan para obtener placer[51]: unos «hacen el amor» y los otros «tienen sexo». Obviamente, quien opine esto último deberá afirmar que quien finge amor para acostarse con otro acaba realizando un acto sexual distinto al consentido. Después de todo, el sujeto engañado

[50] Sobre esta distinción, TADROS, «Beyond the Scope of Consent», *Philosophy & Public Affairs*, (50-4), 2022, p. 437.

[51] HERRING, «Does Yes Mean Yes?: The Criminal Law and Mistaken Consent to Sexual Activity», *Singapore Law Review*, (22), 2002, p. 192.

no habría consentido un acto sexual con alguien que lo utiliza para obtener placer («tener sexo»), sino un acto sexual entre enamorados («hacer el amor»)[52].

Lo anterior pone de manifiesto que, en función de cómo se definan los actos sexuales, cualquier engaño (o error) puede convertir lo consentido en algo distinto a lo realizado[53]. Al fin y al cabo, el objeto del engaño —la soltería, la capacidad económica, etc.— siempre puede (re)definir el acto sexual consentido, transformándolo en un acto sexual diferente al que finalmente se ha llevado a cabo («yo no había consentido mantener relaciones sexuales con un casado pobre, sino con un soltero rico»).

Teniendo esto en cuenta, ¿cómo deben definirse los actos sexuales? Pues bien, ante todo debe advertirse que dichos actos no se definen de forma subjetiva. Es decir, que la definición de los actos sexuales no depende de las personas que participan en ellos. En este sentido, la libertad sexual no incluye la posibilidad de determinar qué es un acto sexual (sino, únicamente, la posibilidad de rechazar un acto sexual por el motivo que sea). Así, por ejemplo, aunque alguien estime que, para él, el tocamiento de un codo tiene carácter sexual, dicho acto nunca podrá constituir un delito de agresión sexual (aunque este se realice sin su consentimiento). Lo mismo ocurrirá con el adulto que opine que el exhibicionismo es un acto que atenta contra su libertad sexual (art. 178.1 CP): aunque el exhibicionista conozca dicha opinión, su conducta nunca podrá calificarse como una agresión sexual[54].

Los ejemplos anteriores muestran que los actos sexuales del art. 178.1 CP requieren, como mínimo, dos elementos. Por un lado, dichos actos deben implicar un determinado *contacto corporal* (cosa que no ocurre con el exhibicionismo). Por el otro, el contacto corporal en cuestión debe tener *naturaleza sexual* desde un punto de vista intersubjetivo (cosa que no ocurre con el tocamiento de un codo). Tal y como se pondrá de manifiesto a continuación, ambos elementos resultan imprescindibles para apreciar un «acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento» (at. 178.1 CP) y, precisamente por ello, dichos elementos definirán los actos sexuales[55]. Es decir, definirán el objeto del consentimiento sexual.

---

[52] SCHEIDEGGER, «Balancing Sexual Autonomy, Responsibility, and the Right to Privacy», *German Law Journal*, (22), 2021, p. 776.

[53] WESTEN, *The Logic of Consent*, 2004, pp. 40 ss.

[54] Sobre todo, teniendo en cuenta que el art. 185 CP castiga con una pena sensiblemente inferior los «actos de exhibición obscena ante menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección».

[55] COCA VILA, *InDret*, (3), 2023, p. 450, alude a elementos similares para «capturar la dimensión sexual de la autonomía y, por ende, la esencia del delito de agresión sexual frente a otras formas delictivas graves». La diferencia es que él no emplea dichos elementos para definir un acto sexual (y distinguirlo de otro), sino para delimitar los engaños que vician el consentimiento sexual. Sin embargo, creo que operando de este modo oculta que los elementos en cuestión no solo definen los engaños sexuales penalmente relevantes, sino que delimitan aquello que tienen en común todas las agresiones sexuales sin consentimiento (art. 178.1 CP). Precisamente por ello, su planteamiento se enfrenta a serios problemas a la hora de fundamentar por qué (solo) son relevantes los engaños relativos a determinados elementos (el grado de injerencia corporal, la naturaleza sexual de la actividad, etc.). En cambio, el planteamiento sostenido en este trabajo no tiene ese problema, pues, desde esta perspectiva, la razón por la que (solo) son relevantes los engaños (o los errores) referidos al contacto corporal y a su naturaleza sexual es, simplemente, que ambos elementos son imprescindibles para apreciar un «acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento» (at. 178.1 CP); es decir, que ambos elementos definen los actos sexuales (y los distinguen de otros distintos). De este modo, los engaños (o errores) sobre dichos elementos son relevantes porque suponen la realización de un acto sexual que no se corresponde con lo que se ha consentido.

3.2. El contacto corporal

El tipo genérico de agresiones sexuales requiere que exista un contacto corporal. Es decir, requiere que el cuerpo de la víctima sufra alguna clase de contacto físico «sin su consentimiento» (art. 178.1 CP). Adviértase que, en todo caso, dicha exigencia de contacto corporal no concurre en las agresiones sexuales «consentidas» de forma viciada o inválida (art. 178.2 y 181 CP). Así, por ejemplo, puede cometerse una agresión sexual sin contacto corporal empleando intimidación o abusando de una situación de superioridad para obligar a que la víctima se masturbe[56] (o, incluso, a que observe como el autor se masturba[57]). Sin embargo, la conducta equivalente realizada «sin su consentimiento» (art. 178.1 CP) resulta, a todas luces, atípica: el *voyeur* que observa escondido cómo alguien se masturba no comete una agresión sexual (ni tampoco el exhibicionista que se masturba ante terceros sin su consentimiento). En este sentido, la ausencia de un contacto físico impide apreciar un «acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento» (at. 178.1 CP).

Teniendo en cuenta que el contacto físico es un elemento esencial para apreciar un acto sexual (al menos, a los efectos del art. 178.1 CP), dicho acto deberá definirse por el contacto físico que implica. Es decir, por el contacto corporal involucrado. De este modo, el objeto del consentimiento sexual será, precisamente, un determinado contacto físico.

En cambio, la definición de los actos sexuales no deberá incorporar sus riesgos para la libertad reproductiva. Al fin y al cabo, dichos riesgos no son un elemento consustancial a las agresiones sexuales. En este sentido, ni todos los atentados contra la libertad reproductiva presuponen una agresión sexual (el art. 161.1 CP es una buena muestra de ello), ni todas las agresiones sexuales presuponen un atentado contra la libertad reproductiva (por ejemplo, las agresiones sexuales que consisten en tocamientos sorpresivos o en una penetración anal). Algo parecido ocurre con los riesgos para la salud (y, en particular, los derivados de las ETS). Dichos riesgos no deben incorporarse a la definición de los actos sexuales, precisamente, porque no son un elemento consustancial a las agresiones sexuales. De nuevo: ni todas las transmisiones de una enfermedad venérea presuponen una agresión sexual (el SIDA puede contagiarse mediante una jeringuilla), ni todas las agresiones sexuales presuponen alguna clase de riesgo para la salud (por ejemplo, las agresiones sexuales que implican una penetración con preservativo o con un objeto).

Lo anterior explica por qué una penetración vaginal con alguien que toma anticonceptivos orales no es un acto sexual distinto a una penetración vaginal con alguien que no toma dichos

---

[56] En este sentido, la STS 1397/2009, Penal, de 29 de diciembre (ECLI:ES:TS:2009:8483), afirma que: «La acción de atentar contra la libertad sexual de otro (...) existe cuando se la somete a comportamientos sexuales no queridos por ella como también es el tener que desnudarse, y mostrar sus partes íntimas al agresor. Que la satisfacción sexual la obtenga éste tocando el cuerpo de la víctima o contemplándola desnuda mientras se masturba es indiferente para integrar para ella lo que es en ambos casos un comportamiento de indudable contenido sexual». Véase también ORTS BERENGUER/SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, 2001, p. 123; TAMARIT SUMALLA, *La protección penal del menor frente al abuso y a la explotación sexual*, 2ª ed., 2002, p. 72; MORILLAS FERNÁNDEZ, «Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en MORILLAS CUEVA (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado*, 2015, p. 447; PÉREZ ALONSO, «Concepto de abuso sexual: contenido y límite mínimo del delito de abusos sexuales», *InDret*, (3), 2019, p. 15; MONGE FERNÁNDEZ, *"Las Manadas" y su Incidencia en la Futura Reforma de los Delitos de Agresiones y Abusos Sexuales*, 2020, p. 73; CANCIO MELIÁ, «Delitos contra la libertad sexual», en MOLINA FERNÁNDEZ (dir.), *Memento Penal 2023*, 2022, nm. 9269.

[57] Esta última posibilidad resulta más cuestionable. En contra de admitirla, DÍEZ RIPOLLÉS, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en DÍEZ RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA (dirs.), *Comentarios al Código Penal*, t. II, 2004, p. 277.

anticonceptivos: aunque los riesgos reproductivos de una y otra penetración no tienen nada que ver, el contacto físico que implican es exactamente el mismo. Teniendo en cuenta que los actos sexuales no se definen por sus riesgos reproductivos (sino, únicamente, por el contacto corporal que implican), lo uno y lo otro serán, en realidad, el mismo acto sexual. Precisamente por ello, quien finge tomar anticonceptivos orales para que otro consienta una penetración vaginal no comete una violación. Después de todo, el acto sexual realizado es, exactamente, el acto sexual consentido: una penetración vaginal. En este sentido, los anticonceptivos orales pueden ser la razón por la que se ha consentido ese acto sexual, pero no (re)definen su contenido porque, con o sin pastillas, el contacto corporal es el mismo.

El mismo razonamiento es aplicable al caso del *tiktoker*: una penetración vaginal con alguien infértil no es un acto sexual distinto a una penetración vaginal con alguien fértil (pues el contacto físico que implica lo uno y lo otro es idéntico). Precisamente por ello, tampoco comete una violación quien finge haberse realizado una vasectomía (o, sencillamente, afirma ser estéril) para que una mujer consienta una penetración vaginal sin preservativo[58]. Y, claro, lo mismo ocurre con quien se inventa una analítica «limpia» (o, simplemente, oculta que padece una enfermedad venérea) para hacer lo propio. Ni uno ni otro cometen una violación porque, en ambos casos, el acto sexual realizado se corresponde con el consentido: una penetración vaginal sin preservativo. A estos efectos, la ausencia de fertilidad o de enfermedades venéreas puede explicar por qué se consiente, pero no define qué (acto sexual) se consiente.

Por el contrario, el contacto físico que involucra un acto sexual sí que define dicho acto[59]. Por ello, una penetración vaginal es, sin lugar a dudas, un acto sexual distinto a una penetración anal (dado que lo uno implica un contacto físico distinto a lo otro). En consecuencia, comete una violación quien acuerda una penetración vaginal con una mujer y, posteriormente, realiza una penetración anal. Teniendo en cuenta que el objeto del consentimiento no es una «penetración» en abstracto (sino el concreto contacto físico que implica una penetración vaginal) resulta evidente que la penetración anal se ha realizado «sin su consentimiento» (art. 178.1 CP). Algo similar sucede con quien, tras quedar inmovilizado, sufre prácticas sexuales sadomasoquistas distintas a las consentidas: en tanto que dichas prácticas se plasmen en contactos físicos que no han sido consentidos, la persona que las lleva a cabo cometerá una agresión sexual, pues el acto sexual consentido no se definirá en abstracto como «prácticas sadomasoquistas», sino que se concretará en los contactos físicos que han sido acordados antes de que la víctima fuera inmovilizada.

En todo caso, no es evidente cuánto debe concretarse el contacto físico que implica un acto sexual. Está claro que debe concretarse lo suficiente como para considerar que, en los casos anteriores, existen dos actos sexuales distintos. Por ello, la definición de un acto sexual debe incluir, como mínimo, la parte del cuerpo en que se plasma el correspondiente contacto físico. Así, una penetración anal será distinta a una penetración vaginal, pues el contacto físico que implican ambas penetraciones se plasma en zonas distintas del cuerpo. Más complejo es determinar si, además de las zonas del cuerpo involucradas, también deben incluirse en la

[58] GUTIÉRREZ MAYO, «Análisis del denominado *stealthing* (retirada del preservativo sin consentimiento durante las relaciones sexuales) como ataque contra la libertad sexual», en ORTEGA BURGOS/OCHOA MARCO, *Derecho penal 2021*, 2021, p. 358.

[59] El contenido de los siguientes párrafos se corresponde esencialmente con CASTELLVÍ MONSERRAT/MÍNGUEZ ROSIQUE, *Diario La Ley*, (9962), 2021, pp. 11 ss. No obstante, existe una diferencia relevante que será desarrollada en el siguiente apartado.

definición de un acto sexual otras características físicas del contacto. En este sentido, creo que algunas de ellas incidirán tan poco en la delimitación física del contacto sexual que, directamente, deberán estimarse irrelevantes. Así, por ejemplo, el grosor del preservativo no debe incluirse en la definición del acto sexual. De esta forma, mantener relaciones sexuales habiendo cambiado un preservativo muy grueso por otro más fino (o al revés) no constituirá una violación, aunque dicho cambio se haya realizado sin consentimiento. Asimismo, tampoco será una violación ocultar la propia menstruación para lograr una relación sexual que, de otra forma, no se hubiera consentido: aun cuando la menstruación modifique las características físicas del contacto sexual (dado que las partes del cuerpo involucradas pasan a estar impregnadas de sangre) su incidencia es tan limitada que no debe incluirse en la definición del acto sexual. Lo mismo podría decirse de quien simula haberse realizado una lavativa para que otro acceda a practicar sexo anal: pese a que dicha simulación pueda modificar las características físicas del sexo consentido, su repercusión será tan reducida que, de nuevo, deberá estimarse irrelevante a la hora de definir el acto sexual.

Sin embargo, aunque determinadas características físicas del contacto sexual puedan estimarse irrelevantes (el grosor del preservativo, la menstruación, etc.), otras tendrán la suficiente transcendencia como para definir el acto sexual consentido[60]. Así, por ejemplo, el contacto físico que implica el tocamiento de un pecho (o de las nalgas) constituye un acto sexual distinto en función de si se realiza por encima o por debajo de la ropa[61]: pese a que el contacto físico se produzca entre las mismas zonas del cuerpo (una mano y un pecho), la barrera que representa la ropa es lo suficientemente relevante como para definir el tocamiento consentido. Precisamente por ello, cuando solo se ha consentido dicho tocamiento por encima de la ropa, su realización (sorpresiva) por debajo constituirá un acto sexual distinto al consentido y, por lo tanto, un delito de agresión sexual.

Quien comparta lo anterior deberá concluir que el *stealthing* constituye una agresión sexual. Al fin y al cabo, dicha práctica también implica realizar un contacto físico distinto al consentido: en lugar de un contacto entre preservativo y membranas mucosas, se produce un contacto directo entre membranas mucosas[62]. Aquí, el profiláctico representa una *barrera física* que, al igual que

---

[60] Obviamente, la frontera entre unas características físicas y otras no es clara, pues su diferencia es meramente gradual. Así, tal y como indica COCA VILA, *InDret*, (3), 2023, p. 456, más allá de algunos «supuestos claros, no resulta en absoluto sencillo establecer una métrica de la injerencia corporal».

[61] En este sentido se pronuncia, R v. Kirkpatrick, 2020 BCCA 136. Sobre dicha sentencia canadiense, GOTELL/GRANT, «Does "No, Not Without a Condom" Mean "Yes, Even Without a Condom"?: The Fallout from R v Hutchinson», *Dalhousie Law Journal*, (43-2), 2020, pp. 770 ss.

[62] GILI PASCUAL, «*Stealthing*. Sobre el objeto del consentimiento en el delito de abuso sexual», *Cuadernos de política criminal*, (135), 2021, p. 124, también llega a la conclusión de que el uso del preservativo define el acto sexual consentido. Pero afirma que ello no se debe a «un criterio físico o sensorial», sino a que «la mayoría de las personas manifiestan preferencias fuertes (*strong preferences*) en relación con la práctica sexual con o sin preservativo, obviamente por las importantes implicaciones que conlleva. Y es que, como señalara la Corte de apelaciones que revisó la sentencia alemana (*KG Berlin*), el mero hecho de que el término «sexo seguro» se haya acabado implantando en el lenguaje cotidiano deja ya claro que las relaciones sexuales sin protección son una «práctica sexual diferenciada». No obstante, creo que recurrir al lenguaje cotidiano para establecer diferencias entre actos sexuales puede conducir a consecuencias absurdas; por ejemplo, considerar que «hacer el amor» y «tener sexo» son cosas distintas (y que, por tanto, quien finge amor para acostarse con otro acaba realizando un acto sexual distinto al consentido). Y, por otro lado, trazar dichas diferencias mediante las fuertes preferencias (*strong preferences*) de la mayoría de la población supone, en mi opinión, algo parecido a diferenciar entre «buenas» y «malas» razones para consentir un acto sexual (las que se corresponden con las fuertes preferencias de la mayoría población y las que no).

la ropa, resulta lo suficientemente trascendente como para definir el acto sexual consentido[63]. Dicho acto será, en el *stealthing*, una «penetración vaginal con preservativo» y, por este motivo, la posterior «penetración vaginal sin preservativo» constituirá un acto sexual distinto al consentido por la víctima[64]. Es decir, un acto sexual realizado «sin su consentimiento» (art. 178.1 CP).

En definitiva, la relevancia física del preservativo (que impide el contacto directo entre membranas mucosas) es lo que permite incorporarlo a la definición de un acto sexual. En cambio, sus efectos profilácticos (la prevención de enfermedades y embarazos no deseados) resultan intrascendentes para definir dicho acto. Precisamente por ello, la práctica del *stealthing* constituye un delito de agresión sexual y, sin embargo, el engaño sobre la propia infertilidad o la ausencia de enfermedades venéreas no puede sancionarse como tal: aunque ambas prácticas conlleven los mismos riesgos para la salud y la libertad reproductiva, solamente el *stealthing* modifica el contacto físico que, en última instancia, define el acto sexual consentido.

En resumen: una penetración vaginal con preservativo es un acto sexual distinto a una penetración vaginal sin preservativo, pues el contacto físico que implican es diferente; una supone un contacto entre el preservativo y las membranas mucosas y la otra un contacto directo entre membranas mucosas. Por este motivo, quien practica el *stealthing* realiza un acto sexual (la penetración vaginal sin preservativo) distinto al consentido (la penetración vaginal con preservativo) y, en consecuencia, comete una agresión sexual. En cambio, una penetración vaginal con alguien infértil es el mismo acto sexual que una penetración vaginal con alguien fértil, dado que el contacto físico que implican ambas penetraciones es idéntico. Por ello, quien logra una penetración vaginal sin preservativo mintiendo sobre su fertilidad (el *tiktoker* del ejemplo inicial) no realiza un acto sexual distinto al consentido y, por tanto, no comete una agresión sexual. Así pues, aunque el caso del *tiktoker* y el del *stealthing* sean idénticos desde la perspectiva de la libertad reproductiva (ambos comportan el mismo riesgo de provocar un embarazo no deseado), solamente el *stealthing* implica un contacto corporal no consentido y, por ello, solamente el *stealthing* constituye una agresión sexual.

Aclarado lo anterior, queda aún por resolver la cuestión de si dicha agresión sexual constituye un delito de violación. Es decir, si dicha agresión sexual consiste en «acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías» (art. 179.1 CP). No obstante, antes de resolver esta cuestión se intentará dar respuesta a dos preguntas íntimamente vinculadas con la definición de acto sexual esbozada (como contacto corporal de naturaleza sexual). En particular: ¿es una agresión sexual pinchar un preservativo sin consentimiento?, y ¿lo es ponerse un preservativo sin consentimiento?

---

[63] AG Berlin-Tiergarten, 11.12.2018 - (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18), calificando también dicha barrera como «mental». Con respecto a esa resolución, WIßNER, «Stealthing: ein besorgniserregender Trend», *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, (103-4), 2020, p. 317; CAROLI/GENEUSS, «La rimozione fraudolenta del preservativo come aggressione sessuale. Lo Stealthing davanti al giudice penale», *Diritto Penale Contemporaneo*, (1), 2021, p. 140; GENEUSS/BUBLITZ/PAPENFUß, «Zur Strafbarkeit des Stealthing», *Juristische Rundschau*, (5), 2021, p. 190; KEßLER, *Sexuelle Täuschungen – Strafbarkeit und Strafwürdigkeit nach deutschem Sexualstrafrecht,* 2022, pp. 148 ss. Posteriormente, OLG Schleswig, 19.03.2021 - 2 OLG 4 Ss 13/21; BGH, 13.12.2022 - 3 StR 372/22.

[64] BRODSKY, «Rape-Adjacent», *Columbia Journal of Gender and Law*, (32-2), 2017, p. 190.

a. Preservativos pinchados y eyaculaciones sin consentimiento

A los efectos de definir un acto sexual, los preservativos no son relevantes por la *función* que cumplen (sus efectos profilácticos), sino por la barrera física que implican; es decir, por su *dimensión física*. Esto hace que un preservativo pinchado sea, a estos efectos, equiparable a un preservativo que no lo está, pues, a nivel físico, la diferencia entre ambos es despreciable (aunque a nivel funcional exista una diferencia abismal). En este sentido, pinchar un preservativo tiene menos relevancia física que cambiar uno más grueso por otro más fino, ocultar la menstruación, etc. Si esto último es irrelevante para definir un acto sexual, el agujero en el preservativo tampoco podrá incorporarse a dicha definición. En consecuencia, el agujero en cuestión resultará insuficiente (al menos, por sí mismo) para apreciar un delito de agresión sexual.

En todo caso, aunque pinchar un preservativo no afecte a la definición de la penetración vaginal subsiguiente (que seguirá siendo una «penetración vaginal con preservativo»), dicho pinchazo tiene el efecto de permitir un contacto físico adicional: el que implica la eyaculación. Y, claro, dicho contacto podría ser relevante por sí mismo; al menos, si se estima que eyacular sin consentimiento (por ejemplo, omitiendo realizar la «marcha atrás») constituye una agresión sexual. En ese caso, pinchar un preservativo y realizar una penetración con él sería, como mínimo, una tentativa de agresión sexual. Al fin y al cabo, dicha penetración (con el preservativo pinchado) sería el preludio de un contacto físico no consentido: el del esperma con la vagina.

Ahora bien, ¿constituye una agresión sexual eyacular (dolosamente) sin consentimiento? La respuesta no es evidente[65]. Adviértase que la relevancia física de la eyaculación solo es ligeramente superior a la de la menstruación: si ocultar lo segundo no constituye una agresión sexual, es dudoso que ocultar lo primero sí lo sea. Obviamente, los riesgos que implica lo uno y lo otro para la libertad reproductiva son completamente dispares, pero, en todo caso, dichos riesgos no definen los actos sexuales. En este sentido, la relevancia de la eyaculación debe medirse con independencia de su capacidad para provocar un embarazo: si eyacular sin consentimiento en el marco de una penetración vaginal es una agresión sexual, también lo será eyacular sin consentimiento en el marco de una penetración anal. Además, si la eyaculación tiene entidad (física) suficiente para definir un acto sexual, agujerear un preservativo ajeno será un medio idóneo para cometer una agresión sexual (en autoría mediata); así, el farmacéutico que pincha los preservativos que vende por motivos religiosos cometería tantas agresiones sexuales como eyaculaciones sin consentimiento se hayan producido gracias a él. Esto es, sin duda, contra-intuitivo. Y ello habla en contra de que la mera eyaculación tenga la relevancia (física) suficiente como para definir un acto sexual.

No obstante, también existen casos cuya resolución es contra-intuitiva si la eyaculación no tiene dicha relevancia física. En particular, todos aquellos en que la eyaculación es el único contacto físico que existe entre autor y víctima. El supuesto enjuiciado por la SAP Murcia 309/2012[66] es un buen ejemplo de ello:

[65] Tanto es así que en CASTELLVÍ MONSERRAT/MÍNGUEZ ROSIQUE, *Diario La Ley*, (9962), 2021, p. 12, se contesta dicha pregunta de otro modo (pese a que MÍNGUEZ ROSIQUE se inclinaba por la respuesta que, ahora, estimo preferible).

[66] SAP Murcia, Sección 5ª, de 18 de diciembre de 2012 (ECLI:ES:APMU:2012:3230).

> «El procesado con ánimo libidinoso y aprovechando la estancia de su hijo un sábado en su domicilio, sin poder determinar la fecha concreta, pero en todo caso con anterioridad a mayo de 2012, se masturbó en presencia de su hijo eyaculando en su boca».

Para que en este supuesto pueda apreciarse un delito de agresión sexual (y no una mera conducta de exhibicionismo obsceno) debe reconocerse que la mera eyaculación sobre el cuerpo de la víctima es, en sí misma, un acto sexual; esto es, un contacto físico de naturaleza sexual[67]. Y, claro, si la «eyaculación externa» sobre el cuerpo de la víctima constituye un acto sexual, la «eyaculación interna» también deberá serlo. Y, de ser así, pinchar un preservativo y realizar una penetración con él será, como mínimo, una tentativa de agresión sexual.

En mi opinión, casos como el anterior (o cualquier otro en que se eyacule sin consentimiento sobre el cuerpo de una víctima que está dormida o de espaldas al autor[68]) ponen de relieve que la eyaculación tiene la relevancia (física) necesaria para delimitar un acto sexual. En consecuencia, eyacular sin consentimiento en el marco de una penetración vaginal debe considerarse un acto sexual no consentido y, por tanto, un delito de agresión sexual[69]. Y ello con independencia de si se omite la «marcha atrás» o se utiliza un preservativo pinchado para eyacular sin consentimiento[70]. Obviamente, también cometerá dicho delito quien hace lo propio en el marco de una penetración anal. Y, salvo que se recurra a alguna doctrina que limite la posibilidad de

---

[67] Así, RAMOS VÁZQUEZ, *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores*, 2016, p. 117.

[68] Un ejemplo reciente en: https://www.elperiodico.com/es/barcelona/20230605/detenido-hombre-eyacular-espalda-chica-fiesta-barca-femenino-champions-sant-jaume-barcelona-88311472

[69] En este sentido, RAMOS VÁZQUEZ, en AGUSTINA SANLLEHÍ (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»*, 2023, p. 170.

[70] En todo caso, la utilización de un preservativo pinchado solo constituirá una agresión sexual (consumada o en tentativa) cuando sea un medio para eyacular sin consentimiento; es decir, cuando pinche el preservativo la persona que luego eyaculará (normalmente, un hombre). En cambio, al contrario de lo que ha sostenido una reciente sentencia alemana (AG Bielefeld, Urt. v. 2.5.2022, Az. 10 Ls – 566 Js 962/21 – 476/21), la utilización de un preservativo pinchado no constituirá una agresión sexual (consumada o en tentativa) cuando sea un medio para *recibir una eyaculación sin consentimiento*; esto es, cuando pinche el preservativo la persona que luego recibirá la eyaculación (normalmente, una mujer). De este modo, el hombre que pincha un preservativo para dejar embarazada a una mujer que no desea ser madre comete una agresión sexual, mientras que la mujer que pincha un preservativo para quedarse embarazada de un sujeto que no desea ser padre realiza una conducta (*de lege lata*) atípica. La razón que explica esta diferencia es que la mujer (que no desea ser madre) sufre un contacto corporal inconsentido: el del esperma con su cuerpo. En cambio, el hombre (que no desea ser padre) no sufre ningún contacto corporal inconsentido; al fin y al cabo, el esperma que impacta en la mujer ya no es parte de su cuerpo. Lo anterior puede entenderse más fácilmente imaginando dos supuestos equivalentes de eyaculación «externa» (en vez de «interna»). El ejemplo del hombre que pincha el preservativo para eyacular dentro de la mujer (que no desea ser madre) es equivalente al del sujeto que eyacula sin consentimiento sobre el cuerpo de una víctima que está dormida o de espaldas: en ambos casos la víctima sufre un contacto corporal (de naturaleza sexual) inconsentido y, por ello, concurre una agresión sexual. En cambio, el ejemplo de la mujer que pincha el preservativo para recibir la eyaculación del hombre (que no desea ser padre) es equivalente al de una persona que se acerca por la espalda a un sujeto que se está masturbando para, en el momento de la eyaculación, aparecer sorpresivamente e «interceptar» con su cuerpo el esperma de dicho sujeto sin su consentimiento: en ninguno de los dos casos el sujeto que eyacula sufre un contacto corporal (de naturaleza sexual) inconsentido y, por tanto, no concurre agresión sexual alguna. Esta asimetría se debe que el esperma no es parte del cuerpo de quien eyacula, pero puede provocar que otro sufra un contacto corporal (de naturaleza sexual). Lo cual, por cierto, también sucede con cualquier clase de objeto: quien de forma inconsentida toca las nalgas de una mujer con un bastón (o un consolador) puede cometer una agresión sexual, mientras que la mujer que de forma inconsentida toca dicho bastón (o consolador) con sus nalgas nunca realizará una agresión sexual.

apreciar agresiones sexuales en autoría mediata[71], lo mismo deberá decirse del farmacéutico que pincha los preservativos que vende por motivos religiosos.

En este punto debe destacarse un matiz: la eyaculación implica un contacto físico distinto a la penetración que la precede y, por ello, lo uno y lo otro pueden considerarse actos sexuales distintos. De este modo, cuando la eyaculación sin consentimiento se produzca en el contexto de una penetración consentida, no deberá apreciarse un solo acto sexual no consentido (una penetración con eyaculación), sino que deberán distinguirse dos actos sexuales distintos: uno consentido (la penetración) y otro no consentido (la eyaculación). Adviértase que, en todo caso, dicha distinción no puede hacerse en el caso del *stealthing;* en este sentido, el preservativo delimita el contacto corporal que implica la penetración, pero no constituye un acto sexual distinto a la penetración. Por ello, en el *stealthing* no deberá apreciarse un acto sexual consentido (la penetración) y otro no consentido (el contacto directo entre membranas mucosas), sino que únicamente concurrirá un acto sexual no consentido: una penetración sin preservativo; esto es, una penetración que se define por el contacto físico que implica (el contacto directo entre membranas mucosas).

El matiz anterior será relevante para determinar si una agresión sexual u otra (la eyaculación sin consentimiento o el *stealthing*) constituyen una violación del art. 179 CP. Más adelante se explicará por qué. Sin embargo, antes se dará respuesta a la siguiente cuestión: ¿constituye una agresión sexual ponerse un preservativo sin consentimiento? En otras palabras: ¿es un delito el *stealthing* inverso?

b. ¿Stealthing inverso?

El *stealthing* es un delito de agresión sexual aunque no se produzca eyaculación alguna (por ejemplo, porque la víctima advierte el fraude antes de finalizar la relación sexual)[72]. En tanto que los actos sexuales se definen por el contacto físico que implican, una «penetración vaginal sin preservativo» será un acto sexual distinto a una «penetración vaginal con preservativo» y, por ello, quien lleva a cabo lo primero habiendo pactado lo segundo con la víctima realizará, en todo caso, un acto sexual «sin su consentimiento» (art. 178.1 CP). Pero, ¿y al revés? ¿También comete una agresión sexual quien pacta una «penetración vaginal sin preservativo» y lleva a cabo una «penetración vaginal con preservativo»? Con dos ejemplos se entenderá mejor. El primero: una mujer religiosa consiente una «penetración vaginal sin preservativo» con el único fin de procrear; sin embargo, el hombre que se ha ofrecido a realizarla no está interesado en dichos fines y, durante el coito, aprovecha un descuido de la mujer para ponerse sigilosamente un preservativo que, finalmente, le permite eyacular sin arriesgarse a producir un embarazo. El segundo ejemplo: un hombre alérgico al látex consiente una «penetración anal sin preservativo»; no obstante, su pareja sexual tiene miedo de contraer alguna enfermedad y, pensando que no será para tanto, se

[71] En contra, POZUELO PÉREZ, «La agresión sexual en autoría mediata: Proxenetas, clientes y violación de personas prostituidas», *InDret*, (1), 2022, pp. 209 ss.

[72] KEßLER, *Sexuelle Täuschungen,* 2022, p. 342.

pone subrepticiamente un preservativo de látex que, al final, termina provocando en la otra parte una reacción alérgica[73].

¿Concurre una agresión sexual en los ejemplos anteriores? Pues bien, primero de todo debe advertirse lo siguiente: si antes se ha considerado que el *stealthing* supone realizar un acto sexual distinto al consentido, lo mismo deberá decirse ahora con respecto al *stealthing* inverso[74]. De este modo, una «penetración con preservativo» será, en todo caso, un acto sexual distinto a una «penetración sin preservativo» (con independencia de si se ha consentido la primera y se ha realizado la segunda, o viceversa). En consecuencia, el *stealthing* inverso siempre supondrá realizar un acto sexual que no se corresponde con el consentido: una penetración caracterizada por el contacto entre membranas mucosas y un profiláctico (penetración con preservativo) en lugar de otra que se define por el contacto directo entre membranas mucosas (penetración sin preservativo).

Ahora bien, esto último no implica necesariamente que el *stealthing* inverso constituya una agresión sexual, pues, aunque el acto sexual consentido sea distinto al acto realizado, el primero podría ser concebido como un *plus* respecto al segundo[75]. Y, en ese caso, algunos autores plantean la posibilidad de recurrir al criterio de exclusión de la imputación por «disminución del riesgo» para negar la responsabilidad de quien, en palabras de COCA VILA, «lleva a cabo un acto sexual que constituye un *minus* en términos de afectación a la libertad sexual (injerencia corpórea) respecto de la injerencia pactada»[76]. Conforme a dicho criterio podría excluirse la concurrencia de una agresión sexual, no solo en el *stealthing* inverso, sino también en aquellos casos en que se realiza un acto sexual distinto al consentido, pero menos lesivo que este. Así, por ejemplo, quien da un beso a alguien que (solo) ha consentido una penetración vaginal. O quien introduce un objeto fálico en la vagina de una mujer que esperaba una penetración con el órgano sexual masculino[77]. O, incluso, la persona que lleva a cabo una penetración vaginal cuando lo consentido era, directamente, una penetración anal.

En mi opinión, sin embargo, el criterio de la «disminución del riesgo» no puede aplicarse a los ejemplos anteriores. Dejando de lado las dificultades para establecer una escala intersubjetiva de «grados de injerencia corporal» —¿constituye el sexo vaginal un *minus* respecto al sexo anal?—, creo que los delitos contra la *libertad* sexual también deben proteger a quien consiente «lo más» pero no «lo menos». De lo contrario, consentir un acto sexual supondría permitir, no solo dicho

---

[73] Aluden a ejemeplos similares, FRANZKE, «Zur Strafbarkeit des so genannten Stealthings», *Bonner Rechtsjournal*, (2), 2019, p. 118; DENZEL/KRAMER DA FONSECA CALIXTO, «Strafbarkeit und Strafwürdigkeit der sexuellen Täuschung», *Kriminalpolitische Zeitschrift*, (6), 2019, p. 315.

[74] En general, la denominación «*stealthing* inverso» se emplea para referirse a la práctica de realizar una «penetración con preservativo» cuando se ha pactado una «penetración sin preservativo». Este es el significado que tiene en el texto y en CASTELLVÍ MONSERRAT/MÍNGUEZ ROSIQUE, *Diario La Ley*, (9962), 2021, p. 14; GARCÍA PÉREZ, «Algunas reflexiones, a la vista de los primeros pronunciamientos jurisprudenciales en España, en torno al delito de stealthing», *Práctica penal*, (108), 2022, p. 20; COCA VILA, *InDret*, (4), 2022, p. 302; EL MISMO, *InDret*, (3), 2023, p. 458. Sin embargo, MARTÍNEZ DE ABREU, «Una aproximación a la relevancia penal del stealthing en el ordenamiento español», *Revista penal México*, (22), 2023, p. 129, emplea dicha denominación para referirse a otra práctica distinta; concretamente, a la de «agujerear los preservativos con el fin de quedarse embarazada». En la nota 70 me refiero a dicha práctica y explico por qué (al contrario de lo que opina MARTÍNEZ DE ABREU) no debería calificarse como una agresión sexual.

[75] HOVEN, «Das neue Sexualstrafrecht: Ein erster Überblick», *NStZ*, (10), 2020, p. 581.

[76] COCA VILA, *InDret*, (4), 2022, p. 305.

[77] COCA VILA, *InDret*, (3), 2023, p. 458.

acto sexual, sino también todos aquellos actos sexuales que, pese a ser indeseados, implican un grado de injerencia corporal menor. El mensaje sería: «quien ha consentido lo más no puede negarse a lo menos». Y ello supondría que los delitos contra libertad sexual no garantizan la posibilidad de rechazar cualquier contacto corporal (de naturaleza sexual), sino, únicamente, la posibilidad de rechazar (en bloque) todos los contactos sexuales que implican un determinado grado de injerencia corporal.

De todos modos, rechazar la aplicación del criterio de la «disminución del riesgo» en los ejemplos anteriores (dar un beso a quien consiente una penetración, introducir un objeto cuando se esperaba un miembro corporal, etc.) no implica que, en todo caso, deban calificarse como agresiones sexuales. A estos efectos, deben hacerse dos matizaciones. La primera: quien consiente dos actos sexuales distintos también consiente (solo) uno. Así, por ejemplo, quien consiente una penetración y un beso también consiente (solo) una penetración o un beso (del mismo modo que quien consiente que le corten los dos brazos también consiente que le corten uno). En consecuencia, la otra parte no cometerá una agresión sexual si en lugar de realizar ambos actos sexuales (una penetración y un beso) solo realiza uno (una penetración o un beso). Y ello no deriva de una disminución del riesgo, sino, directamente, de que dicha conducta está consentida[78].

La segunda matización: en el ámbito sexual, quien consiente expresamente lo más (una penetración) suele consentir implícitamente lo menos (un beso). Así, aunque una persona no exprese verbalmente «quiero que me des un beso», ello puede sobreentenderse cuando dice «quiero realizar un coito contigo»[79]. Por ello, en circunstancias normales, dicho beso será atípico aunque no se haya verbalizado expresamente su consentimiento. Algo similar ocurrirá con quien

[78] De otra opinión, COCA VILA, *InDret*, (4), 2022, p. 305, recurriendo a dicho criterio (de disminución del riesgo) para afirmar que «quien pacta con su víctima mantener relaciones sexuales con penetración anal sabiendo que solo está dispuesto a mantener una relación sexual sin penetración no comete un delito de agresión sexual cuando inicia la relación sexual».

[79] Sobre el papel que juegan aquí las convenciones sociales, TILTON/JENKINS ICHIKAWA, «Not What I Agreed To: Content and Consent», *Ethics*, (132-1), 2021, p. 146. COCA VILA, *InDret*, (3), 2023, p. 448, critica el recurso a dichas convenciones afirmando que «además de no amortiguar la incertidumbre sobre los límites de lo realmente consentido, tiene el riesgo de determinar el consentimiento de la víctima con base en convenciones sociales moralmente cuestionables. Dado que la convención social establece que en la mayoría de contextos el sexo biológico de una persona es relevante, no revelar dicho dato conduciría a afirmar que la relación sexual no ha sido consentida, cometiendo la persona transgénero un delito de agresión sexual». Sin embargo, aunque las convenciones sociales se empleen para concretar qué actos sexuales se han consentido mediante una determinada expresión (de modo que, en circunstancias normales, pueda sobreentenderse que quien dice «quiero realizar un coito contigo» consiente un beso previo), dichas convenciones no determinan qué es un acto sexual (a los efectos del art. 178.1 CP). Tal y como se ha indicado previamente (3.1), el exhibicionismo no es un «acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento» (art. 178.1 CP) aunque las convenciones sociales digan lo contrario. Al fin y al cabo, los actos sexuales a los que se refiere el art. 178.1 CP se definen por el contacto corporal (de naturaleza sexual) que implican. Precisamente por ello, aunque las convenciones sociales establezcan que el sexo biológico de una persona es relevante, no concurrirá ninguna agresión sexual si el contacto corporal (de naturaleza sexual) consentido se corresponde con el contacto corporal (de naturaleza sexual) realizado. Y, por la misma razón, tampoco concurrirá agresión sexual alguna cuando «(V) está dispuesta a mantener una relación sexual con (A) siempre y cuando este sea judío y esté soltero, algo que expresa claramente. (A) miente a (V) sobre ambos extremos y consigue así el consentimiento de (V)», pues, al contrario de lo que indica COCA VILA, *InDret*, (3), 2023, p. 448, no es evidente que «(V) ha consentido una relación sexual muy determinada, a saber, con una persona judía y soltera». En este sentido, el acto sexual consentido no queda definido por la religión o el estatus civil de una persona (pese a que las convenciones sociales puedan establecer que ello es relevante), sino por el contacto corporal (de naturaleza sexual) que implica. Y, desde esta perspectiva, el acto sexual consentido se corresponde con el realizado.

consiente expresamente una penetración vaginal con el órgano sexual masculino: en muchas ocasiones, ello implicará un consentimiento tácito de una (previa) penetración digital. Y, claro, no es raro que quien consiente explícitamente una penetración vaginal sin preservativo también consienta (implícitamente) una penetración vaginal con preservativo. Precisamente por ello, tanto el *stealthing* inverso como la mayoría de los ejemplos anteriores no constituirán una agresión sexual, al menos, cuando se produzcan en circunstancias normales; es decir, en circunstancias que permitan inferir que consentir expresamente «lo más» supone consentir implícitamente «lo menos». Y, de nuevo, ello no deriva de que se haya disminuido el riesgo, sino de que ese acto sexual «menor» también estaba (implícitamente) consentido.

¿Cuándo constituirán una agresión sexual los ejemplos anteriores? Pues, en mi opinión, cuando «lo menos» no pueda entenderse implícitamente consentido; a saber, cuando se haya rechazado expresamente o dicho rechazo pueda inferirse de las circunstancias en que se ha consentido «lo más». Así, por ejemplo, quien consiente una penetración vaginal, pero rechaza explícitamente un beso —por dedicarse a la prostitución o ser un *swinger*—, sufre una agresión sexual cuando la otra parte le «roba un beso»[80]. Y lo mismo sucede con quien consiente una penetración del órgano sexual masculino siendo alérgico al material de un determinado juguete sexual: aquí no puede entenderse implícitamente consentida una penetración con dicho juguete sexual y, por ello, su uso sorpresivo constituirá una agresión sexual. Y, finalmente, quien practica el *stealthing* inverso cuando la otra parte ha rechazado expresamente una penetración con preservativo (aunque haya consentido una penetración sin dicho profiláctico) también cometerá una agresión sexual[81]. De este modo, aunque lo normal sea que consentir expresamente una penetración sin preservativo («lo más») suponga consentir tácitamente una penetración con preservativo («lo menos»), quien rechaza explícita o implícitamente lo segundo —ya sea por buscar un embarazo o por tener alergia al látex— sufre una agresión sexual cuando la otra parte se pone un preservativo sin consentimiento; es decir, cuando practica el *stealhing* inverso[82].

---

[80] En contra, COCA VILA, *InDret*, (3), 2023, p. 458, apuntando a la posibilidad de apreciar un delito de trato degradante.

[81] KEßLER, *Sexuelle Täuschungen,* 2022, p. 343.

[82] ¿Y si alguien consiente el tocamiento de un pecho (o de las nalgas) por *debajo* de la ropa y, sin embargo, dicho tocamiento se realiza por *encima* de la ropa? COCA VILA, *InDret*, (4), 2022, p. 306, nota 57, señala agudamente que un planteamiento como el expuesto en el texto debería llevar a la (contraintuitiva) respuesta de que el tocamiento por encima de la ropa constituye una agresión sexual. Al fin y al cabo, si la ropa es lo suficientemente relevante como para definir el acto sexual que implica el tocamiento de un pecho (o de las nalgas), un «tocamiento por encima de la ropa» será un acto sexual distinto a un «tocamiento por debajo de la ropa» (con independencia de si se ha consentido lo primero y se ha realizado lo segundo, o viceversa). Y, claro, si antes se ha considerado que en el supuesto inverso —consentir un tocamiento por *encima* de la ropa y que este se realice por *debajo*— concurren dos actos sexuales distintos, ahora también deberá hacerse lo propio. No obstante, al contrario de lo que ocurre con el supuesto inverso, lo más habitual es que quien consiente expresamente el tocamiento por debajo de la ropa («lo más») consienta implícitamente el tocamiento por encima («lo menos»). Es más, no se me ocurre ningún supuesto (realista) en que esto no sea así. Por ello, aunque el consentimiento solo vaya referido expresamente a un tocamiento por debajo de la ropa, en circunstancias normales podrá sobreentenderse que un tocamiento por encima de dicha ropa también está (tácitamente) consentido. Y que, por ello, no constituye una agresión sexual. Ahora bien, si, por el motivo que sea, se rechaza expresamente (y de forma seria) el tocamiento por encima (aunque se consienta por debajo), dicho tocamiento deberá ser considerado una agresión sexual. Quizás, el hecho de que no existan buenas razones para realizar una elección sexual tan extravagante hace que sea difícil empatizar con ella y, por tanto, considerarla digna de protección. Sin embargo, tal y como se ha expuesto anteriormente (2.3.c), los delitos contra la libertad sexual no pueden diferenciar entre «buenas» y «malas» razones, pues dichos delitos garantizan, precisamente, la posibilidad de aceptar o rechazar un acto sexual por el motivo que sea (aunque resulte absurdo o censurable). En este sentido, los ejemplos mencionados en el texto también constituirían una agresión sexual aunque la elección sexual de sus víctimas —consentir «lo más» pero no «lo menos»— no estuviera

c. ¿Agresión sexual con acceso carnal consentido?

Queda aún por resolver la cuestión de si el *stealthing* constituye un delito de violación. Es decir, si dicha agresión sexual consiste en «acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías» (art. 179.1 CP). Teniendo en cuenta que el *stealthing* presupone un acto que atenta «contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento» (art. 178 CP) y un «acceso carnal» (art. 179.1 CP), la única forma de negar la concurrencia de una violación pasa por desvincular lo primero de lo segundo. Es decir, pasa por afirmar que el acto que atenta «contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento» (art. 178 CP) se ciñe exclusivamente a la retirada subrepticia del preservativo y que, por ello, el «acceso carnal» (art. 179.1 CP) sí esta consentido[83]. De acuerdo con GILI PASCUAL, esto último:

> «(…) resultaría coherente desde un punto de vista teórico con una disociación del objeto del consentimiento. Una valoración que contemplaría separadamente la cuestión del uso o no uso del preservativo, por una parte, valorándolo en este sentido como un acto de significación sexual general (art. 181.1 CP) y, por otra parte, el "acceso carnal" en sí, que como acto con significación sexual específica *ex lege* se habría considerado entonces consentido y consiguientemente neutralizado su desvalor específico»[84].

En mi opinión, sin embargo, el razonamiento anterior no puede aplicarse al *stealthing*, sino, únicamente, a los casos en que concurren simultáneamente dos actos sexuales distintos; concretamente, a los casos en que concurren a la vez dos contactos corporales diferentes: uno consentido (el que implica acceso carnal) y otro no consentido (el que no implica acceso carnal). Así, por ejemplo, en el supuesto expuesto anteriormente de quien «roba un beso» a una persona que solamente ha consentido una penetración vaginal —rechazando expresamente un beso por dedicarse a la prostitución o al intercambio de parejas—, no se cometerá una violación aunque el beso inconsentido se produzca *durante* la penetración vaginal, pues, en este caso, no existirá un único acto sexual no consentido (una penetración con beso), sino dos distintos: uno consentido (la penetración) y otro no consentido (el beso). De este modo, podrá afirmarse que el acto sexual realizado «sin su consentimiento» (art. 178.1 CP) se ciñe exclusivamente al contacto corporal que implica el beso y que, por ello, el acto sexual que supone el «acceso carnal» sí ha sido consentido. Precisamente por ello, la agresión sexual que representa el beso inconsentido no constituiría una violación (aunque se haya producido en el contexto de una relación sexual con acceso carnal).

---

respaldada por buenas razones (reproductivas, médicas o emocionales). Así, por ejemplo, el *stealthing* inverso sería delictivo pese a que la víctima hubiera rechazado la penetración con preservativo porque sí (y no por buscar un embarazo o tener alergia al látex). Lo mismo ocurriría con quien consiente un coito y rechaza la penetración con un juguete: dicho rechazo merecería protección aunque no esté fundamentado en una alergia u otro motivo médico. Y, finalmente, quien consiente una penetración, pero rechaza un beso, no solo merece protección si lo hace por motivos emocionales comprensibles (dedicarse a la prostitución o al intercambio de parejas), sino también si lo hace por razones absurdas o, incluso, por mero capricho. Obviamente, en estos casos será más difícil acreditar que no existía un consentimiento implícito, pero, si el rechazo es expreso y serio (y el autor lo conocía), deberá apreciarse una agresión sexual. Después de todo, los delitos contra la *libertad* sexual también protegen las elecciones sexuales extravagantes o absurdas.

[83] Señala dicha posibilidad RAGUÉS I VALLÈS, «Delitos contra la libertad sexual», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, 9ª ed., 2023, p. 149.

[84] GILI PASCUAL, *Cuadernos de política criminal*, (135), 2021, p. 115.

También podría realizarse la «disociación del objeto del consentimiento» de la que habla GILI PASCUAL en los casos en que se eyacula sin consentimiento durante una penetración consentida (ya sea omitiendo la «marcha atrás» o pinchando un preservativo). En efecto, tal y como se ha indicado antes (3.2.a), la eyaculación implica un contacto físico distinto a la penetración que la precede y, por ello, lo uno y lo otro deben considerarse actos sexuales distintos. En consecuencia, cuando la eyaculación sin consentimiento se produzca en el marco de una penetración consentida, no deberá apreciarse un solo acto sexual no consentido (una penetración con eyaculación), sino dos diferentes: uno consentido (la penetración) y otro no consentido (la eyaculación). Así, de nuevo, será posible afirmar que el acto sexual realizado «sin su consentimiento» (art. 178.1 CP) se ciñe al contacto físico que implica la eyaculación y que, por el contrario, la penetración que supone el «acceso carnal» sí ha sido consentida. De esta forma, aunque la eyaculación se produzca dentro de la vagina (y en el contexto de un acceso carnal), dicho acto sexual no constituirá un «acceso carnal» en sí mismo. Y, por ello, tampoco podrá sancionarse como un delito de violación (aunque sí constituya una agresión sexual).

El caso del *stealthing* es, no obstante, distinto a los dos anteriores. En él no concurren simultáneamente dos actos sexuales diferentes y, precisamente por ello, no es posible realizar la «disociación del objeto del consentimiento» mencionada por GILI PASCUAL. Es decir, no es posible desvincular el acto sexual que atenta «contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento» (art. 178 CP) del «acceso carnal» (art. 179.1 CP). Y no lo es porque, al contrario de lo que ocurre con los ejemplos anteriores (dar un beso o eyacular), quitarse el preservativo no constituye un acto sexual distinto a la penetración. En este sentido, quitarse el preservativo delimita el contacto físico que implica la penetración (que pasa a ser un contacto directo entre membranas mucosas en vez de uno mediado por el profiláctico), pero en ningún caso constituye por sí mismo un acto sexual que atenta «contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento» (art. 178 CP). Dicho de otro modo: quitarse el preservativo hace que la penetración no esté consentida (y, por ello, constituya una agresión sexual), pero no es una agresión sexual en sí misma[85]. Precisamente por ello, no puede compartirse la afirmación de que, en el *stealthing*, «el acto que atenta contra la libertad sexual no abarcado de manera clara por la voluntad de la persona no es en puridad la penetración, sino el no uso del preservativo»[86]. Al fin y al cabo, el «no uso del preservativo» no es un acto sexual (y, por tanto, no puede constituir una agresión sexual). Por el contrario, el «no uso del preservativo» delimita el contacto corporal que implica el (único) acto sexual que sufre la víctima en el *stealthing*: la penetración vaginal (sin preservativo). Y, obviamente, dicho acto sexual realizado «sin su consentimiento» (art. 178.1 CP) consiste en un «acceso carnal» (art. 179.1 CP). Es decir, que dicha agresión sexual constituye una violación.

En todo caso, debe reconocerse que calificar el *stealthing* como un delito de violación supone asignarle una pena muy elevada (de cuatro a doce años de prisión)[87]. Además, el hecho de que el art. 179 CP no prevea una cláusula atenuatoria equivalente a la del art. 178.4 CP (que permite castigar las agresiones sexuales con una pena de multa) comporta diferencias penológicas difícilmente justificables; así, por ejemplo, el *stealthing* no es mucho más grave que eyacular sin

[85] En un sentido similar, MARTÍNEZ DE ABREU, *Revista penal México*, (22), 2023, p. 128.

[86] GILI PASCUAL, *Cuadernos de política criminal*, (135), 2021, p. 131.

[87] En todo caso, debe advertirse que en un caso de *stealthing* enjuiciado con anterioridad a la LO 10/2022, la STSJ Andalucía, Sala de lo Civil y Penal, de 1 de julio de 2021 (ECLI:ES:TSJAND:2021:12396), impuso una pena de cuatro años de prisión por un abuso sexual (con acceso carnal).

consentimiento y, sin embargo, este última conducta podrá recibir una pena de multa (de dieciocho a veinticuatro meses) mientras la primera deberá conllevar, como mínimo, cuatro años de prisión. Todo ello aconseja que, *de lege ferenda*, se permita aplicar la cláusula atenuatoria del art. 178.4 CP a algunas violaciones o que, por el contrario, no resulte obligatorio (sino facultativo) calificar una agresión sexual con «acceso carnal» como una violación (tal y como se hace en el § 177 Abs. 6 StGB). De lo contrario, podría llegarse a la paradójica situación de que, a la luz de la gravedad de la pena, algún juez interprete más restrictivamente las agresiones sexuales que suponen «acceso carnal» (y que, por ello, deben calificarse como violaciones) que aquellas que no[88]; por ejemplo, que considere una agresión sexual el tocamiento de un pecho por debajo de la ropa cuando solo se ha consentido por encima (dado que dicha conducta puede castigarse con una pena de multa) y, en cambio, no califique como tal el *stealthing* (por conllevar una pena mínima de cuatro años de prisión) aunque la *barrera física* que implica el preservativo sea equivalente a la de la ropa.

d. ¿Error in persona?

La SAP Cáceres 209/2020[89], contiene los siguientes hechos probados:

> «Andrés entró en el dormitorio y se acostó en la cama en la que estaba Socorro, manteniendo ambos una relación sexual y, una vez finalizada, Andrés salió del dormitorio mientras que Socorro se quedó dormida en la cama mirando hacia la pared (...). Instantes después de que Andrés saliera de la habitación, Lázaro entró en el dormitorio, se desnudó y se introdujo en la cama en la que Socorro dormía, comenzando a acariciarla con el fin de tratar de mantener él también con ella un acto sexual. Socorro, sintiendo aquellas caricias entre sueños, y pensando que se trataba de Andrés, consintió las caricias para después, al sentir que el varón pretendía un nuevo coito, facilitar la penetración y participar de aquel acto sexual, sin llegar a volverse, hasta que Lázaro eyaculó. A continuación, el acusado se levantó de la cama para vestirse y fue entonces cuando Socorro, al girarse, vio que aquel varón no era Andrés sino Lázaro, gritándole en ese instante al acusado "tú qué haces aquí", respondiéndole "pues follarte"».

¿Ha cometido Lázaro una violación? Parece obvio que la respuesta debe ser afirmativa[90]. Después de todo, Socorro ha consentido una relación sexual *con una persona distinta*. Concretamente, ha consentido una relación sexual con Andrés, y no con Lázaro. Por ello, este último ha realizado una penetración vaginal «sin su consentimiento» (art. 178.1 CP); esto es, en definitiva, una violación.

Pues bien, aunque lo anterior resulta evidente, no es fácil explicar por qué este mismo argumento no puede aplicarse a cualquier relación sexual consentida a causa de un error (en los motivos).

---

[88] Tal como indican PUENTE RODRÍGUEZ/LLOBET ANGLÍ, «Norma de sanción y norma de conducta: ¿por qué castigamos más cuando queremos castigar menos? Una reflexión al hilo del nuevo art. 579 bis 4 CP», *La Ley penal*, (141), 2019, p. 2, «a la hora de interpretar cualquier tipo penal, la sanción que éste lleva aparejada condiciona la forma en que es entendido. Así, por ejemplo, la interpretación restrictiva se erige como un importante criterio jurídico cuando las penas que sancionan determinadas conductas se consideran excesivamente altas». En palabras de BASSO, «Sobre la relevancia de las penas mínimas. Una reflexión a partir del caso Mesa Nacional Herri Batasuna (STC 136/1999, de 20 de julio)», en PÉREZ CEPEDA (dir.), *El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político criminal*, 2017, p. 248, la «norma de sanción debe incidir en la configuración misma de la norma de conducta».

[89] SAP Cáceres, Sección 2ª, de 24 de septiembre de 2020, (ECLI:ES:APCC:2020:934).

[90] La sentencia transcrita castigó a Lázaro por el (antiguo) delito de abuso sexual con acceso carnal.

Al fin y al cabo, el objeto de un error siempre puede definir a la persona con quien se consiente un acto sexual (una soltera, una rica, una judía, una adulta, etc.), haciendo que sea distinta a la persona que realiza dicho acto (una casada, una pobre, una musulmana, una menor, etc.). Así, por ejemplo, la mujer engañada por el *tiktoker* del ejemplo inicial podría sostener que, al igual que Socorro, ella también ha consentido mantener relaciones sexuales con una persona distinta: concretamente, con una persona infértil (y no con una persona fértil). Tal y como indica FORNÉS en relación con los errores en el matrimonio, «si se entiende por "persona" no esta persona A (...), sino un ente abstracto que se compone de un substrato común y de unas cualidades también comunes (...). La persona no sería A (...), sino, si se me permite parafrasear al conocido filósofo español, sería "A y sus circunstancias", de modo que si cambian las circunstancias, cambia A: ya no es A»[91].

En todo caso, para evitar que cualquier «error en los motivos» sea un *error in persona* siempre podría emplearse un concepto (más) estricto de persona. En particular, uno que quede circunscrito a la «identidad nominal de quien participa en el acto sexual»[92]. De esta forma, el objeto del consentimiento sexual (al igual que el del matrimonio[93]) no sería una persona indeterminada con ciertas cualidades —ser soltera, rica o judía—, sino una persona determinada espacio-temporalmente —alguien que se identifica por un nombre y unos apellidos concretos—. Así, la mujer del ejemplo inicial no habría consentido mantener relaciones sexuales con alguien (indeterminado) que tiene la cualidad de ser infértil, sino con una persona determinada: el *tiktoker* en cuestión. De este modo, el error sobre su (in)fertilidad no iría referido a la persona con quien se consiente (el *tiktoker*), sino a los motivos que fundamentan dicho consentimiento.

Lo anterior, sin embargo, todavía comportaría criminalizar un número excesivamente elevado de relaciones sexuales; en particular, todas aquellas que derivan de una suplantación de identidad. Así, por ejemplo, quien finge ser un determinado actor para mantener relaciones sexuales con una admiradora que, en realidad, nunca lo ha visto en carne y hueso[94]. O todas las que mantenga un agente encubierto durante una infiltración[95]. En ambos supuestos, las personas engañadas podrían afirmar que, al igual que Socorro, ellas también han consentido mantener relaciones sexuales con una persona que tiene una identidad nominal distinta: o bien con un famoso actor

---

[91] FORNÉS DE LA ROSA, «Error y dolo», *Ius canonicum*, (35-69), 1995, p. 169.

[92] COCA VILA, *InDret*, (4), 2022, p. 305.

[93] GONZÁLEZ DEL VALLE, «Ignorancia, error y dolo al elegir cónyuge y al celebrar matrimonio», *Ius canonicum*, (21-41), 1981, p. 149.

[94] COCA VILA, *InDret*, (4), 2022, p. 305, también llega a la conclusión de que esta clase de supuestos no constituyen agresiones sexuales. Sin embargo, él no lo fundamenta del mismo modo que se hace en el texto, sino negando la relevancia de «aquellos errores reconducibles en primera instancia a una autopuesta en peligro de la víctima por infracción de sus incumbencias de cuidado». No obstante, dejando de lado que esta clase de argumentaciones podrían llegar a cuestionar la concurrencia de una agresión sexual en el supuesto inicial de este epígrafe (¿acaso Socorro no podría haberse girado para comprobar que quien entró en su cama no era Andrés, sino Lázaro?), el recurso a las incumbencias de cuidado de la víctima solo puede negar la existencia de una agresión sexual cuando el engaño de quien finge ser una celebridad es burdo. Y, por ello, creo que el desarrollo de dicha argumentación lleva a una conclusión que no comparto: que sí concurra una agresión sexual cuando, en esta clase de supuestos, el engaño resulta más elaborado; por ejemplo, si quien finge ser un conocido actor es, precisamente, su doble y, además, ha falsificado un documento de identidad con los datos del actor. Aquí no podría afirmarse que la víctima ha infringido sus incumbencias de cuidado. Y, sin embargo, no creo que en dicho supuesto concurra una agresión sexual.

[95] Alude a este ejemplo, CUGAT MAURI, en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS/ESQUINAS VALVERDE (dirs.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen*, 2022, p. 236.

(y no con alguien que se le parece), o bien con la persona que responde a la identidad supuesta del agente encubierto (y no con un policía cuyo nombre y apellidos no tienen nada que ver)[96]. No obstante, aunque últimamente se ha planteado la posibilidad de perseguir penalmente esta clase de engaños[97], creo que estos casos no son equiparables al supuesto transcrito al inicio de este epígrafe. Y que, por ello, dichos casos no deberían castigarse como agresiones sexuales (al menos *de lege lata*).

¿Qué diferencia hay entre la suplantación de identidad que caracteriza los casos anteriores y el supuesto inicial? Pues que en los casos anteriores el error versa sobre la *identidad nominal* de quien participa en el acto sexual y, en cambio, en el supuesto inicial dicho error atañe al *cuerpo* involucrado en el contacto sexual[98]. Teniendo en cuenta que los actos sexuales se definen por el contacto *corporal* que implican, el objeto del consentimiento sexual no debe incluir la identidad nominal de las personas que participan en dicho contacto, sino, únicamente, (las zonas de) los cuerpos involucrados en él. Y, claro, quien mantiene relaciones sexuales con un agente encubierto o con quien finge ser un famoso actor percibe claramente el cuerpo que entrará en contacto con el suyo, de modo que el acto sexual consentido coincide con el realizado (un contacto sexual con el cuerpo de una persona que identifica espacio-temporalmente a la perfección, se llame como se llame). Precisamente por ello, los supuestos de (mera) suplantación de identidad nominal no constituirán agresiones sexuales. En cambio, sí deberán calificarse como tales los casos en que la víctima no percibe correctamente el cuerpo que entrará en contacto con el suyo y, por ello, no es consciente de que dicho cuerpo es distinto al que ella se ha representado. Así, por ejemplo, quien se cuela en un dormitorio oscuro y, haciéndose pasar por el marido de la mujer que está en la cama, mantiene relaciones sexuales con ella[99]. O quien le pide a su pareja sexual que se vende los ojos para, a continuación, permitir que un tercero le suplante y realice tocamientos sobre ella. Y, por supuesto, el caso trascrito inicialmente en el que Lázaro se acerca por la espalda de Socorro para que lo confunda con Andrés y, así, mantenga una relación sexual con él. En todos estos casos concurre una agresión sexual porque la víctima no percibe correctamente el cuerpo de la persona que entrará en contacto con ella y, por tanto, el objeto de su consentimiento no es un contacto sexual con dicho cuerpo, sino con otro distinto

[96] Quizás podría argumentarse que un agente encubierto no se hace pasar por una persona determinada espacio-temporalmente (como ocurre con el ejemplo de quien finge ser un famoso actor), sino por alguien que no existe. Y que, por ello, su engaño es el equivalente a quien dice llamarse Juan en vez de Eusebio para ligar en una discoteca (siendo esto último, como mucho, un error en los motivos: «no me habría acostado con él si hubiera sabido que se llamaba así»). Sin embargo, desconozco si todas las infiltraciones policiales se realizan con identidades nominales de personas que no existen. Y, en todo caso, no creo que el hecho de que exista otra persona con esa identidad en algún lugar del mundo deba ser relevante para determinar si el agente encubierto ha cometido una agresión sexual.

[97] Véase al respecto la reciente noticia: https://www.publico.es/politica/cinco-mujeres-querellan-policia-sedujo-infiltrarse-movimientos-sociales-barcelona.html

[98] Tal y como me hicieron notar la profesora Pantaleón Díaz y los profesores Mañalich Raffo y Puente Rodríguez, la diferencia a la que se alude en el texto se corresponde esencialmente con la diferencia que existe entre el *error in persona* y la *aberratio ictus*. Sobre dicha diferencia, SILVA SÁNCHEZ, «"Aberratio ictus" e imputación objetiva», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (37), 1984, pp. 357 ss; BLANCO CORDERO, «El "error in persona" del inducido y su relevancia para la responsabilidad penal del inductor», en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (dir.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, 2001, pp. 830 ss.

[99] Supuesto que se corresponde con el enjuiciado en R v Dee [1884] 14 LR Ir 468. Alude a un ejemplo similar, LUZÓN PEÑA, «El consentimiento en Derecho penal», *Revista General de Derecho Penal*, (18), 2012, p. 35.

que ella puede representarse perfectamente (por ser el de su marido, pareja sexual o, al menos, el de alguien que ha conocido previamente[100]).

3.3. La naturaleza sexual

Tal y como se ha indicado antes (3.1), para apreciar un «acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento» (at. 178.1 CP) no solo se requiere un contacto corporal, sino que, además, es necesario que dicho contacto tenga *naturaleza sexual*. Esto último depende, obviamente, de las zonas del cuerpo involucradas (por ello, el tocamiento de un codo nunca será un acto sexual). Pero no solo eso. La naturaleza sexual de un contacto corporal también depende del contexto: un mismo contacto corporal puede tener naturaleza sexual en un contexto y no tenerla en otro. Así, por ejemplo, tocar la vagina de alguien no tiene naturaleza sexual cuando lo hace un ginecólogo por motivos médicos y, en cambio, sí tiene dicha naturaleza en (casi) cualquier otro contexto[101].

Lo anterior implica que una persona puede consentir un determinado tocamiento genital y, sin embargo, no consentir ningún acto sexual. Esto es, precisamente, lo que ocurre cuando alguien consiente una exploración ginecológica: que únicamente consiente tocamientos genitales en un determinado contexto (médico) que los priva de naturaleza sexual. Por ello, el ginecólogo que realiza dichos tocamientos engañando a una mujer sobre su necesidad médica (por ejemplo, inventándose una enfermedad que no padece) lleva a cabo un acto sexual «sin su consentimiento» (art. 178.1 CP)[102]. Al fin y al cabo, la mujer no ha consentido ningún contacto corporal de naturaleza sexual (es decir, no ha consentido ningún acto sexual). Y el ginecólogo ha realizado tocamientos genitales que, al carecer de un motivo médico, constituyen un acto de naturaleza sexual.

---

[100] Muchos ordenamientos anglosajones llegan a esta misma conclusión por la vía (directa) de exigir que el autor se haga pasar por alguien «conocido» por la víctima. Véase en este sentido, GREEN, *Criminalizing Sex: A Unified Liberal Theory*, 2020, p. 112. Teniendo en cuenta que la práctica totalidad de los casos en que la víctima confunde al autor con un conocido suyo derivan de que esta lo no percibe correctamente (por estar en una habitación oscura, con los ojos vendados, de espaldas, etc.), dicha exigencia comporta consecuencias muy parecidas a las propias del planteamiento que se ha esbozado en el texto. Quizás, la diferencia más importante entre lo uno y lo otro es la resolución del siguiente caso: una mujer se hace pasar por su hermana gemela para cenar con su cuñado y, tras una velada romántica, mantiene relaciones sexuales con él (pensando el cuñado que mantiene relaciones sexuales con su esposa). Aquí, sin duda, la mujer se ha hecho pasar por una persona «conocida» por el cuñado (su esposa). Y, sin embargo, el cuñado ha percibido nítidamente el cuerpo de esa persona (pues lo ha estado mirando desde la cena). En consecuencia, este caso podría ser sancionado en los ordenamientos anglosajones mencionados y, en cambio, resultaría impune en el nuestro (al menos, *de lege lata*). De lo contrario, también deberían castigarse como agresiones sexuales todos los casos de suplantación de identidad mentados anteriormente (quien finge ser un actor famoso, los agentes encubiertos, etc.). Similar, CORRÊA CAMARGO, «Sexuelle Selbstbestimmung als Schutzgegenstand des Strafrechts», *ZStW*, (134-2), 2022, p. 389. En todo caso, debe advertirse que no todos los casos de gemelos que se intercambian merecen la misma calificación. En este sentido, cuando la víctima no perciba correctamente el cuerpo del gemelo, sí podrá apreciarse una agresión sexual. Así, por ejemplo, el gemelo que aprovecha las llaves de su hermano para entrar de hurtadillas en la cama de su cuñada y, en la oscuridad, acostarse con ella, sin duda alguna, comete una violación (al igual que cometería una violación un tercero que hubiera hurtado las llaves e hiciera lo propio).

[101] CORRÊA CAMARGO/RENZIKOWSKI, «El concepto de "acto de naturaleza sexual" en el derecho penal», *InDret*, (1), 2021, p. 155.

[102] HÖRNLE, «Sexuelle Selbstbestimmung», *ZStW*, (127-4), 2020, p. 881.

La SAP Madrid 611/2016[103] contiene un ejemplo muy gráfico de esto último:

> «(…) el acusado, sin que ello fuera en absoluto preciso, ni necesario, ni aconsejable, ni oportuno, dada la patología referida por la paciente, la auscultó, llegando el propio Doctor a descubrir parcialmente los pechos del sujetador de la joven. De igual modo y sin justificación médica alguna, indicó a la paciente que se bajara la falda, que se quitara la ropa interior y que se tumbara en la camilla, lo que llevó a cabo la joven. Acto seguido y con intención libidinosa introdujo dos dedos de la mano sin guantes en la vagina de la paciente (…) el acusado dio por terminada su falsa exploración e indicó a la joven que se vistiera y se sentara en la silla, explicándole a modo de excusa, incluso con un croquis que le dibujó, que las maniobras que había efectuado lo eran para conseguir separar la vagina del recto».

El caso anterior es, sin embargo, distinto a otros «engaños médicos» que también constituyen agresiones sexuales. En particular, los engaños que restringen la libertad de la víctima mediante una (falsa) situación de necesidad[104]; es decir, aquellos engaños que tienen «carácter coercitivo»[105]. Por ejemplo:

> «el acusado mintió a la víctima diciéndole que padecía una enfermedad potencialmente mortal, que podía curarse manteniendo relaciones sexuales con un donante al que había inyectado un "suero". La víctima dio su consentimiento creyendo erróneamente que, de lo contrario, moriría, y, así, el acusado mantuvo relaciones sexuales con ella»[106].

¿Qué diferencia un engaño del otro? Pues que el primero sirve para ocultar la naturaleza sexual del contacto consentido y, en cambio, el segundo no trata de ocultar dicha naturaleza (pues la víctima sabe que el contacto consentido tiene naturaleza sexual), sino que pretende constreñir su voluntad y, de este modo, forzar que consienta un acto sexual[107]. Así pues, la víctima del primer engaño no ha consentido ninguna relación sexual y, en consecuencia, el primer médico ha llevado a cabo un acto sexual «sin su consentimiento» (art. 178.1 CP). Por el contrario, la víctima del segundo engaño ha consentido una relación sexual debido al miedo a una (falsa) enfermedad mortal y, por tanto, el segundo médico ha realizado un acto sexual consentido de forma viciada o inválida; más concretamente, un acto sexual consentido *sin libertad* debido al «abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima» (art. 178.2 CP)[108].

4. ¿Pueden cometerse violaciones por engaño?

El objetivo de este trabajo era contestar a la pregunta que se ha formulado al inicio: ¿pueden cometerse violaciones por engaño? Obviamente, la respuesta es afirmativa: mediante un engaño puede ocultarse a alguien una relación sexual (con acceso carnal) y, de este modo, realizarla «sin

---

[103] SAP Madrid, Sección 16ª, de 10 de noviembre de 2016 (ECLI:ES:APM:2016:15363).

[104] FERZAN/WESTEN, *Criminal Law and Philosophy*, (11), 2017, p. 785.

[105] CHIESA, «Solving the Riddle of Rape-by-Deception», *Yale Law & Policy Review*, (35), 2017, pp. 452 ss.

[106] BERGELSON, «Rethinking Rape-By-Fraud», en ASHFORD/REED (eds.), *Legal Perspectives on State Power*, 2016, p. 153, refiriéndose al caso Boro v Superior Court 210 Cal Rptr 122 (1985). Véase otro caso similar en CHIESA, *Yale Law & Policy Review*, (35), 2017, pp. 453.

[107] BERGELSON, en ASHFORD/REED (eds.), *Legal Perspectives on State Power*, 2016, p. 153; GREEN, *Criminalizing Sex*, 2020, p. 112.

[108] En el mismo sentido, COCA VILA, *InDret*, (3), 2023, p. 436, nota 10. Sobre los motivos que niegan la concurrencia de intimidación en estos supuestos, CASTELLVÍ MONSERRAT, «¿Intimidación o abuso de una situación de superioridad?», en prensa, 6.2.

su consentimiento» (art. 178.1 CP). Esto es, precisamente, lo que ocurre con el *stealthing*: que mediante un engaño se oculta a la víctima la realización de un acto sexual distinto al consentido (una «penetración sin preservativo» en lugar de una «penetración con preservativo»). Lo mismo sucede con el intruso que entra en un dormitorio y, haciéndose pasar por la pareja de una mujer que está de espaldas, mantiene relaciones sexuales con ella: de nuevo, dicho engaño oculta a la víctima la realización de una relación sexual distinta a la consentida (un contacto sexual con un intruso en lugar de un contacto sexual con su pareja). Y algo muy similar puede decirse de los engaños médicos que ocultan la naturaleza sexual de un tocamiento genital para, así, realizar un acto sexual sobre quien (solo) ha consentido un contacto corporal de carácter médico.

Lo anterior, sin embargo, no significa que cualquier relación sexual obtenida mediante engaño sea una agresión sexual. En particular, no son agresiones sexuales las relaciones sexuales aceptadas a causa de un engaño (por ejemplo, que la otra parte es famosa, soltera, rica, etc.). En tanto que dichas relaciones sexuales hayan sido aceptadas, deberán estimarse «consentidas» (pues, a los efectos del art. 178.1 CP, «consentir» significa, simplemente, «aceptar»). Y ese consentimiento será válido por una razón muy sencilla: que el Código penal no prohíbe expresamente realizar actos sexuales a través de un engaño (al contrario de lo que ocurre con el empleo de intimidación, abuso de superioridad, etc.). En este sentido, el engaño no vicia o invalida el consentimiento sexual (salvo que tenga «carácter coercitivo»). Precisamente por ello, quien logra que una mujer acepte una penetración sin preservativo mintiendo sobre su fertilidad (el *tiktoker* del ejemplo inicial) lleva a cabo un acto sexual válidamente consentido. Además, en ese caso no se oculta la realización de otro acto sexual distinto (como ocurría con el *stealthing*), pues una «penetración con alguien infértil» implica el mismo contacto corporal que una «penetración con alguien fértil». Y dicho contacto corporal (de naturaleza sexual) es, precisamente, lo que define los actos sexuales; es decir, lo que define el objeto del consentimiento sexual.

5. ¿Se protege más el patrimonio que la libertad sexual?

La respuesta anterior suscita una última pregunta. Teniendo en cuenta que algunos engaños (los de la estafa) vician o invalidan el consentimiento patrimonial, ¿cómo puede ser que no ocurra lo mismo con el consentimiento sexual?; ¿resulta coherente que los engaños que vician o invalidan el consentimiento patrimonial no hagan lo propio con el consentimiento sexual? Para ilustrar esta cuestión, considérese el siguiente supuesto (inspirado en el documental «el timador de *Tinder*»):

> Un hombre finge ser un magnate multimillonario para seducir a una mujer que ha conocido a través de una aplicación de citas. Tras declararle (falsamente) su amor, logra acostarse con ella y que, además, le preste una cuantiosa suma de dinero. Después, el hombre no la vuelve a llamar nunca más ni le devuelve el dinero.

De acuerdo con lo sostenido en este trabajo, el caso anterior no contiene una violación. No obstante, sí que puede apreciarse un delito de estafa. Y, claro, esto resulta paradójico, pues implica que, en las mismas condiciones, el acto sexual se ha consentido válidamente y el acto patrimonial no. O, dicho de otro modo: implica que el mismo engaño que vicia o invalida el consentimiento patrimonial no vicia o invalida el consentimiento sexual. Ante ello, surge inmediatamente la pregunta de: ¿se exigen condiciones más estrictas para consentir válidamente

un acto patrimonial que para hacer lo propio con un acto sexual?; ¿es que acaso se protege más la autonomía en los delitos contra el patrimonio que en los delitos contra la libertad sexual?[109]

Quien responda afirmativamente a la pregunta anterior deberá llegar a la conclusión de que los delitos contra la libertad sexual han de ser reinterpretados (*de lege lata*) o reformados (*de lege ferenda*)[110]. Después de todo, carece de sentido que la autonomía esté más protegida en los delitos patrimoniales que en los sexuales[111]. Algo así supondría que nuestro ordenamiento jurídico no se toma lo suficientemente en serio la protección de la libertad sexual[112].

Ahora bien, ¿esto es así? Pues bien, antes de nada, debe advertirse que, efectivamente, existe una dimensión de la autonomía que está más protegida en los delitos contra el patrimonio que en los delitos contra la libertad sexual. En concreto, aquella que tiene que ver con el *conocimiento*. Tal y como muestra el ejemplo anterior, determinados errores (provocados por un engaño) vician o invalidan el consentimiento patrimonial y, en cambio, no hacen lo propio con el consentimiento sexual. Sin embargo, esto no significa que, en general, la autonomía esté más protegida en los delitos contra el patrimonio que en los delitos contra la libertad sexual. Al fin y al cabo, la autonomía no tiene una sola dimensión, sino tres: una referida a la *libertad*, otra relativa a la *capacidad* y, finalmente, la que atañe al *conocimiento*[113]. Aunque esta última dimensión esté más protegida en los delitos contra el patrimonio, no ocurre lo mismo con las otras dos. Así, por ejemplo, la madurez necesaria para consentir válidamente un acto sexual es mayor a la que se requiere para consentir válidamente un acto patrimonial: un joven de quince años puede regalar un bien mueble a su novio de treinta (sin que este cometa un delito al aceptarlo) y, sin embargo, no puede acostarse con él[114]. En este sentido, la dimensión de la autonomía vinculada con la *capacidad* está más protegida en los delitos contra la libertad sexual que en los delitos contra el patrimonio. Y lo mismo sucede con la dimensión de la autonomía restante; es decir, la que atañe a la *libertad*. A fin de cuentas, se exige más libertad para consentir válidamente un acto sexual que para hacer lo propio con un acto patrimonial. Por ello, es posible que, en las mismas condiciones de (falta de) libertad, el consentimiento sexual esté viciado o sea inválido y, en cambio, el consentimiento patrimonial resulte perfectamente válido. Un ejemplo (ficticio) para demostrarlo:

---

[109] HERRING, «Mistaken Sex», *Criminal Law Review*, (July), 2005, p. 511.

[110] O llegará a la conclusión de que estos delitos no protegen la autonomía sexual (sino algo distinto) Así, RUBENFELD, «The Riddle of Rape-by-Deception and the Myth of Sexual Autonomy», *The Yale Law Journal*, (122), 2013, pp. 1423 ss.

[111] En todo caso, creo que una eventual reinterpretación (*de lege lata*) o reforma (*de lege ferenda*) que criminalice en el ámbito sexual los engaños propios de la estafa no haría que, tal y como indica RAMOS VÁZQUEZ, en AGUSTINA SANLLEHÍ (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»*, 2023, p. 174, «el objeto de tutela deviniese la libertad sexual positiva y no la negativa»; al menos, si la libertad sexual positiva se vulnera mediante «comportamientos que impidan a la víctima llevar a cabo un comportamiento sexual con otra persona consintiente o en solitario» y la negativa se infringe «en la medida en que se involucre a una persona en un comportamiento sexual no deseado» (DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA (dirs.), *Comentarios al Código Penal*, t. II, 2004, p. 224). En mi opinión, la criminalización de dichos engaños (solo) ampliaría la protección de la libertad sexual negativa; al fin y al cabo, no prohibiría conductas que impiden realizar actos sexuales, sino, únicamente, conductas que involucran a una persona en un acto sexual sin el suficiente conocimiento.

[112] Así, DOUGHERTY, *Ethics*, (123-4), 2013, p. 722.

[113] FERZAN/WESTEN, *Criminal Law and Philosophy*, (11), 2017, pp. 774 ss.; CHIESA, *Yale Law & Policy Review*, (35), 2017, pp. 422 ss.

[114] CHIESA, *Yale Law & Policy Review*, (35), 2017, p. 428.

> Un alumno se presenta a una revisión de examen visiblemente angustiado porque, al haber suspendido (justamente), perderá la beca que le permite financiar sus estudios. El profesor aprovecha dicha angustia y le dice que modificará su calificación si se acuesta con él y le paga 100€. Ante la alternativa de verse obligado a abandonar sus estudios, el alumno acepta ambas condiciones.

Aquí, el profesor se ha aprovechado de una situación de necesidad para doblegar la voluntad del alumno y, de este modo, conseguir que realice dos actos: uno sexual (acostarse con él) y otro patrimonial (entregarle 100€). Obviamente, obtener un acto sexual mediante el «abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima» (art. 178.2 CP) es una agresión sexual[115]. Sin embargo, lograr un acto patrimonial mediante el abuso de esa misma situación no constituye delito patrimonial alguno (hurto, robo con intimidación, extorsión, etc.)[116]. Y, claro, ello significa que, en las mismas condiciones de (falta de) libertad, el acto patrimonial se ha consentido válidamente y el acto sexual no. O, dicho de otro modo: significa que (el aprovechamiento de) la misma situación de necesidad que vicia o invalida el consentimiento sexual no vicia o invalida el consentimiento patrimonial.

Lo anterior permite responder negativamente a la pregunta formulada al inicio de este epígrafe: aunque la dimensión de la autonomía vinculada con el conocimiento está más protegida en los delitos patrimoniales que en los sexuales, ocurre exactamente lo contrario con las dos dimensiones de la autonomía restantes. En este sentido, se exige más libertad y capacidad para consentir válidamente un acto sexual que para hacer lo propio con un acto patrimonial. Y ello muestra que, con carácter general, no puede afirmarse que la autonomía esté más protegida en los delitos contra el patrimonio que en los delitos contra la libertad sexual. Lo que sucede es, simplemente, que unos delitos y otros protegen de forma distinta las tres dimensiones de la autonomía[117]. Por ello, el hecho de que exista un delito como la estafa no obliga a reinterpretar (*de lege lata*) o reformar (*de lege ferenda*) los delitos contra la libertad sexual.

---

[115] CASTELLVÍ MONSERRAT, «¿Intimidación o abuso de una situación de superioridad?», en prensa, 4.4.

[116] En relación con dicho acto, el alumno no sería víctima de un delito patrimonial, sino autor de un delito de cohecho (que, probablemente, ni siquiera podría quedar exculpado). Ello resulta perfectamente compatible con afirmar que dicho alumno no ha consentido válidamente el acto sexual, pues las condiciones de validez del consentimiento no tienen por qué coincidir con las condiciones que permiten imputar responsabilidad penal. En este sentido, MAÑALICH RAFFO, *Nötigung und Verantwortung*, 2009, p. 111; PUENTE RODRÍGUEZ, «Contra la tipificación de la agresión sexual imprudente», en prensa.

[117] Esta diferencia plantea inmediatamente la pregunta de: ¿por qué el consentimiento sexual exige más libertad pero menos conocimiento? O, dicho de otro modo: ¿por qué el abuso de una situación de superioridad vicia o invalida el consentimiento sexual y, en cambio, el engaño no hace lo propio? La respuesta no es evidente. Sin embargo, creo que guarda relación con el papel que desempeña la experiencia de la víctima en los delitos contra la libertad sexual. Me explico. Al contrario de lo que ocurre con los actos patrimoniales, sentir rechazo por un acto sexual mientras este se produce constituye una experiencia especialmente desagradable y traumática. En mi opinión, evitar ese daño «experiencial» es una de las principales finalidades de los delitos contra la libertad sexual (aunque no la única). Y, claro, dicho daño se produce necesariamente en todos los actos sexuales consentidos sin (la suficiente) libertad. Al fin y al cabo, quien consiente un acto sexual sin (la suficiente) libertad siempre experimenta rechazo por él durante su ejecución (pues en ese momento es consciente de que no actúa con la suficiente libertad). En cambio, esa clase de daño «experiencial» está excluido en todos los actos sexuales consentidos sin (el suficiente) conocimiento. Después de todo, quien consiente un acto sexual sin (el suficiente) conocimiento nunca experimenta rechazo por él durante su ejecución (pues, en ese momento, no es consciente de actúa sin el suficiente conocimiento). En esos casos, el rechazo siempre es retrospectivo; es decir, que se produce una vez el acto sexual ya ha finalizado. Esto podría ser el motivo por el que los delitos contra la libertad sexual prohíben el abuso de una situación de superioridad (o vulnerabilidad) y no hacen lo propio con el engaño: porque uno presupone dicho daño «experiencial» y el otro lo excluye. Quizás podría oponerse a esto último que los delitos contra la libertad sexual también castigan conductas que no requieren que la víctima sufra esa clase de

6. Conclusiones

La palabra «consentimiento» tiene, al menos, dos significados: uno débil (aceptación) y otro fuerte (aceptación libre y consciente). Nuestro Código penal emplea dicha palabra en sus dos sentidos posibles: a veces en sentido débil (por ejemplo, en las lesiones) y a veces en sentido fuerte (por ejemplo, en el delito de reproducción asistida). En todo caso, el «consentimiento» al que aluden los delitos contra la libertad sexual debe entenderse en sentido débil (aceptación). De lo contrario, el tipo genérico de agresiones sexuales resultaría redundante y, además, deberían castigarse todas las relaciones sexuales aceptadas por error: por ejemplo, las relaciones sexuales aceptadas debido a la falsa creencia de que la otra parte es famosa, soltera, rica, europea, judía, etc. En tanto que esto último se estime inadmisible, deberá reconocerse que los actos que atentan contra la libertad sexual de otra persona «sin su consentimiento» (art. 178.1 CP) son, únicamente, los actos sexuales «no aceptados»: los tocamientos sorpresivos, aquellos realizados sobre personas dormidas, etc. De este modo, los actos sexuales aceptados solo estarán prohibidos cuando estén expresamente previstos en los arts. 178.2 y 181.1 CP; esto es, cuando se realicen mediante «violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad», o sobre «personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare» (art. 178.2 CP) o, finalmente, con «un menor de dieciséis años» (art. 181.1 CP). Teniendo en cuenta que en dichos preceptos no se alude al «engaño», deberá concluirse que, *de lege lata*, los actos sexuales aceptados mediante engaño no son agresiones sexuales.

De todos modos, los engaños no solo pueden emplearse para lograr que otro acepte una relación sexual, sino también para ocultarle la realización de un acto sexual que no ha sido aceptado en absoluto. En este último caso, el acto sexual se habrá realizado «sin su consentimiento» (art. 178.1 CP) y, por ello, constituirá una agresión sexual. Obviamente, esta clase de engaños solo serán viables cuando la víctima haya consentido un acto sexual (o médico) distinto al realizado. Y esto ocurrirá en dos grupos de casos. En primer lugar, cuando el acto sexual realizado implique un *contacto corporal* distinto al acto sexual consentido. Así, por ejemplo, cuando se realice penetración sin preservativo en lugar de una penetración con preservativo (pues lo uno implica un contacto entre preservativo y membranas mucosas y lo otro un contacto directo entre membranas mucosas). O cuando alguien consienta un contacto sexual con el cuerpo de una persona y, en cambio, sufra un contacto sexual con el cuerpo de otra. En segundo lugar, también se habrá realizado algo diferente a lo consentido cuando se oculte la *naturaleza sexual* del contacto corporal en cuestión. En este sentido, un tocamiento genital en un contexto médico no es un acto sexual y, por tanto, el facultativo que engaña al paciente sobre su carácter terapéutico

daño «experiencial»; precisamente, esto es lo que ocurre con las agresiones sexuales realizadas sobre una persona «sin su consentimiento» (art. 178.1 CP): así, por ejemplo, las agresiones sexuales sobre personas dormidas o, incluso, las violaciones por engaño recién esbozadas (el *stealthing*, los engaños médicos, etc.). Sin embargo, al contrario de lo que ocurre con los actos sexuales «consentidos por engaño», la categoría de los actos sexuales «no consentidos» incluye conductas que sí producen el rechazo de la víctima durante su ejecución: por ejemplo, los tocamientos sorpresivos, los realizados sobre personas inmovilizadas que están conscientes, etc. De este modo, aunque el tipo genérico de agresiones sexuales inconsentidas no presupone el daño «experiencial» mencionado (tal y como sucede con los actos sexuales «consentidos sin libertad»), tampoco lo excluye (tal y como ocurre con los actos sexuales «consentidos sin conocimiento»). En la sugerente taxonomía propuesta por TURIENZO FERNÁNDEZ, «"Ojos que no ven, corazón que no siente": los llamados "casos puros"», *InDret*, (3), 2023, p. 471, los actos sexuales realizados sin consentimiento (art. 178.1 CP) serían «comportamientos prohibidos penalmente que pueden cometerse tanto sabiendo la víctima que alguien la está victimizando como no sabiéndolo». En cambio, un acto sexual consentido por engaño «presupone la ignorancia de la víctima acerca de su victimización». Y, claro, los actos sexuales consentidos sin libertad son «comportamientos prohibidos penalmente para cuya comisión es necesario el conocimiento de la víctima acerca de su victimización».

(por ejemplo, inventándose una enfermedad que no padece) lleva a cabo un acto sexual «sin su consentimiento» (art. 178.1 CP).

En resumen: solamente pueden cometerse *violaciones por engaño* cuando la víctima desconoce alguno de los (dos) elementos que definen los actos sexuales: el contacto corporal que implican y su naturaleza sexual. Cualquier otro error da lugar a un acto sexual consentido. Y, en ese caso, el engaño (previo) no vicia ni invalida el consentimiento sexual.

7. Bibliografía

AGUSTINA SANLLEHÍ, «Sobre la reforma de los delitos sexuales: de la "confusión típica" a la problemática discrecionalidad judicial y al desorden valorativo en el sistema de penas», en EL MISMO (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»: Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 37-50.

AGUSTINA SANLLEHÍ/PANYELLA CARBÓ, «Redefiniendo los delitos sexuales facilitados mediante el uso de sustancias psicoactivas», *Política Criminal*, (15-30), 2020, pp. 526-581.

ÁLVAREZ GARCÍA, «Prólogo», en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Tratado de Derecho penal. Parte especial: Delitos contra las personas*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 29-61.

BASSO, «Sobre la relevancia de las penas mínimas. Una reflexión a partir del caso Mesa Nacional Herri Batasuna (STC 136/1999, de 20 de julio)», en PÉREZ CEPEDA (dir.), *El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político criminal*, Ratio Legis, Salamanca, 2017, pp. 239-250.

BERGELSON, «Rethinking Rape-By-Fraud», en ASHFORD/REED/WAKE (eds.), *Legal Perspectives on State Power: Consent and Control*, Cambridge Scholars Publishing, Newcastle upon Tyne, 2016, pp. 152-184.

BLANCO CORDERO, «El "error in persona" del inducido y su relevancia para la responsabilidad penal del inductor», en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (dir.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero* Santos, t. I, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha/Ediciones Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, pp. 823-858.

BLAY GIL, «Nueve tópicos acerca del trabajo en beneficio de la comunidad: la necesidad de una discusión basada en conocimientos empíricos», *InDret*, (4), 2007, pp. 1-18.

BOIX REIG, *El delito de estupro fraudulento*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1979.

BRANDARIZ GARCÍA, *La sanción penal de trabajos en beneficio de la comunidad,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

BRODSKY, «"Rape-Adjacent": Imagining Legal Responses to Nonconsensual Condom Removal», *Columbia Journal of Gender and Law*, (32-2), 2017, pp. 183-210.

CANCIO MELIÁ, «Delitos contra la libertad sexual», en MOLINA FERNÁNDEZ (dir.), *Memento Penal 2023*, Francis Lefebvre, Madrid, 2022, nm. 9210 ss.

CANCIO MELIÁ/PANTALEÓN DÍAZ, «Derecho Penal y coronavirus: algunos problemas de imputación», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (1), 2021, pp. 241-256.

CAROLI/GENEUSS, «La rimozione fraudolenta del preservativo come aggressione sessuale. Lo Stealthing davanti al giudice penale», *Diritto Penale Contemporaneo*, (1), 2021, pp. 136-149.

CASTELLVÍ MONSERRAT, «Delitos contra la libertad sexual», en CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN: *Comentarios al Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, en prensa.

———, «¿Intimidación o abuso de una situación de superioridad? Sobre el consentimiento, la libertad y las amenazas en las agresiones sexuales», en prensa.

CASTELLVÍ MONSERRAT/MÍNGUEZ ROSIQUE, «Con sigilo y sin preservativo: tres razones para castigar el *stealthing*», *Diario La Ley*, (9962), 2021, pp. 1-13.

CHIESA, «Solving the Riddle of Rape-by-Deception», *Yale Law & Policy Review*, (35), 2017, pp. 407-460.

COCA VILA, «Agresión sexual por engaño: Hacia una teoría diferenciadora del engaño excluyente del consentimiento sexual», *InDret*, (3), 2023, pp. 430-466.

———, «El *stealthing* como delito de violación: Comentario a las STSJ-Andalucía 186/2021, de 1 de julio y SAP-Sevilla 375/2020, de 29 de octubre», *InDret*, (4), 2022, pp. 294-308.

CORRÊA CAMARGO, «Sexuelle Selbstbestimmung als Schutzgegenstand des Strafrechts», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (134-2), 2022, pp. 351-390.

CORRÊA CAMARGO/RENZIKOWSKI, «El concepto de "acto de naturaleza sexual" en el derecho penal», *InDret*, (1), 2021, pp. 145-165.

CUGAT MAURI, «Artículo 182 CP vigencia del abuso fraudulento y consecuencias sistemáticas de la introducción de la nueva modalidad de abuso de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima», en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS/ESQUINAS VALVERDE (dirs.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 227-247.

DENZEL/KRAMER DA FONSECA CALIXTO, «Strafbarkeit und Strafwürdigkeit der sexuellen Täuschung», *Kriminalpolitische Zeitschrift*, (6), 2019, pp. 347-354.

DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO/TRAPERO BARREALES, «La nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual: ¿la vuelta al Código Penal de la Manada?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (25), 2023, pp. 1-51.

DÍEZ RIPOLLÉS, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en DÍEZ RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA (dirs.), *Comentarios al Código Penal*, t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 209-389.

DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, «El delito de reproducción asistida sin consentimiento de la mujer», en BENÍTEZ ORTÚZAR/MORILLAS CUEVA/PERIS RIERA (coords.), *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 221-243.

DOUGHERTY, «Sex, Lies, and Consent», *Ethics*, (123-4), 2013, pp. 717-744.

ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, *El consentimiento en Derecho Penal,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

FERZAN/WESTEN, «How to Think (Like a Lawyer) About Rape», *Criminal Law and Philosophy*, (11), 2017, pp. 759-800.

FORNÉS DE LA ROSA, «Error y dolo: Fundamentos y diferencias», *Ius canonicum*, (35-69), 1995, pp. 165-182.

FRANZKE, «Zur Strafbarkeit des so genannten „Stealthings“», *Bonner Rechtsjournal*, (2), 2019, pp. 114-122.

GARCÍA PÉREZ, «Algunas reflexiones, a la vista de los primeros pronunciamientos jurisprudenciales en España, en torno al delito de stealthing», *Práctica penal: cuaderno jurídico*, (108), 2022, pp. 15-31.

GENEUSS/BUBLITZ/PAPENFUß, «Zur Strafbarkeit des Stealthing», *Juristische Rundschau*, (5), 2021, pp. 189-193.

GIBSON, «Deceptive Sexual Relations: A Theory of Criminal Liability», *Oxford Journal of Legal Studies*, (40-1), 2020, pp. 82-109.

GILI PASCUAL, «*Stealthing*. Sobre el objeto del consentimiento en el delito de abuso sexual», *Cuadernos de política criminal*, (135), 2021, pp. 85-134.

GONZÁLEZ DEL VALLE, «Ignorancia, error y dolo al elegir cónyuge y al celebrar matrimonio», *Ius canonicum*, (21-41), 1981, pp. 145-165.

GOTELL/GRANT, «Does “No, Not Without a Condom” Mean “Yes, Even Without a Condom”?: The Fallout from R v Hutchinson», *Dalhousie Law Journal*, (43-2), 2020, pp. 768-792.

GREEN, *Criminalizing Sex: A Unified Liberal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2020.

———, «Lies, Rape, and Statutory Rape», en SARAT (ed.), *Law and Lies: Deception and Truth-Telling in the American Legal System*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, pp. 194 ss.

GUTIÉRREZ MAYO, «Análisis del denominado *stealthing* (retirada del preservativo sin consentimiento durante las relaciones sexuales) como ataque contra la libertad sexual», en ORTEGA BURGOS/OCHOA MARCO, *Derecho penal 2021*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 345 ss.

HERRING, «Mistaken Sex», *Criminal Law Review*, (July), 2005, pp. 511 ss.

———, «Does Yes Mean Yes?: The Criminal Law and Mistaken Consent to Sexual Activity», *Singapore Law Review*, (22), 2002, pp. 182 ss.

HÖRNLE, «Sexuelle Selbstbestimmung: Bedeutung, Voraussetzungen und kriminalpolitische Forderungen», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (127-4), 2020, pp. 851 ss.

HOVEN, «Das neue Sexualstrafrecht: Ein erster Überblick», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, (10), 2020, pp. 578 ss.

KEßLER, *Sexuelle Täuschungen – Strafbarkeit und Strafwürdigkeit nach deutschem Sexualstrafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2022.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento», en AGUSTINA SANLLEHÍ (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»: Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 51 ss.

LUZÓN PEÑA, «El consentimiento en Derecho penal: causa de atipicidad, de justificación o de exclusión sólo de la tipicidad penal», *Revista General de Derecho Penal*, (18), 2012, pp. 1-48.

MAÑALICH RAFFO, «La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno: Una reconstrucción desde la teoría de las normas», *Ius et Praxis*, (20-2), 2014, pp. 21 ss.

———, *Nötigung und Verantwortung: rechtstheoretische Untersuchungen zum präskriptiven und askriptiven Nötigungsbegriff im Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2009.

MARTÍNEZ DE ABREU, «Una aproximación a la relevancia penal del stealthing en el ordenamiento español», *Revista penal México*, (22), 2023, pp. 123 ss.

MONGE FERNÁNDEZ, *"Las Manadas" y su Incidencia en la Futura Reforma de los Delitos de Agresiones y Abusos Sexuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

MORILLAS FERNÁNDEZ, «Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en MORILLAS CUEVA (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 433 ss.

ORTS BERENGUER/SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

PANTALEÓN DÍAZ, «Ausencia de consentimiento, defecto de información y responsabilidad médica: perspectivas penal y civil», *Diario La Ley*, (9277), 2018, pp. 1 ss.

PANTALEÓN DÍAZ/CANCIO MELIÁ, «Transmisión sexual de VIH: imputación objetiva y subjetiva», *InDret*, (2), 2022, pp. 307 ss.

PÉREZ ALONSO, «Concepto de abuso sexual: contenido y límite mínimo del delito de abusos sexuales», *InDret*, (3), 2019, pp. 1 ss.

POZUELO PÉREZ, «La agresión sexual en autoría mediata: Proxenetas, clientes y violación de personas prostituidas», *InDret*, (1), 2022, pp. 206 ss.

PUENTE RODRÍGUEZ, «Contra la tipificación de la agresión sexual imprudente», en prensa.

PUENTE RODRÍGUEZ/LLOBET ANGLÍ, «Norma de sanción y norma de conducta: ¿por qué castigamos más cuando queremos castigar menos? Una reflexión al hilo del nuevo art. 579 bis 4 CP», *La Ley penal*, (141), 2019, pp. 1 ss.

RAGUÉS I VALLÈS, «El grado de afectación al consentimiento de la víctima en los delitos sexuales: una revisión crítica de la Ley Orgánica 10/2022», en AGUSTINA SANLLEHÍ (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»: Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 95 ss.

———, «Delitos contra la libertad sexual», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, 9ª ed., Atelier, Barcelona, 2023, pp. 135 ss.

RAMOS VÁZQUEZ, «El engaño como medio comisivo de la agresión sexual: la esterilidad de Naim Darrechi y la nueva cultura del consentimiento», en AGUSTINA SANLLEHÍ (coord.), *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»: Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 167 ss.

———, «Algunos problemas conceptuales y epistemológicos de la definición del consentimiento sexual en la llamada ley de "solo sí es sí"», *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, (34), 2023, pp. 230 ss.

———, «La cláusula Romeo y Julieta (art. 183 quater del Código penal) cinco años después: perspectivas teóricas y praxis jurisprudencial», *Estudios penales y criminológicos*, (41), 2021, pp. 307 ss.

———, *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores: un estudio sobre los artículos 183 y siguientes del Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética,* Comares, Granada, 2004.

ROMEO MALANDA, «Las eximentes por analogía en el Código Penal Español de 1995», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (16), 2005, pp. 169 ss.

RUBENFELD, «The Riddle of Rape-by-Deception and the Myth of Sexual Autonomy», *The Yale Law Journal*, (122), 2013, pp. 1372 ss.

SCHEIDEGGER, «Balancing Sexual Autonomy, Responsibility, and the Right to Privacy: Principles for Criminalizing Sex by Deception», *German Law Journal*, (22), 2021, pp. 769 ss.

SILVA SÁNCHEZ, «"Aberratio ictus" e imputación objetiva», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (37), 1984, pp. 347 ss.

TADROS, «Beyond the Scope of Consent», *Philosophy & Public Affairs*, (50-4), 2022, pp. 409 ss.

TAMARIT SUMALLA, *La protección penal del menor frente al abuso y a la explotación sexual*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

TILTON/JENKINS ICHIKAWA, «Not What I Agreed To: Content and Consent», *Ethics*, (132-1), 2021, pp. 127 ss.

TURIENZO FERNÁNDEZ, «"Ojos que no ven, corazón que no siente": los llamados "casos puros"», *InDret*, (3), 2023, pp. 467 ss.

VALVERDE CANO, «Lo bueno, lo malo y lo feo de los futuros delitos de esclavitud», *Diario La Ley*, (10272), 2023, pp. 1 ss.

VAVRA, «Täuschungen als strafbare Eingriffe in die sexuelle Selbstbestimmung?», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (12), 2018, pp. 611 ss.

WESTEN, *The Logic of Consent,* Routledge, New York, 2004.

WIßNER, «Stealthing: ein besorgniserregender Trend», *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, (103-4), 2020, pp. 315 ss.

InDret
4.2023

La complicidad psíquica

Oriol Martínez Sanromà
-

Sumario
-
La complicidad psíquica es una de las formas de participación más problemáticas. El objetivo del presente artículo es esbozar una relación de sus cuestiones críticas para, acto seguido, presentar un modelo alternativo de desaprobación de las conductas de motivación.

Abstract
-
Psychological accomplice is one of the most problematic forms of participation. The aim of this article is to outline an account of its critical issues and then to present an alternative model of disapproval of motivational behaviors.

Zusammenfassung
-
Die psychische Beihilfe ist eine der problematischsten Formen der Beteiligung. Ziel dieses Artikels ist es, die kritischen Aspekte zu skizzieren und dann ein alternatives Modell der Missbilligung von motivierendem Verhalten vorzustellen.

Title: *The psychological accomplice*
Titel: *Der psychische Beihilfe*
-
Palabras clave*:* complicidad psíquica, participación psíquica, refuerzo de la resolución, inducción, asesoría técnica, motivación al delito, intervención delictiva.
Keywords*: psychological accomplice, intention reinforcement, induction, criminal motivation.*
Stichwörter: *psychische Beihilfe, psychische Teilnhame, Bestärkung des Tatentschlusses, technisher Rathilfe, strafrechtliche motivation, Beteiligung.*
-

DOI: 10.31009/InDret.2023.i4.07
-

InDret
4.2023

Recepción
16/02/2023
-
Aceptación
26/05/2023
-

Índice

-

1. ***Introducción***
2. ***La complicidad psíquica como forma de participación accesoria***
   2.1. La entrega de consejos técnicos
   2.2. El refuerzo de la resolución delictiva
3. ***Primera crítica: «lo psíquico» de la aportación del cómplice***
   3.1. La irrelevancia de la «dimensión psíquica» del medio utilizado
   3.2. El «resultado psíquico» como punto de referencia
   3.3. El problemático caso de la entrega de consejos técnicos
4. ***Segunda crítica: la complicidad psíquica como «cajón de sastre»***
   4.1. La complicidad «física» intentada
   4.2. El encubrimiento anticipado y las promesas de encubrimiento
   4.3. El «mero estar presente» en la escena del crimen
   4.4. La tentativa de inducción y los supuestos de renovación del dolo del inductor
   4.5. «Reforzarla resolución como fórmula expansiva»
5. ***Tercera crítica: ¿«cooperación necesaria psíquica»?***
6. ***Bases para una reestructuración***
   6.1. Una tipología de las formas de participación alternativa
   6.2. La motivación como genotipo estructural y propuesta para su desaprobación
7. ***Conclusiones***
8. ***Bibliografía***

-

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

-

1. Introducción

El objetivo del presente artículo es analizar la complicidad psíquica en su comprensión dogmática más generalizada. La fórmula con la que la doctrina dota de contenido a una de las variables de esta forma de participación (el «refuerzo de la resolución delictiva») implica una serie de problemas que serán tratados aquí. Con ello quiero enfatizar la necesidad de superar este entendimiento para, en primer lugar, ofrecer un tratamiento unitario al fenómeno de la motivación al delito y, en segundo lugar, aportar un criterio de desaprobación más firme y seguro del que se desprende de las consideraciones de la doctrina. A estos efectos, empiezo presentando de forma descriptiva qué se entiende por complicidad psíquica y cuáles son las dos grandes variables que la conforman (apdo. 2). Seguidamente, relacionaré las críticas principales que, a mi parecer, merece esta construcción. En primer lugar, el significado de la expresión «contribución psíquica» como base para una definición opuesta a las formas de complicidad caracterizadas por una «contribución física» (apdo. 3). En segundo lugar, la capacidad que presenta la modalidad del «refuerzo de la resolución» para convertir la complicidad psíquica en una herramienta sobredimensionada con la que poder desaprobar conductas que, de entrada, deberían considerarse atípicas o castigarse en menor medida (apdo. 4). Finalmente, la posibilidad de incriminar una suerte de «cooperación necesaria psíquica», opción defendida por algunos autores (apdo. 5). Seguido de esta exposición crítica, plantearé un modelo alternativo centrado en la desaprobación de los supuestos de motivación al delito (apdo. 6).

2. La complicidad psíquica como forma de participación accesoria

2.1. Concepto general

Es común en la manualística clasificar la complicidad según si esta se ha llevado a cabo mediante una «contribución psíquica» o una «contribución física»[1]. De acuerdo con la doctrina mayoritaria, la primera categoría integra (i) los supuestos de entrega de consejos técnicos [*technischen Rathilfe*] y (ii) los de refuerzo de la resolución delictiva [*Bestärkung des Tatentschlusses*]. En Alemania, la distinción tiene su origen más inmediato en la redacción del antiguo § 49 RStGB, que castigaba al cómplice que ayudara al autor con un «consejo» [*Rat*] o con un «hecho» o una «acción» [*Tat*][2]. En España, con una clara influencia del Derecho penal italiano[3], también ha sido común, desde el siglo XIX, distinguir entre «participación física» y «participación psíquica o moral»[4]. Sin embargo, la idea de que hay formas de participación caracterizadas por su «dimensión psíquica, moral o etérea» (con independencia, por ahora, de lo que ello signifique)

[1] LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 319; CUELLO CONTRERAS/MAPELLI CAFFARENA, *PG*, 3ª ed., 2015, p. 156; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARAN, *PG*, 9ª ed., 2015, p. 477; KÜHL, *AT*, 7ª ed., p. 850, §20/225-226; KÖHLER, *AT*, 1997, pp. 534-535; KINDHÄUSER, *AT*, 4ª ed., 2009, p. 355, nm. 42/3; MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, 4ª ed., 2017, pp. 376 s.; SCHÜNEMANN, «§ 27», *LK-StGB*, t. I, 12ª ed., 2007, nm. 48.

[2] Aunque el actual § 27 StGB no hace referencia a los «medios» por los que puede tener lugar la complicidad, «se tendrá que diferenciar como hasta ahora entre complicidad intelectual (psíquica) y técnica (física)» (JESCHECK/WEIGEND, *PG*, 5ª ed., 2002, p. 744). Igualmente, BLEI, *AT*, 18ª ed., 1983, p. 287 indicando que no se necesita la mención expresa «a través de un consejo» para castigar la complicidad psíquica.

[3] ROSSI, *Tratado de derecho penal*, 1839, pp. 157 ss.

[4] PACHECO, *Estudios de derecho penal*, 1842-1843, pp. 8 ss.; GROIZARD, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, t. I, 1870, p. 521; AZCUTIA, *La Ley penal. Estudios prácticos sobre la interpretación, inteligencia y aplicación del Código de 1870*, 1876, p. 294.

se remonta atrás en el tiempo[5]. Conforme a la opinión dominante, la actual regulación española de la complicidad, pese a la utilización del término «actos», comprende ambas formas, la «física» y la «psíquica»[6]. A continuación, explicaré con mayor detalle los dos grupos de casos que integran esta última.

2.2. La entrega de consejos técnicos

Esta forma de complicidad psíquica ha sido definida como el «asesoramiento al autor para facilitarle la ejecución del hecho»[7] en relación con el «tiempo o el modo», en tanto que «elementos esenciales» del delito[8]. Simplificando: informar o sugerir respecto al *cómo* [*know how*] de la comisión de un hecho con relevancia penal[9]. Sobre esta definición, en aplicación de los criterios de imputación objetiva, si el autor decide utilizar la información técnica previamente entregada por el cómplice, el riesgo *ex ante* creado, a modo de previsibilidad en la aceleración y facilitación del delito, se realizará en el resultado como si de la entrega de un bien «tangible» se tratara (p. ej., una pistola)[10]. Por lo tanto, y por poner algunos ejemplos doctrinales, constituirá una forma de complicidad psíquica decirle al autor cómo abrir una caja fuerte o si el dueño de la vivienda en la que tiene intención de robar se encuentra en sus dependencias, describir la escena donde tendrá lugar el hecho delictivo o informar sobre los hábitos de la víctima[11]. No cabe duda de que la aportación de consejos técnicos es la construcción menos problemática de las que aquí se va a analizar. Difícilmente puede cuestionarse la corrección dogmática de desaprobar jurídico-penalmente la aportación de saberes o pericias referidas al plan delictivo[12]. No es extraño, entonces, que estos supuestos hayan sido considerados indiscutibles y copen actualmente un papel relevante en un Derecho penal con una clara vocación de introducirse en ámbitos de la vida social caracterizados por una fuerte dependencia a la información y la asesoría especializada.

2.3. El refuerzo de la resolución delictiva

La segunda variable de la complicidad psíquica está formada por los supuestos de refuerzo o estabilización de la resolución delictiva. En esencia, la idea parece sencilla: participa en un delito

---

[5] Al respecto, véase, PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, 2015, pp. 13 ss.; HAAS, «Kritik der Tatherrschaftslehre», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (119-3), 2007, p. 541; BOCK, «Die Anstiftungdes zur Tat bereits Entschlossenen – zum Begriff des »alias« oder »omnimodo facturus«», *JR*, (4), 2008, p. 144; HRUSCHKA, «Prohibición de regreso y concepto de inducción. Consecuencias», en EL MISMO, *Imputación y Derecho penal*, 2005, pp. 181 ss.

[6] MIR PUIG, *PG*, 9ª ed., 2011, p. 421; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*, 5ª ed., 1999, p. 760; CEREZO MIR, «Autoría y Participación en el Código penal vigente y en el futuro Código penal», *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, (32-3), 1979, p. 578, considerando «innecesaria la mención expresa de la cooperación moral o psíquica». En contra, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, 1986, p. 473.

[7] LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 311.

[8] LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 312.

[9] PERINI, «Il consiglio técnico come forma di compartecipazione dell'estrane nei reati propri», *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, (3), 2003, p. 725; FERREIRA CABRAL, *Dolo y lenguaje. Hacia una gramática del dolo desde la filosofía del lenguaje*, 2017, p. 222; PHLEPS, *Psychische Beihilfe durch Stärkung des Tatentschlusses*, 1997, p. 1.

[10] LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 312.

[11] ROXIN, *PG*, t. II, 2014, p. 281, 26/198; MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, 4ª ed., 2017, p. 377.

[12] MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, 4ª ed., 2017, p. 377, § 130; KINDHÄUSER, *AT*, 4ª ed., 2009, p. 355, nm. 42/4; HRUSCHKA, «Alternativfeststellung zwischen Anstiftung und sog. Psychischer Beihilfe», *Juristische Rundschau*, 1983, p. 178.

quien, a través de un influjo psíquico, refuerza al autor en su decisión de realizar un comportamiento típico. Estos casos alcanzan un protagonismo indiscutible cuando el receptor de un influjo psíquico ya está resuelto a cometer el delito (*omnimodo facturus*). De esta premisa se deriva su relación de «proporcionalidad inversa» con la inducción[13]: partiendo de la resolución delictiva del autor como «horizonte motivacional» [*Motivationshorizont*][14], si este todavía no está decidido a cometer el delito (*non omnimodo facturus*), solo cabe una influencia psíquica en forma de inducción o determinación; en cambio, si ya está decidido a cometerlo (*omnimodo facturus*), la influencia psíquica solo puede tomar la forma de refuerzo motivacional (complicidad psíquica)[15]. En principio, de ello se desprende que la inducción constituye un *plus* con respecto al refuerzo de la resolución sobre la base de una misma identidad cualitativa (afectaciones sobre la voluntad del autor)[16].

La génesis de esta contraposición (inducción/complicidad psíquica) se encuentra en la distinción efectuada por los comentaristas italianos entre «*mandatum*» y «*consilium*»[17]. La primera construcción agrupaba los casos en los que un sujeto influía sobre el otro para que ejecutara su decisión criminal en su nombre o interés[18]. La segunda integraba aquellas contribuciones psíquicas meramente cooperativas (auxiliares) con respecto a una decisión criminal ajena. En esta categoría se incluían los supuestos de refuerzo de una resolución delictiva ya tomada (el «*auxilium verbo*» del «*alias facturus*»)[19]. Estas ideas remotas fueron acompasando el desarrollo teórico del Derecho penal, principalmente en el período del iusnaturalismo racionalista y bajo el marco de la distinción de PUFENDORF entre «*causa principalis*» y «*causa minus principali*»[20]. En la Alemania del siglo XIX, la separación entre conductas determinantes de la resolución y las meramente reforzadoras tomó un nuevo impulso con el desarrollo de la figura de la *Urheberschaft*

---

[13] LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 449.

[14] SCHILD, «§ 26», *NK-StGB*, 5ª ed., 2017 nms. 8 s.

[15] BALDÓ LAVILLA, «Algunos aspectos conceptuales de la inducción (A propósito de la STS de 24 de junio de 1987, ponente Días Palos)», *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, (42-3), 1989, p. 1095; OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, 1999, p. 657; SCHÜNEMANN, «§ 26», *LK-StGB*, 12ª ed., 2007, nm 17 ss.; HOYER, «§ 26», *SK-StGB*, 9ª ed., nm. 7; HAAS, «§ 26», *Matt/Renzikowski-StGB*, 2ª ed., 2020, nm. 14; KINDHÄUSER, *AT*, 4ª ed., 2009, p. 349; SATZGER, «Der "*omnimodo facturus*" – und das, was man in jedem Fall dazu wissen muss!», *JA*, (10), 2017, p. 1174; MURMANN, «§ 27», *SSW-StGB*, 2009, nm. 5.

[16] FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, p. 174; BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, t. II, 7ª ed., 1989, p. 356.

[17] PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, 2015, pp. 13, 14, n. 2; HAAS, «Kritik der Tatherrschaftslehre», *ZStW*, (119-3), 2007, p. 541.

[18] OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, 1999, p. 36, con ulteriores referencias. Su consideración como autor, así como su equiparación punitiva con el ejecutor –*mandatario*– pasaba por la máxima «*quod quis per alium fecit, per se ipsum facere videtur*» (CEREZO MIR, «La polémica en torno al concepto finalista de autor en la Ciencia del Derecho penal española», *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, (28-1), 1975, p. 42). Sobre el tratamiento de las actuales «participaciones psíquicas» en el Derecho penal romano, véase GONZÁLEZ ROMANILLOS, *Autoría y participación en el Derecho Criminal Romano. Un estudio sobre la instigación al delito*, 2021, pp. 23 ss.

[19] OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, 1999, pp. 37, 39; PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, 2015, p. 13, n. 2. En un sentido distinto, RODRÍGUEZ DEVESA, *PG*, 13ª ed., 1990, p. 815. Junto a estas dos modalidades, también se discutía sobre el denominado «*auxilium*» (figura próxima a la actual complicidad física) y el «*malefactor*» o «*faciens*» (en principio, autor material o ejecutor del delito).

[20] Sobre ello, OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, 1999, p. 40; FALCONE, «Crítica al dominio funcional o colectivo del hecho. La coautoría como expresión mancomunada de sentido», *InDret*, (3), 2017, p. 21, n. 100. Véase su influencia en LARDIZÁBAL, *Discurso sobre las penas: contraído á las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*, 2001, pp. 108 ss., 136 ss., diferenciando entre «consejo especial» y «consejo general».

intelectual, primero[21], y con el arraigo de las tesis hegelianas, después, lo que dio paso a la tripartición actual entre autor [*Täter*], inductor [*Anstifter*] y cómplice [*Beihilfe*][22]. Esta misma clasificación fue asumida por el Código penal del *Reich* (RStGB) de 1878. Sin embargo, la definición de la complicidad de acuerdo con el § 49 RStGB (a través de un hecho o una acción [*Beihilfe durch Tat*] y a través de un consejo [*Beihilfe durch Rat*]) no dejaba claro si las formas de refuerzo de la resolución quedaban integradas en su articulado[23]. Una resolución del *Reichsgericht*[24], en la que se condenó a los integrantes de una «corte de honor» como cómplices de un delito de duelo por reforzar la resolución de uno de los duelistas, despejó estas dudas, asentando la idea de que la complicidad integraba también esta clase de influencias motivacionales[25].

Esta construcción ha sido objeto de múltiples críticas. En primer lugar, se indica que nos encontramos ante una forma de participación que plantea unos requisitos típicos muy difíciles de probar[26]. En segundo lugar, otros autores consideran que «reforzar la resolución» no conecta adecuadamente con la esencia de la complicidad, esto es, la «prestación de ayuda» [*Hilfeleisten*] al autor del delito[27]. Ciertamente, esta definición no presenta problema frente a la inclusión de los casos de asesoramiento técnico, en tanto que formas cuasiparadigmáticas de complicidad[28]. Sin embargo, HRUSCHKA indica que «fortalecer» no significa «prestar ayuda», y mucho menos cuando se trata de una mera aprobación del hecho a realizar por el autor[29]. Un elocuente ejemplo de OTTO puede apoyar esta impresión: «[e]l que alegremente le dice "¡bravo!" a quien palea nieve, de ningún modo ayuda a quitar la nieve»[30]. Según HRUSCHKA, la «ayuda» consignada en el § 27 StGB solo puede predicarse con respecto al hecho llevado a cabo por el autor y no con respecto a este último: este precepto exigiría que la contribución del cómplice se proyectara de manera

---

[21] HRUSCHKA, en EL MISMO, *Imputación y Derecho penal*, 2005, p. 181, n. 33; ECKSTEIN, «Urheberschaft und Teilnahme in Feuerbachs Bayerischem StGB 1813», en KOCH/KUBICEL/LÖHNING/PAWLIK (eds.), *Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch. Die Geburt liberalen, modernen und rationalen Strafrechts*, 2014, p. 283; REDMANN, *Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte*, 2014, p. 45.

[22] HRUSCHKA, en EL MISMO, *Imputación y Derecho penal*, 2005, p. 182 ss.

[23] PHLEPS, *Psychische Beihilfe durch Stärkung des Tatentschlussen*, 1997, pp. 9 ss., indicando que, en principio, el término «consejo» implica dejar de lado las contribuciones que afectan la volición del autor.

[24] RGSt 5, 140.

[25] PHLEPS, *Psychische Beihilfe durch Stärkung des Tatentschlussen*, 1997, pp. 13 ss., con ulteriores referencias a resoluciones históricas sobre la complicidad psíquica por refuerzo de la resolución.

[26] SAMSON, *Cursos causales hipotéticos en el derecho penal. Una contribución sobre la causalidad de la complicidad*, 2003, pp. 188 ss.; STRATENWERTH, *PG*, 2005, p. 359, indicando que implica una «pena de sospecha»; OTTO, *Manual de Derecho penal. Teoría general del Derecho penal*, 2017, pp. 500 ss.; EL MISMO, «'Vorgeleistete Strafvereitelung' durch berufstypische oder alttägliche Verhaltensweisen als Beihilfe», en ESER (ed.), *FS-Lenckner*, 1998, pp. 198 s., aunque concluyendo que no es indemostrable (p. 199). En contra, ROXIN, *PG*, t. II, 2014, p. 286, indicando que la estructura del refuerzo de la resolución es «perfectamente comprobable (p. ej. persuadiendo para eliminar reparos, suministrando motivos adicionales o intensificando el hecho mediante enardecimiento)».

[27] Así lo consigna el § 27 StGB, sirviendo de base para la definición más extendida entre la doctrina. De esta manera, véase MURMANN, «Sobre el tipo de complicidad en Derecho penal», *Revista del Poder Judicial*, (53), p. 154; STRATENWERTH, *PG*, 2005, p. 358; OTTO, *Manual de Derecho penal*, 2017, p. 499.

[28] SAMSON, *Cursos causales hipotéticos en el derecho penal*, 2003, p. 184, n. 16.

[29] HRUSCHKA, *JR*, 1983, p. 178, quien denomina a la complicidad psíquica como una «oscura figura jurídica» que ha disuelto un sistema, el de la participación, carente de por sí de márgenes claros; SAMSON, *Cursos causales hipotéticos en el derecho penal*, 2003, p. 184, n. 16.

[30] OTTO, *Manual de Derecho penal*, 2017, pp. 500 s., EL MISMO, en ESER (ed.), *FS-Lenckner*, 1998, p. 198. Este mismo ejemplo está presente en HRUSCHKA, *JR*, 1983, p. 178, quien añade que «[p]or este tipo de "ayuda" solemos expresar nuestro más sincero agradecimiento, pero no llegaríamos a llamarla "ayuda" sino que calificaríamos el proceso de otra manera».

inmediata sobre la dimensión externa del hecho delictivo, pero no sobre la psique de su ejecutor[31]. Las contribuciones dirigidas a influir en la esfera interna de este sujeto deberían subsumirse únicamente en el ámbito de la inducción, una opción que estaría vedada en estos casos dada la existencia de un *omnimodo facturus*. Consiguientemente, el hecho de integrar tales supuestos en el ámbito de la complicidad constituiría una ampliación improcedente del alcance del § 27 StGB, lo que conculcaría el principio de legalidad[32].

En España, DEL ROSAL BLASCO también considera que el significado de «cooperar» «no parece que (…) acoja en su seno la acción de quien motiva o hace surgir en otro la decisión firme de realizar ese algo concreto»; pues si por cooperar debe entenderse «ayudar», solo ayudaría aquel que canalizara materialmente una decisión delictiva ya tomada[33]. Por otro lado, si «inducir» significa motivar a otro para que resuelva cometer el delito, los casos de refuerzo de la resolución deberían excluirse de las formas de intervención delictiva al uso. Lo contrario, según FUENTES OSORIO, constituiría una reformulación de la idea que sirve de base al concepto de complicidad[34]. Frente a estas críticas, existen convincentes argumentos para seguir defendiendo (por el momento) la viabilidad de castigar los casos de refuerzo de la resolución. Por un lado, si el problema se debe a una cuestión estrictamente semántica relativa al significado del término «ayudar», MURMANN indica correctamente que también se puede ayudar superando resistencias internas, no solo a través de la remoción de obstáculos externos[35]. Por otro lado, en contra de lo sostenido por HRUSCHKA, PHLEPS considera que el § 27 StGB no exige una prestación inmediata de ayuda [*unmittelbar Hilfe leistet*], sino una prestación de ayuda sin más, en la que podría subsumirse el refuerzo de la resolución en tanto que forma de ayuda mediada a través del autor[36].

Con base en lo anterior, la doctrina mayoritaria considera que cualquier clase de ayuda espiritual que impida el «decaimiento de la decisión» a través de un refuerzo psíquico debe valorarse como una forma de complicidad típica[37]. Como condición se exige la posibilidad de constatar una «connivencia o solidaridad con el hecho posterior», algo que sucedería en los casos de «motivación concluyente para realizar un delito determinado» o en los de «estabilización definitiva de la resolución delictiva»[38]. En otras palabras: existirá complicidad psíquica por refuerzo de la resolución delictiva siempre y cuando pueda advertirse relevancia jurídico-penal a través de los cánones interpretativos de la imputación objetiva. Por lo tanto, solo se podrá

---

[31] HRUSCHKA, *JR*, 1983, p. 178.

[32] HRUSCHKA, *JR*, 1983, p. 179.

[33] DEL ROSAL BLASCO, «Sobre los elementos del hecho típico en la inducción», *Cuadernos de Política Criminal*, (4), 1999, pp. 102 s.

[34] FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, p. 173, aunque acepta la desaprobación cuando «el refuerzo de la resolución aumenta la probabilidad de inicio de la ejecución de la conducta lesiva principal, reduce la probabilidad del desistimiento del autor, evita la aparición de escrúpulos finales, etc.».

[35] MURMANN, *PJ*, (53), p. 163, n. 35; también, KUDLICH, «Die Abstiftung», *Juristische Schulung*, (7), 2005, p. 593; BAUNACK, *Grenzfragen der strafrechtliche Beihilfe unter besonder Berücksichtigung der sogennaten psychischen Beihilfe*, 1999, p. 125.

[36] PHLEPS, *Psychische Beihilfe durch Stärkung des Tatentschlusses*, 1997, pp. 19 s.

[37] Por todos, LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 318; BOLEA BARDON, *La cooperación necesaria: análisis dogmático y jurisprudencial*, 2004, p. 88.

[38] FEIJOO SÁNCHEZ, *Límites de la participación criminal*, 1999, p. 70.

desaprobar aquella clase de fortalecimiento motivacional que intensifique el ataque al bien jurídico protegido por el tipo en cuestión[39].

Por estas razones, en el transcurrir doctrinal sobre un firme muy poco normativizado, se coincide de forma prácticamente unánime que quedan fuera del ámbito de aplicación de esta estructura las meras muestras de solidaridad o el dar ánimos al autor[40]. En palabras de ROXIN, «la mera solidarización con el autor, o la manifestación de aprobación de su proceder o de simpatía con el mismo, no es suficiente para apreciar complicidad (...) [p]ues de este modo ni se estabiliza una resolución al hecho (como sí ocurre con la eliminación de reparos), ni se la coloca sobre una base más amplia (como en el caso de proporcionar motivos adicionales), ni se la intensifica (como en caso de aumentar el menoscabo al bien jurídico)»[41]. En cambio, se acepta la desaprobación de todos aquellos supuestos en los que el cómplice aporta nuevos motivos capacitados para aumentar las probabilidades de ejecución o remueve determinados obstáculos internos (p. ej., los escrúpulos), evitando con ello un posible desistimiento; o cuando al autor se le garantiza una mayor seguridad a la hora de realizar el delito[42].

Estas líneas generales han sido proyectadas por LÓPEZ PEREGRÍN en un esquema de casos. Según esta autora, la complicidad psíquica por refuerzo de la resolución puede clasificarse entre (i) los supuestos de disposición de intervenir en caso necesario, vinculados con el denominado «mero estar presente» en la escena del crimen; (ii) los casos de encubrimiento anticipado y las promesas de encubrimiento; (iii) la tentativa de inducción y los supuestos de renovación del dolo del autor; y (iv) el problema de la complicidad (física) intentada, principalmente respecto de aquel supuesto en el que, llegado el momento de la comisión del hecho, el autor no utiliza la «contribución física» prestada por el cómplice[43]. Volveré a estas variables más adelante en el texto. A continuación, presentaré las tres críticas principales de las que esta institución puede ser objeto y que he adelantado en la introducción.

3. Primera crítica: «lo psíquico» de la aportación del cómplice

La complicidad psíquica está compuesta por los supuestos de refuerzo de la resolución y los de entrega de consejos técnicos. La doctrina mayoritaria integra estas dos formas en un mismo marco porque ambas presentan un «carácter psíquico». El problema es que resulta complicado identificar sobre qué característica común se asienta este último aspecto. Al respecto de este punto, parece que existen dos posibilidades: o bien «lo psíquico» se encuentra en el tipo de medio

[39] LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, pp. 318 s.

[40] Así, OTTO, *Manual de Derecho penal*, 2017, p. 501; EL MISMO, en ESER (ed.), *FS-Lenckner*, 1998, p. 198; LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, pp. 313; ROXIN, «Was ist Beihilfe», en KÜHNE (ed.), *FS-Miyazawa*, 1995, p. 306; JAKOBS, *AT*, p. 673; RUIZ ANTÓN, *El agente provocador en el derecho penal*, 1982, p. 313; FREUND/ROSTALSKI, *AT*, 3ª ed., 2019, p. 422; ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 257; BALDÓ LAVILLA, «Algunos aspectos conceptuales de la inducción (A propósito de la STS de 24 de junio de 1987, ponente Días Palos)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (42-3), 1989, p. 1097; FEIJOO SÁNCHEZ, *Límites de la participación criminal*, 1999, p. 71. En contra, SCHILD-TRAPPE, *Harmlose Gehilfenschaft? Eine Studie über Grund und Grenzen der Gehilfenschaft*, 1995, pp. 132 ss., para quien incluso el simple aplaudir al autor mientras realiza el hecho podría suponer un caso de complicidad desde su idea de la «solidarización con el autor». Críticamente, al respecto de esta tesis, ROXIN, *PG*, t. II, 2014, pp. 280 s.

[41] ROXIN, *PG*, t. II, 2014, pp. 283 s.

[42] ROXIN, *PG*, t. II, 2014, pp. 282 ss.; FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, pp. 176 ss.; LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, pp. 317 ss.; OTTO, *Manual de Derecho penal*, 2017, p. 501.

[43] LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, pp. 319 ss.

utilizado por el cómplice, o bien en la clase de resultado provocado[44]. Sea como fuere, ambas opciones dan como producto una forma de participación integrada por dos modalidades totalmente dispares cuyo proceso de desaprobación no responde a los mismos problemas. Veámoslo con mayor detalle.

3.1. La irrelevancia de la «dimensión psíquica» del medio utilizado

La primera manera de definir la complicidad psíquica se centra en el carácter espiritual o moral de la aportación del cómplice[45]. Según esta representación, la dimensión etérea de una «contribución psíquica» se contrapondría a la tangibilidad de las «actividades corporales» constitutivas de complicidad física (p. ej., la entrega de un arma o de un cuchillo)[46]. Esta definición se fundamenta en lo que FUENTES OSORIO ha denominado el criterio del «medio utilizado». Según esta pauta, la participación física «incluiría las aportaciones practicadas físicamente o de obra», integrándose en la categoría psíquica todas las demás[47].

En mi opinión, debe rechazarse esta forma de caracterizar a la complicidad psíquica. En primer lugar, porque supone un absurdo calificar de cómplice físico al sujeto que entrega un manual de instrucciones en el que se especifica la manera de fabricar un potente explosivo al futuro autor de un atentado terrorista, pero de cómplice psíquico si hace lo mismo «de palabra» –si acaso esto es lo que se quiere decir cuando se utiliza el término «medio psíquico»[48]–. Si lo único que tiene que diferenciar ambas formas de complicidad es la existencia o no de un objeto con dimensión y volumen en el espacio, entonces, no habría problemas para desconsiderar cualquier tipo de distinción y ofrecer un tratamiento unitario a la complicidad. Ciertamente, la constatación de un favorecimiento típico en un delito no debe verse afectada por el hecho de que el autor haya podido tocar el contenido de la prestación del cómplice, al igual que ocurre con la inducción. También es posible determinar, reforzar una resolución delictiva y aportar un consejo a través de la entrega de un bien tangible[49].

En segundo lugar, el término «medio psíquico» carece en sí mismo de sentido: «lo psíquico» ni se puede entregar, ni se puede hacer, pues es todo aquello que tiene lugar en la mente de un

---

[44] FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, pp. 172 ss., contraponiendo los criterios del «medio utilizado» y el del «efecto de la ayuda».

[45] Esta definición se presenta al hilo del tratamiento de los «medios de la complicidad» [*Mittel der Beihilfe*]. Por todos, MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, 4ª ed., 2017, p. 376.

[46] ROXIN, *PG*, t. II, 2014, p. 281; EBERT, *AT*, 3ª ed., 2001, p. 214, utilizando el concepto «acciones físicas»; CHARALEMBAKIS, en SCHÜNEMANN *et al*. (eds.), *FS-Roxin*, 2001, p. 633; KLESCZEWSKI, *AT*, t. I, 3ª ed., 2008, p. 262; BERNER, *Lehrbuch des deutschen Strafrechtes*, 1857, p. 168: «actividad física» contrapuesta al «efecto espiritual» de la complicidad psíquica. En España, BOLEA BARDON, *La cooperación necesaria*, 2004, p. 87, distinguiendo entre «contribuciones fácticas» y «contribuciones psicológicas»; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices?*, 2004, p. 431, n. 938: «la expresión "complicidad psíquica" ha de oponerse más bien a la que recurre a medios tangibles (...)».

[47] FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, p. 172.

[48] FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, p. 172, indicando que la complicidad psíquica incluiría «todas las ayudas efectuadas mediante un consejo (de palabra)».

[49] FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, p. 173; CASTRONUOVO, «Hechos psíquicos y concurso de personas. El problema de la interacción psíquica», *Revista Penal México*, (2), 2011, p. 34, n. 11.

sujeto[50]. Determinados procesos (pensar) o representaciones (ideas) pueden ser psíquicas, pero no las actividades motoras (hablar, entregar una cosa). En este sentido, aunque la fonación por la que se formula un consejo técnico sea la consecuencia de un proceso psicológico (percepción de información, comprensión, reflexión), no es una actividad psíquica, sino físico-orgánica. Frente a esta consideración, uno podría vincular esta «dimensión psíquica» a la intangibilidad, no del soporte transmisor, sino del contenido informativo o motivacional implícitos a este último[51]. En efecto, ninguno de estos dos componentes comunicativos es perceptible por el tacto, pues carecen de propiedades materiales como masa, temperatura o textura. Sin embargo, incluso con estas consideraciones, no hay motivos para espiritualizar en los términos indicados la actividad precursora llevada a cabo por el interviniente. Aunque el receptor de la información o el refuerzo motivador no pueda «tocarlos», seguirá existiendo un comportamiento precedente, perfectamente cognoscible (entregar un mapa, efectuar una promesa económica, dar una dirección), a partir del cual efectuar la consiguiente desaprobación jurídico-penal.

Bien diferente –y a ello se acerca FUENTES OSORIO con su referencia a la idea de que el cómplice psíquico efectúa su contribución «de palabra»– es que esta dimensión espiritual se relacione con el ámbito de lo comunicativo[52]. Ciertamente, si hay algo que caracteriza el refuerzo de la resolución y el asesoramiento técnico (también la inducción) es que sus respectivas conductas típicas se desarrollan en el marco de una relación comunicativa entre el emisor de un mensaje (cómplice psíquico) y su receptor (autor del hecho delictivo)[53]. De esta forma, la pretensión de provocar un efecto en la esfera subjetiva de un agente (la promoción volitiva o el incremento intelectivo) obliga al hablante a transmitir un determinado mensaje. A través de este último, se desarrolla el acto ilocucionario idóneo para conseguir el resultado propuesto (fortalecer, aconsejar –y determinar–)[54]. No obstante, en este marco, las referencias a la intangibilidad de la contribución pierden, de nuevo, cualquier capacidad descriptiva y funcional. En efecto, el eje vertebral de una relación de este tipo lo constituye la emisión de un mensaje con contenido comunicativo, cuya codificación puede realizarse mediante transmisores fónicos o hablados, pero también gestuales o escritos, e incluso a través de comportamientos paralingüísticos como el kinestético, más allá del uso del lenguaje convencional o en su versión no-sonora[55]. En

[50] FERRATER MORA, *Diccionario de filosofía*, t. II, 5ª ed., 1965, p. 509: «[e]n la época moderna ha sido común identificar "psique" y "mente" (...), de tal suerte que muchas veces el adjetivo "psíquico" es equiparado al adjetivo "mental"».

[51] Sobre la base de esta definición, lo psíquico no sería el «medio», sino la «comunicación» en este contenida.

[52] En tanto que contacto comunicativo entre «dos mentes», entonces, lo correcto sería denominarla «participación interpsíquica».

[53] En lo que se refiere al ámbito de la inducción, en relación con el concepto de «influjo psíquico», CÓRDOBA RODA, «Art. 28», en EL MISMO/GARCÍA ARAN, *Comentarios al Código Penal. Parte General*, 2011, p. 347: «el medio para persuadir a otro (...), es el de una comunicación de persona a persona, a través de la palabra, de la carta escrita, del correo electrónico o de cualquier otro medio», dejando la puerta abierta a la existencia de «otras formas de influjo» distintos a la inducción.

[54] Sobre la relación de la participación psíquica (principalmente, la inducción) con la teoría analítica de los actos del habla, véase POLAINO NAVARRETE/POLAINO-ORTS, *Cometer delitos con palabras. Teoría de los actos de habla y funcionalismo jurídico-penal*, 2004, pp. 62 ss.

[55] REDMANN, *Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte*, 2014, pp. 97 s., indicando que un acto de habla no solo puede expresarse por medio de las palabras, «sino también [a través de] fenómenos paralingüísticos (como, p. ej., el tono, la velocidad o la lentitud en el habla, las pausas, la risa y el suspiro), la postura, los movimientos expresivos...».

conclusión, a la hora de definir la complicidad psíquica no debería influir la específica dimensión (tangible o intangible) del canal de comunicación utilizado por el emisor[56].

La alusión a una dimensión comunicativa podría arrojar luz al proceso de caracterización de la complicidad psíquica. Con base en esta propiedad, esta podría definirse como una forma de participación basada en un acto comunicativo. A pesar de ello, partiendo de esta definición, se podría acceder a un marco mayor en el que aunar toda forma de participación y autoría. Así las cosas, no hay que olvidar que todo comportamiento humano, en tanto que dotado de significado, siempre comunica algo[57]. Y esto, con independencia de que de la conducta surjan o no efectos específicos en la esfera mental del receptor. Así pues, si la complicidad (o la participación) psíquica es «complicidad (o participación) con dimensión comunicativa», toda complicidad (o participación) es psíquica. En otras palabras, la dimensión comunicativa no es un carácter privativo del asesoramiento técnico, el refuerzo de la resolución y la inducción. Efectivamente, con independencia de la posibilidad de objetivar la contribución en el plano ejecutivo, a todo comportamiento le es inherente un componente comunicativo, de expresión de sentido de la propia dimensión del actuante como sujeto más allá de un movimiento orgánico-mecanicista de músculos y huesos. De ahí que se diga que «*no es posible no comunicar*»[58]. Por medio de esta caracterización acabaríamos reduciendo la intervención delictiva a un «todo» distante de la pretensión de sistematización y clasificación de la dogmática.

3.2. El «resultado psíquico» como punto de referencia

Las objeciones presentadas en el anterior apartado podrían superarse a través de la segunda posible definición de la complicidad psíquica: lo característico de esta forma de participación sería el resultado psíquico producido. Esta explicación sigue lo que FUENTES OSORIO denomina el criterio del «efecto de la ayuda»[59]. En este sentido, repárese en que tanto las dos formas de complicidad psíquica como la inducción presentan la particularidad de que el acto comunicativo por el que se exteriorizan pretende hacer surgir un efecto en la psique del receptor del mensaje (determinar, reforzar y asesorar). Aquí, más que hablar de complicidad psíquica, debe tomarse como punto de referencia el término (más amplio) de participación psíquica (inducción, refuerzo de la resolución y asesoramiento técnico).

Sobre esta cuestión, CASTRONUOVO indica que el carácter psíquico de esta clase de participación «no depende de la naturaleza del comportamiento individualizado como antecedente de una determinada conducta, sino del tipo de resultado fruto de la interacción entre al menos dos sujetos»[60]. A este respecto, la doctrina italiana es más clara que la española y la alemana cuando

---

[56] En el mismo sentido, ya en el siglo XIX, CARRARA, *Teoría de la tentativa y de la complicidad ó del grado de fuerza física del delito*, 1877, p. 204: «(...) la excitación, la facilitación, la fortificación del propósito criminal pueden hacerse por medio de la palabra ó usando de la escritura (...) es indiferente la forma especial adoptada, por medio de la cual el instigador consiguió su fin perverso». Más modernamente, con respecto a la inducción, FREUND/ROSTALSKI, *AT*, 3ª ed., 2019, p. 413: «no hay límites (adicionales) a la imaginación del inductor (...) [n]o solo se puede considerar la solicitud explícita o la persuasión, sino también (...) comportamientos concluyentes en forma escrita o verbal o en forma de gestos o expresiones faciales (p. ej., guiñando el ojo)».

[57] BAER, «Violence: dilemmas of democracy and law», en KRETZMER/KERSHMAN HAZAN, *Freedom of Speech and Incitement Against Democracy*, 2000, p. 89: «toda acción comunica, toda comunicación es actuación».

[58] WATZLAWICK, *No es posible no comunicar*, 2014, p. 17 (con cursivas en el original).

[59] FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, p. 173.

[60] CASTRONUOVO, *RPM*, (2), 2011, p. 34.

caracteriza el denominado *concorso morale*[61], no con base en el «medio» utilizado por el partícipe, sino por el «efecto» que este produce, inserto en la esfera psíquica del autor. Así pues, es importante precisar que el Código penal italiano consagra un concepto unitario de autor (véase su art. 110) relacionado con la eficacia causal de cada una de las contribuciones de los distintos sujetos concurrentes en un delito[62]. Sobre esta premisa, se remarca que no es posible intervenir en un suceso delictivo si la conducta del agente «no ha ejercido una influencia causal en el hecho típico»[63]. No obstante, la doctrina italiana ha precisado una serie de distinciones entre todos estos «autores» o «contribuidores causales». Esta clasificación se vincula con los modos por los que dicha eficacia causal puede llevarse a cabo. La manera de acceder a la participación psíquica (*concorso morale*) es parecida a la española, aludiendo a una «contribución psíquica o moral» contrapuesta a una «contribución física u objetiva» (*concorso materiale*)[64]. Sin embargo, la dimensión psíquica definidora de esta forma de intervención se fundamenta en la fisonomía de su influjo causal: este no impacta directamente sobre el hecho delictivo, sino de forma mediata a través de la generación de un efecto psicológico en la mente del autor.

Más allá de la aceptación de las premisas causales de las que parte la doctrina italiana, lo cierto es que si hay «algo psíquico» que pudiera caracterizar un acto de participación es que este es imputable «a la esfera interna del autor»[65] y no al conjunto de útiles o instrumentos a su disposición ni a la dimensión externa del suceso delictivo[66]. Si a esta perspectiva se le suma la dimensión comunicativa del comportamiento del sujeto, la participación psíquica podría caracterizarse como la creación de un resultado psíquico a través de un acto comunicativo. Este resultado psíquico se identificaría con la «resolución delictiva» que surgiría de la suma de un elemento volitivo (la voluntad del sujeto) y uno de tipo cognitivo (el plan delictivo objeto de esta voluntad)[67]. Por otro lado, la participación física reuniría los impactos objetivables en la dimensión externa del hecho delictivo, en tanto que conjunto de actos e instrumentos vinculados a la ejecución del delito.

3.3. El problemático caso de la entrega de consejos técnicos

Esta última manera de definir la participación psíquica se presenta más cimentada que la primera. Sin embargo, sus resultados distan de contribuir a la estructuración de una categoría caracterizada por unos mismos problemas dogmáticos. Sobre este punto, cabe precisar que toda clasificación debe estar orientada, no solo hacia una pretensión pedagógica, sino también hacia

---

[61] Contrapuesto al *concorso materiale* e integrado por el *determinatore* (creador de la resolución delictiva) y el *istigatore* (reforzador). Véase, FIANDANCA/MUSCO, *PG*, 1994, pp. 370 ss.; RAMACCI, *Corso di diritto penale*, 2ª ed., 2001, pp. 519, 513; ANTOLIESI/CONTI, *Istituzioni di Diritto Penale*, 1994, p. 296; MANTOVANI, *Diritto Penale*, 2001, pp. 542 ss; GROSSO/PELISSERO/PETRINI/PISA, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, 2020, p. 515

[62] FIANDANCA/MUSCO, *PG*, 1994, pp. 358. Sobre este punto, PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, 2015, pp. 351 ss.

[63] MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, 2012, p. 423.

[64] TRAMONTANO, *Leneamienti di Diritto Penale*, 2006, p. 248.

[65] PÉREZ DEL VALLE, *PG*, 3ª ed., 2019, p. 303. También, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «En los límites de la inducción», *InDret*, (2), 2012, p. 28; SCHMIDHÄUSER, *AT*, 1970, p. 455.

[66] HRUSCHKA, *JR*, 1983, p. 178.

[67] GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, p. 65. Ya antiguamente, CARRARA, *Programa del curso de derecho criminal*, 1889, pp. 244-245, §§ 440-439, agrupando los actos de influencia «sobre el alma del agente»; PACHECO, *Estudios de derecho penal: lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid*, 1842-1843, p. 8: «si en efecto el delito tiene como partes muy asignables y diversas la resolución y la ejecución, no cabe duda de que cada una de ellas, y también en ambas, es posible esa concurrencia capital [participación] de que vamos hablando».

la agrupación de cuestiones merecedoras de soluciones unitarias. Al tomar el «resultado psíquico» como punto de referencia, la participación psíquica acaba formándose tanto por aquellas conductas que impactan en la dimensión volitiva de la resolución (la voluntad del sujeto con respecto a la realización del injusto) como por aquellas que afectan a su dimensión cognitiva (los conocimientos del sujeto idóneos para canalizar esta misma voluntad delictiva)[68]. Al respecto, pese a que tanto «inducción» como «refuerzo» y «asesoramiento» presentan una misma apariencia (dimensión comunicativa y resultado psíquico), distan de manifestar un mismo contenido material.

En este sentido, inducción y complicidad psíquica por refuerzo de la resolución pueden conectarse funcionalmente sobre el presupuesto de su «dimensión motivacional». Por lo tanto, las disquisiciones sobre su conexión con el fundamento de incriminación de la participación y la elaboración de sus respectivos márgenes de prohibición pueden partir de una base común. En el contexto de este análisis, la elaboración de sus presupuestos típicos comportará una serie de problemas que, en el caso de la asesoría técnica, no parecen estar presentes. Ciertamente, responder a la pregunta de si motivar a alguien a cometer un delito (determinándolo o reforzándolo) es relevante a los efectos de alguna forma de autoría o participación no parece implicar la misma estructura resolutiva que cuestionarse lo mismo con respecto a la entrega de una información o una pericia adecuada para ejecutar el delito. Y ello, pese a que ambas cuestiones puedan identificarse como distintas tipologías de un asunto de base, esto es, la intervención delictiva.

De esta manera, la asesoría técnica no presenta diferencias con respecto a los casos de aportación de instrumentos (tangibles) con capacidad para favorecer el delito (incluidos en el ámbito de la complicidad física)[69]. De hecho, en ambos casos lo que se produce es una facilitación del delito por medio de la entrega de un bien asistencial. Consiguientemente, no es descabellado valorar esta asistencia técnica como un incremento del conjunto de útiles a disposición del autor a través de una ampliación de sus recursos intelectivos[70]. Poco o nada diferenciaría el hecho de entregar un arma de fuego al futuro autor para ayudarle a cometer un homicidio, del de la aportación de una información adecuada para con el mismo objetivo, como el lugar en el que se encuentra la víctima o la mejor manera de llevar a cabo el plan sin ser visto. La información o la pericia desprendida del consejo es algo perfectamente objetivable y puede adscribirse sin problemas al conjunto de elementos instrumentales del agente principal[71]. En ambos casos nos hallamos, siguiendo a FRISCH, ante comportamientos que «posibilitan o favorecen la puesta en práctica de la resolución delictiva» de una persona[72].

---

[68] MALLISON, *Rechtsauskunft als strafbare Teilnahme*, 1979, p. 23.

[69] HRUSCHKA, *JR*, 1983, p. 178: «debería ser obvio que hay una brecha categórica insalvable entre esta ayuda intelectual en la comisión del delito y el fomento de la decisión de cometerlo»; GORES, *Der Rücktritt der Tatbeteiligten*, 1982, p. 90; FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, pp. 172 s. En la discusión angloamericana, también se entiende que los «discursos peligrosos» [*dangerous speech*], relacionados con cuestiones estrictamente motivacionales (en las que se incluyen, tanto los casos prototípicos de inducción, como los de incitación masiva), deben separarse de los «discursos facilitadores del delito» [*crime-facilitating speech*] (HOWARD, «Dangerous Speech», *Philosophy and Public Affairs*, (2), 2019, p. 8, n. 13)

[70] CASTRONUOVO, *RPM*, (2), 2011, p. 39, n. 30; FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, p. 172; AMELUNG, en HOYER *et al*. (eds.), FS-*Schroeder*, 2006, p. 160.

[71] LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 312, n. 149 lo denomina el «ámbito objetivo del autor».

[72] FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 2004, p. 264.

Esta diferencia material entre el asesoramiento técnico y los casos de refuerzo de la resolución puede enfatizarse atendiendo al problema de la «causalidad psíquica». Más allá del desarrollo que pudiera merecer esta construcción, aquí puede definirse como una relación psíquico-natural entre un comportamiento y un resultado psíquico[73]. Sobre esta premisa, mientras que en los supuestos de refuerzo de la resolución esta juega un papel destacado, la causalidad psíquica pierde toda operatividad en el ámbito del asesoramiento técnico. A este respecto, imagínese que *B* le comunica a *C* la manera de forzar la puerta de la casa de *G*, donde tiene intención de robar. En caso de que *C* utilizara el saber técnico facilitado por *B*, ningún autor parece defender el requisito de la causalidad psíquica tal y como es exigido en el ámbito del refuerzo de la resolución y la inducción. La influencia causal se daría sin más, esto es, sin necesidad de aludir a los procesos psicológicos del autor ni a determinados impactos motivadores[74]. En todo caso, la desaprobación se centraría en exigir que el autor hubiera utilizado efectivamente el consejo prestado o, como mínimo, que este pudiese valorarse como potencialmente útil para con el discurrir del hecho[75].
Así pues, tal y como indica ONSABRÜGGE, en los supuestos de asesoramiento técnico, la teoría general de la causalidad no necesita de especialización alguna, al contrario de lo que ocurre con los casos de refuerzo de la resolución[76]. De esta forma, ante un supuesto de hecho como el planteado, es posible conocer sin problemas tanto la clase de información utilizada por el autor como su origen. Con estos dos elementos puede confirmarse, sin mayores dificultades, que la contribución del cómplice ha sido causal con respecto al resultado[77]. En este sentido, la relevancia causal de las aportaciones que se dirigen a afectar la dimensión cognitiva de la psique del autor [*kognitive Täterpsyche*] se puede afirmar con total seguridad[78]. De allí que SAMSON considere que, en estos casos, existe una «influencia intelectual» en la medida en que «al autor le son impartidas instrucciones técnicas, que no atañen a su decisión misma de cometer el delito,

---

[73] Entre muchos otros, BALDÓ LAVILLA, *ADPCP*, (42-3), 1989, p. 1102; SCHLACK, «Überlegungen zur sog. "psychischen Kausalität" am Beispiel des Betruges», *FS-Kindhäuser*, 2019, p. 795; SILVA SÁNCHEZ, «Límites en la responsabilidad por imprudencia (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª de 27 de enero de 1984)», *La Ley*, 1984, p. 3.

[74] LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 312; SCHÜNEMANN, «§ 27», *LK-StGB*, 12ª ed., 2007, nm. 12; FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, p. 173: «un consejo no sólo puede reforzar una resolución, también puede aportar un conocimiento, lo que no creo que sea una actuación sobre la psique del autor, o por lo menos no diferente a la que se genera mediante la aportación de un instrumento».

[75] Las opciones implican una elección entre las teorías que exigen una efectiva causalidad entre la contribución del cómplice y el hecho y aquellas otras que se limitan a requerir un incremento del riesgo (p. ej., SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, 2004, p. 381, aceptando la suficiencia tanto de un «funcionalidad efectiva» (el empleo específico del consejo) como de una «funcionalidad potencial»). Sobre este tema, críticamente, LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, pp. 312 ss.

[76] OSNABRÜGGE, *Die Beihilfe und ihr Erfolg. Zur objektiven Beziehung zwischen Hilfeleistung und Haupttat in* § *27 StGB*, 2002, pp. 161 ss. Parecido, GORES, *Der Rücktritt der Tatbeteiligten*, 1982, p. 90.

[77] OSNABRÜGGE, *Die Beihilfe und ihr Erfolg*, 2002, p. 162, remarcando que «[e]l hecho de que esta información no sea accesible directamente a nadie más que no sea el autor, no justifica ninguna incertidumbre fundamental, sino solo la incertidumbre forense de la evidencia».

[78] OSNABRÜGGE, *Die Beihilfe und ihr Erfolg*, 2002, pp. 162 s. En contra, STEEN, *Die Rechtsfigur des omnimodo facturus*, 2011, p. 94, indicando que a veces no es posible deducir si la información ha contribuido al éxito del comportamiento. Este último autor pone el siguiente ejemplo: *B* quiere entrar a robar en una casa, pero no sabe si hacerlo por la puerta trasera o por la delantera, a lo que *A* le aconseja que lo haga por la trasera, pues suele estar abierta. Para STEEN, en caso de que *B* decidiera entrar por la puerta trasera, no se podría saber hasta qué punto la información vertida por *A* ha acabado afectando al hecho. En mi opinión, el consejo emitido por *A* puede constituir sin problemas, en el caso planteado, una condición necesaria de la explicación suficiente del comportamiento de *B*.

sino que se refieren tan solo a la manera de llevarlo a cabo»[79]. Se trata de una estructura que «contiene los problemas de imputación menos significativos»[80].

En efecto, cuando la doctrina hace referencia al problema de la «causalidad psíquica», lo hace vinculándolo a cuestiones volitivas. Entendida de esta manera, esta relación causal-naturalística no ejercía papel alguno en el ámbito del asesoramiento. Solo cuando se afecta la psique del autor en su dimensión volitiva [*voluntative Täterpsyche*] –básicamente, en los supuestos de refuerzo de la resolución e inducción– el análisis causal necesita de una especialización que no obedece a la misma estructura que en los casos de asesoramiento técnico: implica preguntarse por la trascendencia que puede presentar en el hecho delictivo una influencia en la voluntad de su autor[81]. De esta pregunta general se deriva, además, la necesidad de identificar unas hipotéticas «leyes psíquicas» que pudieran asentar una base explicativo-causal en la que subsumir la conexión entre la conducta motivadora, el comportamiento del autor y el hecho delictivo. Nada de esto influye en la resolución de un supuesto de asesoramiento técnico.

En definitiva, tampoco el criterio del «efecto de la ayuda» permite construir una categoría dogmática funcional. De nada nos sirve reunir supuestos externamente parecidos en una misma categoría si los problemas dogmáticos que implican (y sus soluciones) son distintos. Así pues, lo único que parece importarle a la doctrina cuando define la complicidad (y en sentido amplio, la participación) psíquica es que tanto los casos de refuerzo de la resolución (también los de inducción) como los de asesoramiento técnico comparten unas mismas características naturalísticas. El problema es que dicha fisonomía externa no aporta absolutamente nada a la hora de efectuar una desaprobación jurídico-penal de los supuestos en conflicto, pues ni siquiera la idea de la «causalidad psíquica» parece estar detrás de todos ellos. En consecuencia, creo conveniente superar la distinción entre «complicidad psíquica» y «complicidad física» (por tanto, entre «participación psíquica» y «participación física») a los efectos de elaborar una tipología alternativa más funcional. Dedicaré el apdo. 6.1 a esta cuestión.

4. Segunda crítica: la complicidad psíquica como «cajón de sastre»

Tal y como ha expresado gráficamente FUENTES OSORIO, la función práctica de la complicidad psíquica en el marco de la teoría del delito es la de actuar como «cajón de sastre»[82]. A través de la variable del refuerzo de la resolución, la doctrina ha logrado incluir en su marco de aplicación toda conducta dogmáticamente incapacitada para subsumirse en alguna forma de intervención (inducción, complicidad física, coautoría) o adhesión post-ejecutiva (encubrimiento). De esta manera, la complicidad psíquica ha sido ataviada con una indumentaria conceptual que la ha convertido en una válvula de escape de todo el sistema. En efecto, todos los casos que se presentan como paradigmas de esta forma de participación comparten una característica común:

---

[79] SAMSON, *Cursos causales hipotéticos en el derecho penal*, 2003, pp. 182 s.

[80] SAMSON, *Cursos causales hipotéticos en el derecho penal*, 2003, p. 183; igualmente, CHARALEMBAKIS, en SCHÜNEMANN *et al*. (eds.), *FS-Roxin*, 2001, p. 634; H. MAYER, *AT*, 1967, p. 160.

[81] ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, pp. 252 s. En un sentido diferente, HRUSCHKA, *JR*, 1983, p. 178, quien, a partir de una distinción entre «hecho» y «autor del hecho», considera que las formas de participación deben distinguirse según su aportación afecte, o bien al «autor como sujeto del hecho o al hecho como ejecución de un acto del autor». En el primer caso, incluiría la inducción y la complicidad psíquica por refuerzo de la resolución, mientras que, en el segundo, los actos asistenciales o favorecedores; parecido, FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, p. 173 s.

[82] FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, p. 175.

el refuerzo de la resolución como vía de desaprobación juega un papel fuertemente subsidiario frente a determinadas contingencias de impunidad. A fin de ilustrar esta impresión, voy a recuperar la clasificación presentada por LÓPEZ PEREGRÍN entre los distintos supuestos de complicidad psíquica. Con ello intentaré demostrar la capacidad que tiene esta institución de «salvar la tipicidad» de comportamientos que, en estricta aplicación de algunas construcciones dogmáticas o legales, deberían considerarse atípicos o, como mucho, castigados en menor medida a través de otras estructuras vinculadas, o bien a la preparación delictiva, o bien a la desatención de los deberes intersubjetivos de solidaridad.

4.1. La complicidad «física» intentada

Una de las vías más difundidas para introducir la complicidad psíquica por refuerzo de la resolución ha sido aludiendo a la complicidad (física) intentada; fundamentalmente, al hilo de la discusión sobre si la contribución del cómplice debe realizarse causalmente en el resultado. Así pues, existe una fuerte línea doctrinal que entiende que el tipo de complicidad exige que la conducta del cómplice sea causal con respecto al resultado típico. Según sus defensores, esta exigencia impediría los inconvenientes a los que abocan los postulados no-causales de la complicidad (la fórmula jurisprudencial alemana del favorecimiento [*Förderung*] y la subsunción de la complicidad en la lógica de los delitos de peligro[83])[84]. A este respecto, se entiende que a través de este requisito se evita (i) la arbitrariedad que ofrecen los criterios secundados por la jurisprudencia[85] y (ii) la confusión de la tentativa de complicidad (impune) con su modalidad consumada[86]. En definitiva, con la defensa de la causalidad, estos autores pretenden vincular el comportamiento del cómplice con una «efectiva lesión del bien jurídico» protegido por la norma, exigiendo una «promoción efectiva en el hecho» del autor[87].

Con esto dicho, estos autores «no tienen más remedio que aceptar»[88] que, en determinados casos, existe *algo así como* una «causalidad psíquica». Sobre este punto, imagínese que *B* entrega a *C* las llaves de la vivienda en la que quiere entrar a robar, pero *C* acaba accediendo al lugar sin utilizarlas porque la puerta del edificio está abierta. Los defensores del dogma causal deberían concluir que la conducta de *B* es atípica a los efectos de una complicidad consumada. Ciertamente, en la medida en que las llaves no se han utilizado, estas no han tenido una incidencia causal en el hecho delictivo. Sin embargo, las voces afines a esta exigencia –bajo el recurrente *topos* argumental de la «superación de una laguna de punibilidad»– esquivan este inconveniente considerando que, pese a no darse una «causalidad física», sí concurre una

---

[83] SCHAFFSTEIN, «Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere beir der Beihilfe», *FS-Honig*, 1970, pp. 169 ss.; HERZBERG, «Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände», *GA*, 1971, pp. 1 ss.; VOGLER, «Zur Fragne der Ursächlichkeit der Beihilfe für die Haupttat», LÜTTGER/BLEI/HANAU, *FS-Heinitz*, 1972, pp. 295 ss., respectivamente. Críticamente, ROGAT, *Die Zurechnung bei der Beihilfe. Zugleich eine Untersuchung zur Strafbarkeit von Rechtsanwälten nach* § *27 StGB*, 1997, pp. 27-35.

[84] Entre otros, BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, pp. 282 ss.; CLAß, «Die Kausalität der Beihilfe», en SPENDEL (ed.), *FS-Stock*, 1966, p. 115; ROXIN, en KÜHNE (ed.), *FS-Miyazawa*, 1995, pp. 501 ss.; JESCHECK/WEIGEND, *PG*, 5ª ed., 2002, p. 747; BOCKELMANN/VOLK, *AT*, 4ª ed., 1987, p. 197.

[85] LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, pp. 222, relacionadas con el hecho de que el cómplice facilite el «cómo» del delito, sin necesidad de que afecta a su propia existencia (el «si» del delito).

[86] MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, t. II, 7ª ed., 1989, p. 358; LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, pp. 221 ss. En contra, tanto de este argumento como del anterior, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, pp. 246 ss.

[87] LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 275; SCHMIDHÄUSER, *AT*, 1970, p. 456.

[88] ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 253.

«causalidad psíquica»: la entrega de las llaves (no utilizadas) ha reforzado la resolución delictiva de *C*[89]. De lo contrario a tal afirmación, lo lógico para estos autores sería negar el injusto mismo de complicidad: la contribución causal constituye, para este sector doctrinal, el fundamento del castigo de esta forma de participación[90]. Para evitar esta conclusión, estos autores utilizan el recurso subsidiario de la complicidad psíquica, «buscando» en la esfera psicológica del autor lo que no se ha podido encontrar en el «mundo de las cosas tangibles»[91].

En estas circunstancias, la complicidad psíquica posibilita el castigo de una conducta que debería reputarse atípica (como tentativa de complicidad) con la vaga referencia a la existencia de una mediación causal a través del refuerzo de la resolución del autor. SAMSON ha remarcado esta misma impresión. En su opinión, la complicidad psíquica permite castigar automáticamente un comportamiento que debería resultar impune de seguirse con los postulados causales de los que parte la doctrina[92]. Esta forma de operar pone en evidencia que la complicidad psíquica en su modalidad de refuerzo de la resolución constituye un «tipo de recogida»[93]: permite reconducir a un ámbito de tipicidad una conducta que, en principio, debería permanecer atípica, remendando con ello los defectos de ciertas construcciones dogmáticas (en este punto, el fundamento causal de la incriminación del cómplice).

4.2. El encubrimiento anticipado y las promesas de encubrimiento

El elemento básico para entender la importancia de la complicidad psíquica en el ámbito del favorecimiento post-ejecutivo[94] es la cláusula del art. 451 CP que impide la desaprobación por encubrimiento de aquellas conductas realizadas con anterioridad a la ejecución del delito. La idea conecta con la necesidad histórica de distinguir entre partícipes y encubridores de un mismo hecho delictivo. En este sentido, desde el Código penal de 1822 hasta la promulgación del cuerpo legal vigente en 1995, el encubrimiento era considerado una forma de intervención en el delito. Esta consideración se fundamentaba en la clasificación de los juristas italianos de la baja edad media entre *concurso antecedens*, *concomitant* y *subsequens*[95]. Frente a esta concepción, en el siglo XIX se inició una corriente crítica que entendía acertadamente que no cabía participación en un delito cuando este ya se había completado[96]. Además, siempre se ha considerado que el bien jurídico protegido por el encubrimiento no es el mismo que el del delito encubierto, sino la Administración de Justicia[97]. Estas críticas cristalizaron en la reforma de 1995, donde el encubridor fue expulsado de la relación de sujetos criminalmente responsables del delito,

---

[89] BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*, 11ª ed., 2003, p. 746; JESCHECK/WEIGEND, *PG*, 5ª ed., 2002, p. 747; ROXIN, *PG*, t. II, 2014, pp. 281 ss.

[90] Críticamente, MURMANN, *PJ*, (53), p. 155.

[91] En otras palabras, a falta de una «causalidad física», se identifica una «causalidad psíquica». Así, críticamente, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 253.

[92] SAMSON, *Cursos causales hipotéticos en el derecho penal. Una contribución sobre la causalidad de la complicidad*, 2003, p. 178 indicando que ello conduce a «simplificar la prueba».

[93] SAMSON, *Cursos causales hipotéticos en el derecho penal*, 2003, p. 178; igualmente, BLANCO CORDERO, *Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*, 2001, p. 20.

[94] SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *El encubrimiento como delito*, 1998, p. 19.

[95] SCHAFFSTEIN, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen*, 1986, p. 176; ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, 2016, p. 56.

[96] Por todos, SILVELA, *El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, 1903, p. 185.

[97] SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *El encubrimiento como delito*, 1998, p. 20; GARCÍA PÉREZ, *El encubrimiento y su problemática en el Código penal*, 2008, p. 80.

subsumiéndose su conducta en un tipo autónomo. Sin embargo, su dependencia con un delito concreto, objeto en sentido amplio del favorecimiento, condicionaba la necesidad de establecer una línea delimitadora. Con esta se debía constatar cuándo o bajo qué circunstancias se cerraba el espacio de la intervención delictiva y era ya factible hablar de encubrimiento. No sin pocas objeciones, el legislador acabó optando por transcribir el criterio cronológico que ya se venía utilizando desde el CP de 1973 (art. 17), reducido a la expresión «con posterioridad a su ejecución». En principio, parecía que se daba por cerrado un debate crítico de largo recorrido.

No obstante, las voces contrarias a esta opción no tardaron en aparecer. En efecto, ya la propia terminología empleada por el criterio cronológico abre un espacio a la incertidumbre, pues no queda del todo claro qué debe entenderse por «ejecución»[98]. Además, desde una perspectiva material, es fácil aceptar que la Administración de Justicia puede ponerse en peligro o lesionarse antes incluso de la efectiva realización del delito objeto del encubrimiento[99]. A causa de estos problemas se ha planteado la relevancia jurídico-penal como formas de complicidad psíquica de dos supuestos. En primer lugar, se pueden señalar los casos de «encubrimiento anticipado». En estos, el sujeto aporta, con anterioridad a la consumación o al inicio de la tentativa, un elemento capacitado para dificultar el descubrimiento posterior (o coetáneo a la realización del hecho) del autor[100]. La restricción temporal del criterio cronológico imposibilitaría la incriminación de esta clase de conductas[101]. Sobre este punto, es conocido el caso resuelto por la jurisprudencia alemana, en la que un individuo entregó al autor del delito un «guardapolvos» para que pudiera pasar desapercibido en el momento de su realización. El tribunal consideró que la contribución, aunque no lesionaba objetivamente el bien jurídico protegido por el tipo penal ni podía considerarse un encubrimiento típico por efectuarse antes de la ejecución, había reforzado la resolución delictiva del autor y, consiguientemente, debía considerarse una forma de complicidad psíquica[102].

En segundo lugar, se pueden identificar los supuestos de «promesas de encubrimiento», donde el sujeto emite una promesa al futuro autor del delito que tiene por objeto una conducta que, de efectuarse, mercería la calificación de encubrimiento. En una aproximación que recuerda a la construcción del «acuerdo previo»[103], la doctrina mayoritaria acepta la desaprobación de estas conductas como formas de participación antes de la efectiva realización del objeto de la promesa de reforzarse con ella el propósito delictivo del autor[104]. Por esta misma lógica, se acepta también la desaprobación de aquellas promesas que no tiene por objeto un encubrimiento (futuro), pero

---

[98] GARCÍA PÉREZ, *El encubrimiento y su problemática en el Código penal*, 2008, pp. 80 ss.; MARTÍNEZ ARRIETA, «El encubrimiento», en EL MISMO (dir.), *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero. Normativa comunitaria*, 1994, pp. 39 ss.

[99] GARCÍA PÉREZ, *El encubrimiento y su problemática en el Código penal*, 2008, p. 80.

[100] CLAß, en SPENDEL (ed.), *FS-Stock*, 1966, pp. 116 ss.

[101] Relativamente en contra, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices? Contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas*, 2004, pp. 430 ss.

[102] RGSt 8, 267, comentada por PHLEPS, *Psychische Beihilfe durch Stärkung des Tatentschlusses*, 1997, p. 14.

[103] Al respecto, GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho penal*, 2006, pp. 41 ss.

[104] ROXIN, *PG*, t. II, 2014, p. 283: «la perspectiva de consecuencias favorables que se producirán solo después del hecho (p. ej., una recompensa), puede perfectamente dar ya alas al autor durante el hecho y en tal caso es una cooperación»; EL MISMO, en KÜHNE (ed.), *FS-Miyazawa*, 1995, p. 306; OTTO, en ESER (ed.), *FS-Lenckner*, 1998, p. 199; LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 326; MARTÍNEZ ARRIETA (dir.), *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero. Normativa comunitaria (Cuadernos de Derecho Judicial)*, 1994, p. 40.

sirven igualmente para estabilizar motivacionalmente al autor (p. ej., una promesa de intervención futura en el hecho)[105].

En lo que al «encubrimiento anticipado» se refiere, para CHARALEMBAKIS resulta sorprendente que una «ayuda posterior a los hechos (que por sí misma no constituiría en modo alguno complicidad, sino a lo sumo un encubrimiento no punible) se haya adelantado temporalmente sobre el argumento del fortalecimiento de la decisión (...) y, por lo tanto, sea punible como complicidad al hecho principal» lo que implicaría «serias dudas de constitucionalidad»[106]. Con respecto a las promesas de encubrimiento, en un sentido similar, RUIZ RODRÍGUEZ argumenta que con la complicidad psíquica solo se consigue castigar, sin ningún tipo de base legal, una conducta que debería considerarse atípica[107]. De esta manera, la «existencia de un acuerdo previo convierte siempre en participación esta conducta»[108]. Estas ideas ofrecen una imagen nítida del problema: las complicaciones estructurales para aplicar el tipo de encubrimiento abren la puerta a convertir tanto la contribución *a priori* atípica como forma de complicidad física como la promesa de favorecimiento posterior en contribuciones penalmente relevantes sobre la base de su «efecto psicológico». Con ello, no solo se posibilita redirigir al ámbito de la tipicidad conductas que, en principio, no presentan tal característica, sino también al marco de la configuración del hecho como formas de intervención (o de realización de los tipos de participación, según se quiera). Esta operación se produce frente al hecho de que dichos comportamientos, provisionalmente, solo presentan relevancia con respecto, o bien a un favorecimiento posterior a la consumación del delito, o bien a una lesión del bien jurídico «Administración de Justicia». Consiguientemente, basta la simple referencia a la abstracta e indeterminada idea del «refuerzo motivacional» para acabar identificando un significado penal en un aspecto que parece trascender el sentido primario de la conducta del llamado ser encubridor[109].

4.3. El «mero estar presente» en la escena del crimen

Uno de los supuestos en los que ha sido habitual aplicar la complicidad psíquica es aquel en el que un sujeto se limita a acompañar al autor del delito en el momento de su ejecución. La jurisprudencia alemana ha tenido cierta fijación con estos casos y es común presentarlos como ejemplos prácticos del refuerzo de la resolución[110]. No obstante, la doctrina ha tenido mayores

---

[105] LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 320.

[106] CHARALEMBAKIS, en SCHÜNEMANN *et al*. (eds.), *FS-Roxin*, 2001, p. 635.; similar, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices?*, 2004, p. 430 indicando que la alusión a un proceso de «refuerzo de la resolución». En contra, ROXIN, *PG*, t. II, 2014, p. 283.

[107] RUIZ RODRÍGUEZ, *El delito de encubrimiento*, 2001, pp. 63 ss.

[108] RUIZ RODRÍGUEZ, *El delito de encubrimiento*, 2001, p. 64. En un sentido similar, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices?*, 2004, pp. 430 ss., aunque acaba relativizando que la incriminación de estos casos comporte irremediablemente una vuelta a la doctrina del acuerdo previo (n. 936).

[109] Como indica críticamente CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Encubrimiento y receptación*, 1955, p. 125, la doctrina aboga por «otorgar eficacia causal a aquel concierto previo y considerando más que la conducta, el pacto anterior, [estimando] que la responsabilidad de quien así obraba era la propia de un partícipe en el hecho principal, retrotrayendo la eficacia del acto al instante de su oferta y valorando como efectiva la posible influencia de esa oferta en la resolución de los ejecutores».

[110] PHLEPS, *Psychische Beihilfe durch Stärkung des Tatentschlusses*, 1997, pp. 14 ss., con multitud de referencias. Un sostenimiento práctico de larga tradición, pues los ejemplos históricos más próximos a la complicidad psíquica siempre han estado conectados con estos supuestos (p. ej., los comentaristas italianos sostenían el denominado *auixilium cum armis*, castigando a la persona que, portando armas, acompañaba al ejecutor: se entendía que esta presencia aumentaba la valentía del agresor).

reparos a la hora de desaprobar estos supuestos. Al respecto, ROXIN entiende que con una aceptación acrítica de este modo de proceder en la praxis «se llegaría al insostenible resultado de que con carácter totalmente general (...) [los] pagamoscas o mirones (...) habrían de ser castigados por cooperación»[111]. De esta manera, es generalizada la opinión de que un «mero estar presente» totalmente inactivo no presenta relevancia penal, sin perjuicio de su subsunción en algún tipo de omisión pura en tanto que infracción de los deberes generales de solidaridad por expresar una predisposición de no intervención «a favor de la víctima»[112]. No obstante, es común desaprobar aquel «mero estar presente» que expresa una disposición de intervención «a favor del autor» de existir una promesa previa al efecto[113]. En otras palabras, cabría complicidad psíquica en aquellos supuestos en los que, de la presencia del tercero, pudiera inferirse una intención (conocida por el autor) de participar en el hecho delictivo (a título de coautor o cooperador) en caso de que fuera necesario.

Le asiste la razón a la doctrina cuando critica el proceder de la jurisprudencia alemana. Con base en la concepción de esta última, la complicidad psíquica reconfigura lo que en apariencia supone la infracción de un deber positivo de solidaridad intersubjetiva en un deber negativo basado en el principio *neminem laedere*. De nuevo, la simple mención a la idea del refuerzo motivacional, derivada a su vez de una argumentación simplista del tipo «*cualquier persona que se dirige a cometer un delito acompañada por un tercero se siente reforzada o animada moralmente a cometerlo*», faculta un incremento sustancial de la intensidad del programa de deberes de dicho tercero. Así pues, el mandato primario de efectuar prestaciones con el fin de contribuir a la mejora colectiva del mundo (solidaridad) muta de manera automática en un acto personal de organización sobre la esfera jurídica de protección de la víctima, posibilitando la imputación objetiva del resultado lesivo[114]. Esta operación se realiza sobre la base del mero dato fáctico de estar presenta en el mismo escenario que el autor, del que se desprende automáticamente un efecto motivacional determinado.

Sin embargo, tampoco es de recibo el camino que una parte de la doctrina utiliza para resolver este problema sin necesidad de mencionar (expresamente) efectos motivacionales. Como he indicado dos párrafos atrás, algunos autores limitan la mutación de un deber positivo a uno negativo a aquellos casos en los que existe una predisposición de actuación «a favor del autor». En mi opinión, esta solución acaba conjugando el indicador abstracto del refuerzo de la resolución con la teoría del «acuerdo previo»[115]. En efecto, pese a la existencia de un consenso doctrinal y jurisprudencial sobre el hecho de que dicho *pactum sceleris*, por sí solo, no permitiría imputar el hecho delictivo a título de coautor, el mismo reaparece con idéntica voracidad

---

[111] ROXIN, *PG*, t. II, 2014, p. 286.

[112] ROXIN, *PG*, t. II, 2014, p. 286; CLAß, en SPENDEL (ed.), *FS-Stock*, 1966, pp. 125 s.; MURMANN, *PJ*, (53), pp. 163 s.; LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, pp. 319 s. En contra, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, pp. 257 s. Desde una perspectiva probatoria, WEIGEND, «Grenzen strafbare Beihilfe», ESER (ed.), *FS-Nishihara*, 1998, p. 209, n. 40.

[113] ROXIN, *PG*, t. II, 2014, p. 284; EL MISMO, en KÜHNE (ed.), *FS-Miyazawa*, 1995, p. 307; LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 319; BAUNACK, *Grenzfragen der strafrechtliche Beihilfe unter besonder Berücksichtigung der sogennaten psychischen Beihilfe*, 1999, p. 131, si la presencia del cómplice da mayor seguridad al autor del hecho delictivo; SCHMIDHÄUSER, *AT*, 1970, p. 455; SCHÜNEMANN, «§ 27», *LK-StGB*, 12ª ed., 2007, nm. 51.

[114] Sobre esta distinción, ROBLES PLANAS, «Deberes negativos y positivos en Derecho penal», *InDret*, (4), 2013, pp. 5 s.

[115] Parecido, GARCÍA ARÁN, «Consideraciones sobre los delitos contra la administración de justicia en el proyecto de Código Penal de 1992», *LH-Juan del Rosal*, 1993, p. 526.

incriminatoria para producir esta imputación a título de cómplice por la mera existencia de un contacto espiritual. Es más, podría decirse que, detrás de la gran mayoría de alusiones al refuerzo de la resolución, se esconde opacamente una reminiscencia a la construcción jurisprudencial del «acuerdo previo». Ambas construcciones se acaban confundiendo, lo que permite conectar con el hecho delictivo a cualquier individuo que, pese a no contribuir activamente durante la fase ejecutiva (bien porque su aporte se realiza de manera previa y tampoco puede vincularse *prima facie* con la configuración del hecho, bien porque permanece en aquella sin hacer nada), se ha puesto en comunicación con su futuro autor, expresando una cierta «predisposición» con respecto a su objetivo delictivo. Ciertamente, en apoyo de la imprecisa construcción del refuerzo de la resolución, la comunicación de una predisposición de actuar puede ser incluida, sin muchas dificultades argumentales, en el proceso mental del autor en tanto que *input* motivador consecuencia de un «acuerdo previo».

4.4. La tentativa de inducción y los supuestos de renovación del dolo del inductor

Bajo la etiqueta de «tentativa de inducción» se reúnen los supuestos en los que, constatada la conducta típica de instigación desde una perspectiva *ex ante*, no es posible afirmar, de alguna u otra manera, uno de sus dos resultados bajo una óptica *ex post*[116]. Estos dos resultados pueden ser, o bien la creación de la resolución delictiva en la mente del receptor de la influencia psíquica (futuro autor del hecho), o bien el inicio de la tentativa por parte de este último. A los efectos que interesan, cabe remarcar aquellos casos en los que un influjo psíquico objetivamente adecuado para crear la resolución delictiva fracasa al dirigirse a un *omnimodo facturus*. Aquí aparece con fuerza la vía incriminatoria de la complicidad psíquica. En efecto, aunque el influjo psíquico no ha determinado al autor, se considera que sí lo ha reforzado motivacionalmente. Por esta razón, la doctrina mayoritaria indica que estos supuestos no solo pueden ser resueltos a través de la estructura de la tentativa de inducción (a castigar como proposición), sino también mediante la complicidad psíquica en caso de que pueda probarse una estabilización de la resolución delictiva del destinatario del influjo psíquico[117]. En este sentido, en el caso de que el aporte efectuado por la persona de atrás rebase el estado motivacional primario del destinatario, *reforzando* así su disposición con respecto al delito, será de aplicación la complicidad psíquica[118].

Por otro lado, si hay un ámbito problemático en sede de inducción que ponga de relieve el marcado carácter subsidiario de la complicidad psíquica, este es el formado por los casos en los que el influjo psíquico emitido por la persona de atrás modifica el contenido de la resolución al hecho delictivo del receptor. Así pues, estando el autor determinado a la comisión de un específico tipo penal, el inductor altera su resolución (p. ej., cambiando el delito de referencia o ampliando su intensidad lesiva). Sin perjuicio de la existencia de un importante desarrollo

[116] GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 280 ss.

[117] Entre otros, JESCHECK/WEIGEND, *PG*, 5ª ed., 2002, p. 741; GROPP, *AT*, 4ª ed., 2015, pp. 438, 444; LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 461.

[118] El problema, en todo caso, estriba en determinar si la aplicación de esta forma puede efectuarse en concurso ideal con la estructura de la tentativa de inducción o si ello supondría una vulneración del principio de *non bis in idem*. Al respecto, FUENTES OSORIO, *Aletheia*, (3), 2007, p. 57 indica que, en caso de que el sujeto emisor del influjo supiera de antemano que la persona era un *omnimodo facturus*, aplicaremos la complicidad psíquica, mientras que, si no ocurre tal extremo, la tentativa de inducción.

dogmático del tema en España[119], la doctrina alemana ha sabido clasificar *nominalmente* estos casos, lo que ha llevado a SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES a plantear una serie de traducciones a la lengua castellana que se asumen en el presente trabajo[120]. Con lo dicho, el supuesto en el que se altera la identidad de la resolución criminal puede estructurarse en casos de (i) transinducción [*Umstiftung*][121], (ii) sobreinducción [*Aufstiftung*][122] y (iii) infrainducción [*Abstiftung*][123].

La doctrina considera que la complicidad psíquica puede operar de forma subsidiaria, principalmente, en los casos de sobreinducción. Al respecto, tómese como ejemplo el supuesto en el que el inductor consigue que el inducido, determinado a cometer un delito de hurto, resuelva realizar un delito de robo con violencia o intimidación. La posibilidad de hablar de complicidad psíquica en estos casos depende de la estructura teórico-resolutiva que se adopte. En este sentido, para estos supuestos se han planteado históricamente dos posibles soluciones. Según los partidarios de la denominada *concepción sintética de la resolución*, estos casos deberían reputarse como inducción al hecho completo (en el caso anterior, inducción a un delito de robo con violencia o intimidación)[124]. En efecto, siguiendo la denominada *fórmula de Maurach*, se entiende que la resolución al delito fruto de la renovación producida por el aporte motivacional constituye un *aliud* con respecto a la antigua, por lo que el influjo psíquico debe considerarse creador de una nueva resolución criminal. En contra, los defensores de la *concepción analítica* consideran que el exceso motivacional solo constituye un *plus* con respecto a la decisión previamente tomada por el autor[125]. Así pues, la inducción solo puede referirse a la nueva parte consecuencia del aporte motivacional de existir, eso sí, la posibilidad de subsumir autónomamente su desvalor típico (en el caso anterior, inducción a unas lesiones o a unas coacciones, dependiendo de la modalidad de robo cometida).

Con independencia de optar por una u otra opción[126], es importante remarcar que la última de las dos tiene importantes consecuencias para la interrelación sistemática entre la inducción y la complicidad psíquica. Ciertamente, se defiende casi por unanimidad que la determinación al *plus* delictivo trae consigo un «sobrante motivacional» en forma de refuerzo cuya incriminación debe

---

[119] Imprescindible, BALDÓ LAVILLA, *ADPCP*, (42-3), 1989, pp. 1106 ss. También, GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 433 ss.; OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, 2000, pp. 662 ss.; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *InDret*, (2), 2012, pp. 21 ss.

[120] SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *InDret*, (2), 2012, p. 21. Para una traducción alternativa, véase la nota de los traductores de ROXIN, *PG*, t. II, 2014, p. 238, quienes utilizan los términos «reversoinducción» para denominar los casos de *Umstiftung*.

[121] El influjo psíquico modifica el hecho de referencia del dolo del inducido (ROXIN, *PG*, t. II, 2014, p. 239).

[122] El influjo psíquico intensifica la desaprobación típica del hecho objeto de la resolución delictiva del autor (SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *InDret*, (2), 2012, p. 22).

[123] El influjo psíquico rebaja la intensidad lesiva del tipo delictivo objeto de la resolución (SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *InDret*, (2), 2012, p. 22).

[124] SCHULZ, *Die Bestrafung des Ratgebers*, 1980, p. 935.

[125] SCHULZ, *Die Bestrafung des Ratgebers*, 1980, p. 936.

[126] La doctrina mayoritaria opta por la segunda, la concepción analítica de la resolución, calificando como inductor a quien «sobreinduce». ROXIN, *PG*, t. II, 2014, p. 242; GEPPERT, «Die Anstiftung», *Juristische Ausbildung*, (6), 1997, p. 305; BALDÓ LAVILLA, *ADPCP*, (42-3), 1989, pp. 1111 s.; JESCHECK/WEIGEND, *PG* (trad. Miguel Olmedo Cardenete), 5ª ed., 2002, p. 745; BEMMANN, «Die Umstimmung des Tatentschlossenen zu eine schwereren oder leichteren Begehungsweise», en LACKNER (ed.), *FS-Gallas*, 1973, p. 273; GRÜNWALD, «Der folgenschwere Rat», *JuS*, 1965, p. 313, aunque solo cuando la relación entre se da entre un tipo básico y un tipo cualificado, no entre tipos distintos; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *InDret*, (2), 2012, p. 22, entre muchos otros. En contra, aceptando la concepción sintética, SCHMIDHÄUSER, *AT*, 1970, p. 313; ROXIN, *PG*, t. II, 2014, p. 242; GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 443 ss., entre otros.

canalizarse por medio de la estructura de la complicidad psíquica[127]. De esta manera, siguiendo con el caso presentado *supra*, a la persona de atrás se la castigaría por motivar de dos maneras distintas: determinando a unas coacciones o lesiones (inducción al *plus*) y reforzando una decisión conjunta dirigida a la comisión de un delito de robo (complicidad por el todo). Esta solución, sin embargo, debe considerarse un automatismo. En primer lugar, partiendo de la base de la teoría del *omnimodo facturus*, puede señalarse que un refuerzo de la resolución constituye, en principio, una contribución superflua[128]. En segundo lugar, siguiendo a ESER, el refuerzo motivacional solo puede tener como objeto el delito originario presente en el estadio previo a la nueva decisión producto de la sobreinducción: no se puede reforzar lo que no existe[129]. Por lo tanto, la calificación correcta sería la de una inducción a un robo y una complicidad psíquica en un hurto.

En todo caso, esta solución solo sería viable de entender que toda estructura típica de determinación al delito trae consigo un remanente motivacional en forma de refuerzo de la resolución. Sobre este punto, tómese el ejemplo clásico: persona resuelta a cometer un hurto es «(sobre)inducida» por un tercero para que utilice un arma en su acción de apoderamiento con las siguientes palabras: «Yo de ti me llevaría un cuchillo, te será mucho más fácil hacerte con el dinero». Si aceptamos que esta comunicación reúne los requisitos típicos de la inducción, no habrá problemas entonces para castigar al sujeto como inductor (bien de un delito de robo –concepción sintética–, bien de un delito de amenazas –concepción analítica–); la duda surge en si podemos considerar que tales palabras constituyen un «refuerzo» (complicidad psíquica) del estado resolutivo original (resolución a un hurto). Al respecto, difícilmente puede concluirse que un consejo relativo a la utilización de un instrumento lesivo (perfectamente vinculable con el delito de robo o el de amenazas), pueda conectarse funcionalmente con la resolución a un acto de apoderamiento sin violencia o intimidación (hurto) en tanto que «motivo adicional» a los ya existentes en el acervo mental del autor.

4.5. «Reforzar la resolución» como fórmula expansiva

De este conglomerado de ejemplos puede concluirse lo siguiente: la complicidad psíquica compensa los defectos de otras estructuras de imputación. Así pues, el refuerzo de la resolución funciona como un «cortafuegos» frente a las conclusiones provisionales de atipicidad (o menor desaprobación) desprendidas del entendimiento de determinadas formas de participación y demás delitos de la Parte Especial vinculados con dicho marco teórico. Esta capacidad se debe a la propia caracterización extensiva de la complicidad psíquica. Ciertamente, al centrarse en la idea del fortalecimiento de la decisión delictiva, la definición doctrinalmente asentada permite

[127] BEMMANN, en LACKNER (ed.), *FS-Gallas*, 1973, p. 273; BALDÓ LAVILLA, *ADPCP*, (42-3), 1989, p. 1112, en aquellos casos en los que «el influjo psíquico ocasione una intensificación de la agresión que no pueda ser aprehensible autónomamente»; JESCHECK/WEIGEND, *PG*, 5ª ed., 2002, p. 742.

[128] En este mismo sentido, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, pp. 252 s.: «el fortalecimiento de una decisión ya tomada es siempre indiferente, en términos causales, para la modificación del hecho. El fortalecimiento de la decisión del autor presupone que la decisión tomada y la efectivamente ejecutada sean idénticas o al menos tan similares que no se pueda hablar ya de inducción. En la medida en que la decisión tomada y la ejecutada son iguales, no existe modificación externa alguna del hecho que pueda explicarse en términos causales por la aportación fortalecedora del cómplice, de manera que la causalidad se muestra como instrumento inadecuado para abordar este tipo de casos difíciles de complicidad».

[129] ESER, *Juristischer Studienbuch. Strafrecht*, t. II, 3ª ed., 1980, p. 187, para quien la complicidad psíquica solo puede predicarse con respecto al delito base ya existente en la resolución del autor que, en el ejemplo dicho, lo constituiría el hurto.

que cualquier contribución de un tercero mediatizada por el autor del delito pueda incluirse en su campo de aplicación. Pues también, como indica ROXIN, «el asesoramiento técnico o incluso el suministro de instrumentos para el hecho operan asimismo sobre el acontecer del hecho solo pasando por la mente del autor, y por tanto de modo primario son influencias sobre el autor»[130]. Siguiendo a ROBLES PLANAS, «podría llegar a afirmarse que toda aportación prestada con anterioridad a la fase ejecutiva está mediada psíquicamente en tanto que queda en manos de quien recibe la aportación llevarla a término»[131]. En este sentido, acogiendo las palabras de SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, «toda complicidad es psíquica»[132]. En efecto, si su núcleo reside en la mera alusión a una «influencia en la resolución delictiva», incluso restringida a un efecto motivador concreto (reforzar dicha resolución), casi cualquier clase de conducta puede quedar integrada en ella: desde la asistencia técnica, hasta la mera entrega de objetos, incluso aquellos que son inidóneos para la ejecución del delito.

Tómese como ejemplo un caso de complicidad física: imagínese un ladrón pusilánime que, temeroso de la oscuridad, le pide una linterna a su vecino para entrar a robar de noche en una antigua mansión. Es innegable que esta aportación, aunque difícilmente podría integrar el campo de la complicidad física por las dificultades de atribuirle un carácter peligroso desde la óptica de los criterios de imputación objetiva, genera un efecto anímico en la psique del autor que inevitablemente refuerza su resolución delictiva[133]. Pero repárese también en la entrega de cualquier objeto o instrumento idóneo para con la realización del resultado como, por ejemplo, un arma de fuego, una ganzúa o un chaleco antibalas. Difícilmente puede negarse que cualesquiera de estas tres aportaciones no generan a su vez un efecto psicológico en forma de refuerzo motivacional. Basta con que el futuro autor «se deje en casa» lo apartado y dé inicio a la ejecución del delito pensándose que dispone de estos elementos para sustentar una desaprobación penal con base en este «efecto motivacional asociado». Incluso un consejo técnico –según la doctrina, un caso prototípico de complicidad psíquica– podría producir estos mismos efectos volitivos con independencia de su efectiva utilización, pudiendo integrar la modalidad del refuerzo de la resolución[134]: el obligado tributario asesorado por un experto en la materia puede sentirse perfectamente reforzado en su determinación dirigida a defraudar a la Hacienda Pública.

Recuperando la idea de SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, no es solo el hecho de que toda complicidad pueda reputarse como psíquica, sino que todo comportamiento que implica un contacto espiritual entre dos personas tiene la capacidad de reconfigurarse como una actividad con repercusiones motivacionales. Entonces, toda «complicidad» *motiva*. En otras palabras, toda aportación que produce un impacto en la esfera mental del autor, independientemente de la posibilidad de su objetivación en el hecho delictivo, trae consigo un *efecto motivador concomitante*. Esta idea puede estructurarse de la siguiente manera: cualquier conducta dirigida

---

[130] ROXIN, *PG*, t. II, 2014, p. 286; similar, OTTO, en ESER (ed.), *FS-Lenckner*, 1998, p. 198

[131] ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 252, n. 199.

[132] SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices?*, 2004, p. 431, n. 938.

[133] FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, p. 173, indicando que la aportación de un instrumento idéntico del que ya dispone el receptor podría llegar a incriminarse por reforzar la resolución de este.

[134] MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, AT, t. II, 7ª ed., 1989, p. 355: «(...) la asistencia técnica, al tiempo que el ejecutor toma consciencia, es también un fortalecimiento moral de su voluntad y, por lo tanto, una asistencia intelectual»; MALLISON, *Rechtsauskunft als strafbare Teilnahme*, 1979, p. 21. Recupérese el ejemplo del consejo técnico para abrir la puerta: pese a no ser utilizado, su obtención puede reinterpretarse como una forma de refuerzo de la resolución delictiva del autor.

a contribuir a la configuración del hecho o a un favorecimiento posterior realizada en el marco de una «comunidad de voluntades» [*Willensgemeinschaft*][135] presenta simultáneamente un impacto motivacional en forma de refuerzo de la resolución. Por lo tanto, en caso de no poder atribuir relevancia penal a este comportamiento por su «efecto primario» (contribuir al hecho o favorecer al autor con posterioridad), el castigo se podrá fundamentar en este «efecto secundario» de tipo motivacional. Por mucho que la aplicación de esta estructura se condicione a que la influencia psíquica trascienda en el hecho –básicamente, aumentando las probabilidades de ejecución través de la constatación de un refuerzo efectivo–[136], esta exigencia siempre podrá identificarse con un ligero esfuerzo argumentativo. Ciertamente, la porosidad de la expresión «refuerzo de la resolución» implica que muchos contactos comunicativos puedan señalarse como generadores de estos efectos estabilizadores[137].

Partiendo como base de esta operatividad, la doctrina dispone de una herramienta para cubrir determinadas «lagunas de punibilidad». El primer problema que esto suscita es que estas últimas no son sino la consecuencia lógica de determinadas construcciones dogmáticas. De esta manera, parece complicado denominar «laguna de punibilidad» a un espacio de atipicidad al que se arriba por la estricta aplicación de una determinada teoría. A este respecto, recupérese el ejemplo de las llaves en el marco de la denominada complicidad física intentada. Si parte de la doctrina exige la efectiva utilización del instrumento por parte del autor con tal de evidenciar una relación de causalidad, entonces no es comprensible que se califique como laguna de punibilidad al espacio de atipicidad resultante de la aplicación de esta tesis. En todo caso, nos encontramos ante la imposibilidad de imputar objetivamente el resultado, por lo que no es posible afirmar la desaprobación *ex post* del comportamiento sobre la base del presupuesto teórico que dota de contenido este mismo juicio de tipicidad. Por lo dicho, este espacio de «impunidad» debería reputarse, en todo caso, como correcto, en tanto que consecuencia lógica de la aplicación de una determinada comprensión dogmática. Si el fruto práctico de esta teoría debe ser denominado en estos términos (pese a que esta calificación se realice de manera velada), ello solo significa que la teoría no alcanza a ofrecer una solución global al problema[138]. El recurso a la complicidad psíquica por fortalecimiento de la resolución solo se presenta, en consecuencia, como un «parche» para salvar una construcción teórica que, en uno de sus flancos, parece hacer aguas[139].

Pero incluso frente a espacios de atipicidad consecuencia de la aplicación de determinadas reglas legales, donde sí es posible hablar en términos de «laguna de punibilidad», el recurso subsidiario de la complicidad psíquica trae consigo graves problemas. Así pues, en el ámbito del encubrimiento anticipado y de las promesas de encubrimiento, recurrir al «cajón de sastre» del refuerzo de la resolución para superar el impedimento cronológico no deja de ser una opción

---

[135] EBERT, *AT*, 3ª, 2001, p. 214, algo que no se exige para los casos de participación física.

[136] Por todos, PHLEPS, *Psychische Beihilfe durch Stärkung des Tatentschlussen*, 1997, p. 106; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices?*, 2004, p. 433; FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, p. 173.

[137] MURMANN, *PJ*, (53), pp. 163 s., indicando que la concurrencia de un refuerzo de la resolución deberá extraerse de máximas de experiencia. De allí indica que «su ausencia suele ser más bien la excepción, pero puede suceder, por ejemplo, cuando la toma de postura de la persona que aprueba está desprovista de toda trascendencia desde la perspectiva del autor».

[138] Sobre este punto, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, pp. ss.

[139] O una «vía de escape», tal y como la define ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 252. Igualmente, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices?*, 2004, p. 430, quien considera que la complicidad psíquica puede «constituir simplemente una "airosa salida" para los casos de difícil o imposible prueba de la cooperación; esto es, una falta de prueba».

«para salir del paso». Ciertamente, escudarse en esta forma de participación con la simple alusión a esta holgada expresión, pese a salvar la tipicidad en el caso en concreto, trae como consecuencia una peligrosa rotura del dique. Esto último porque se acaba confirmando que a cualquiera aportación mediatizada por un tercero le es inherente un efecto estabilizador concomitante o asociado. Entonces, pocos reparos podrían ponerse a la posibilidad de calificar como cómplice psíquico al conspirador que, en el momento acordado para la realización del injusto, no se presenta en el lugar de los hechos[140]; al sujeto que había prometido la entrega de un instrumento idóneo para realizar el delito en el momento de su ejecución, pero que se olvida finalmente de hacerlo, no impidiendo, sin embargo, que el autor realice el ilícito; o al asesor mediocre que aporta un consejo inútil al autor, quien, pese a observar su inidoneidad en el momento de su ejecución, acaba solucionando su realización «sobre la marcha». El efecto motivador parejo a estos comportamientos, identificable con un mínimo esfuerzo argumentativo, permite, ya no solo superar la atipicidad[141] o el castigo a través de una estructura de incriminación de menor expresividad[142], sino también vincular a los sujetos con el hecho delictivo como intervinientes. Tanto la promesa incumplida como el consejo inservible han contribuido a empujar subjetivamente al agente hacia el delito.

Resulta así que, en definitiva, cualquier «toma de contacto» por parte de un tercero con el futuro autor del delito, por muy espontánea que pudiera parecer, tendría la capacidad de fundamentar para aquel una responsabilidad por lo que este acabara ejecutando[143].

A mi parecer, la superación de estos inconvenientes pasa por aportar un criterio normativo más seguro que consiga superar la construcción naturalística del refuerzo de la resolución[144]. La porosidad de esta expresión implica una alta inseguridad a la hora de constatar efectivamente una contribución típica en el delito. Como indica SATZGER, la complicidad psíquica no puede convertirse en «una alternativa para todos aquellos hechos que no pueden ser subsumidos bajo ninguna otra forma de participación»[145]. En efecto, las remisiones al mundo de «lo psíquico» no

---

[140] Con mayor razón si se parte de que el fundamento de la conspiración reside en una suerte de «inducción recíproca». Así, CUELLO CONTRERAS, *La conspiración para cometer el delito: interpretación del art. 4.I CP (Los actos preparatorios de la participación*, 1978, pp. 18, 23 ss. Parcialmente en contra, FARRÉ TRAPAT, «Algunos aspectos del desistimiento en la conspiración (Comentario a la STS de 21 de octubre de 1987)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1992, p. 727. Fíjese que, de entenderse que toda conspiración refuerza la resolución, sería indiferente para el conspirador participar activamente o no en el delito proyectado: salvo que este retirara el «aporte motivacional» (p. ej., a través de una comunicación definitiva relativa al abandono del proyecto delictivo común), el inicio de la tentativa del hecho previamente programado ya permitiría castigarlo como cómplice psíquico.

[141] Caso de la entrega fallida del instrumento idóneo y de la aportación del consejo inútil, por falta, en ambos supuestos, de desaprobación *ex ante* del comportamiento.

[142] Caso del «desistimiento» de la conspiración. Sobre esta cuestión, FARRÉ TRAPAT, *ADPCP*, 1992, p. 724.

[143] SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices?*, 2004, p. 432: «la idea de reforzamiento de la decisión opera como un *topos* conceptual idóneo para apreciar cooperación».

[144] Igualmente, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 254, vinculándolo a los problemas probatorios que implica la causalidad psíquica, los cuales podrían llegar a ser incompatibles con el principio *in dubio pro reo*.

[145] SATZGER, «Teilnehmerstrafbarkeit und "Doppelvorsatz"», *Juristische Ausbildung*, (7), 2008, p. 515. Esta impresión es compartida por otros autores, p. ej., FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, p. 176, abogando por la desaparición de esta figura o, en todo caso, su limitación a casos muy concretos; GAEDE, «Die strafbare Beihilfe und ihre aktuellen Probleme - Die gelungene Prüfung der §§ 27 und 28 StGB», *Juristische Arbeitsblätter*, (11), 2007, p. 759; BAUNACK, *Grenzfragen der strafrechtliche Beihilfe unter besonder Berücksichtigung der sogennaten psychischen Beihilfe*, 1999, p. 105; OSNABRÜGGE, *Die Beihilfe und ihr Erfolg*, 2002, p. 178, quien considera que la complicidad psíquica es una «disposición o tipo general» [*Auffangtatbestand*] en el sentido de que cubre todos aquellos casos que no pueden ser subsumidos en una disposición más especial.

sirven más que para rebajar las exigencias que existen en el mundo de «lo físico»[146]: muchos contactos comunicativos pueden reinterpretarse, con base en argumentaciones simples, como interacciones de la que se desprenden efectos motivadores (inductores y reforzadores), sea ello o no reflejo de un proceso psicológico real. Solo mediante la elaboración de criterios normativos más firmes que permitan atribuir relevancia penal a las conductas motivadoras se podrá configurar un marco de incriminación con unos márgenes de prohibición más seguros. Recupero esta idea en el apdo. 6.2.

5. Tercera crítica: ¿«cooperación necesaria psíquica»?

Los problemas de la complicidad psíquica se incrementan en España cuando se suscita la posibilidad de incriminar por «cooperación necesaria psíquica». En principio, nada obstaría a ello, pues la doctrina mayoritaria entiende que, entre la figura del art. 28.b CP y la complicidad, no existen diferencias materiales de fondo. Al respecto, BOLEA BARDON indica que «la distinción entre ambas figuras no es cualitativa, sino cuantitativa, es decir, que atiende al grado o intensidad de la contribución» más que a «la estructura de la concreta forma de intervención en el hecho»[147]. Ciertamente, la doctrina no suele establecer diferencias de base entre estas dos modalidades, partiendo así de una idea común de «cooperación» que se divide según sea esta necesaria (art. 28.b CP) o secundaria (art. 29 CP)[148].

Sobre esta premisa, los autores que plantean la posibilidad de una «cooperación necesaria psíquica», a los efectos de establecer su graduación cuantitativa con respecto a la complicidad, suelen acudir –no sin cierta pesadumbre– al criterio ideado por COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN para distinguir, en términos generales, las dos figuras en liza. Para estos autores, la cláusula «con un acto sin el cual no se habría efectuado» del art. 28.b CP no debe interpretarse en términos relativos a las posibilidades de éxito del delito. Por el contrario, aquella debe relacionarse con el proceso motivacional del autor[149]. De esta manera, si a falta de la aportación del cómplice o cooperador, el autor no hubiera *querido* –que no *podido*– realizar el tipo, esta merecerá la calificación de «necesaria» a los efectos del art. 28.b CP. Aunque se ha criticado la aptitud de este criterio para establecer distinciones en el ámbito de la complicidad física, sí que se acepta su idoneidad delimitadora en el contexto de la complicidad psíquica por refuerzo de la resolución. No por casualidad, se ha venido denominando a este indicador como «subjetivo-psicológico»[150].

Justo decía que esta aceptación se hace no sin cierta desazón, en la medida en que este mismo criterio ha sido objeto de intensas críticas como pauta para delimitar, en términos generales, la complicidad de la cooperación necesaria. De esta manera, se critica (i) su alta inseguridad, (ii) los problemas de prueba a los que aboca y (iii) las posibles consecuencias injustas resultantes de su

---

[146] SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices?*, 2004, p. 430; FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, p. 175; ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 253.

[147] BOLEA BARDON, *La cooperación necesaria*, 2004, p. 62. También, SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, 2004, p. 400.

[148] MIR PUIG, *PG*, 9ª ed., 2011, p. 419; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*, 5ª ed., 1999, p. 758.

[149] COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*, 5ª ed., 1999, p. 759; de igual manera, GONZÁLEZ CUSSAC/MIRA BENAVENT, «Autoría o participación en determinados supuestos de vigilancia», *PJ*, 1992, p. 196, apuntando que el fundamento de la distinción reside en la motivación del autor, no en cuestiones objetivo-causales.

[150] PÉREZ ALONSO, *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*, 1998, p. 106.

aplicación[151]. Respecto de este último inconveniente, LÓPEZ PEREGRÍN indica que «una contribución insignificante se convertiría en necesaria si el autor, en base a ella, se decide a ejecutar el hecho, y, a la inversa, la aportación objetivamente importante pasaría a ser mera complicidad si el autor estaba decidido ya a cometer sin ella el delito»[152]. Además, aunque este impacto en el proceso motivacional del autor pudiera ejercer algún tipo de importancia en la imputación del significado «necesaria» a la aportación del cómplice, no sería –según BOLEA BARDON– sino «uno de los factores a tener en cuenta para determinar la necesidad del acto» pero, ni mucho menos, el único o el más significativo[153].

Por todas estas críticas, se entiende que LÓPEZ PEREGRÍN indique que «estos inconvenientes deben ser aceptados irremediablemente en el ámbito de la complicidad psíquica», pues el elemento central de esta sería, justamente, el apoyo moral[154]. Sobre esta premisa, se podría llegar a castigar a través de la figura del art. 28.b CP en el ámbito de la complicidad psíquica teniendo en cuenta la intensidad de la afectación producida sobre el proceso motivacional del autor[155]. Utilizando un ejemplo de coautoría aditiva planteado por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, si *A* y *B*, dispuestos a matar a *C*, se apostan respectivamente en los caminos *x* y *z* por los que suele pasar su objetivo, pero solo *A* acaba matándolo porque finalmente el caminar de la víctima transcurre por el recorrido *z*; a *B* se le podrá incriminar como cooperador necesario psíquico porque –siempre según el autor citado– «mostrarse dispuesto a matar si la víctima pasara por su camino, refuerza *de manera importante* la resolución delictiva del sujeto (y viceversa)», por mucho que la conducta carezca de relevancia en el «plano objetivo por la ausencia de relación de causalidad entre la acción de colocarse en el camino y el resultado de muerte de la víctima»[156].

No puedo estar de acuerdo con las consideraciones que se acaban de exponer. En primer lugar, si la calificación del carácter «necesario» depende de la intensidad del impacto motivacional, los casos de aportación de consejos técnicos no estarían sujetos a este mismo criterio subjetivo-psicológico. Lo que fundamenta la incriminación penal de estos supuestos es que constituyen incrementos cognitivos que pueden incluirse en el conglomerado de instrumentos a disposición del autor. Que motiven a cometer el delito no tiene importancia ni en la construcción de la base de su desaprobación ni en su cuantificación. Pero, es más, la eventualidad de incriminar por cooperación necesaria estos casos no comporta *ab initio* problema alguno adicional. Si *A* aporta a *B* un determinado conocimiento que normativamente puede valorarse como «necesario» (p. ej., siguiendo la teoría de GIMBERNAT ORDEIG, porque tal saber es considerado «escaso»[157]) no existirán complicaciones para incriminar a *A* como cooperador necesario (psíquico, si se prefiere). Por esta

---

[151] LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 421; BACIGALUPO ZAPATER, «Notas sobre el fundamento de la coautoría en el Derecho penal», *PJ*, 1993, pp. 33 s.

[152] LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 421.

[153] BOLEA BARDON, *La cooperación necesaria*, 2004, p. 76.

[154] LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 421; de igual manera, BOLEA BARDON, *La cooperación necesaria*, 2004, p. 75.

[155] BOLEA BARDON, *La cooperación necesaria*, 2004, p. 88, destacando la «capacidad de disuadir al autor».

[156] DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *LH-Roxin*, 1997, p. 328. Véase también SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, 2004, p. 408 indicando que es posible castigar por cooperación necesaria psíquica casos de supuesto «refuerzo moral» «siempre y cuando no sean abarcados por la inducción», indicando como ejemplo «el caso del que alienta a los demás a ensañarse con mayor medida con la víctima, a emplear mayor crueldad o violencia en la realización de los hechos, etc.».

[157] GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho penal*, 2006, pp. 127 ss.

razón, se refuerza la idea expresada *ad supra* de que los casos de asesoría técnica deben disociarse conceptualmente del campo de relevancia de la complicidad psíquica y la inducción.

En segundo lugar, parece convincente afirmar que toda forma de inducción implica a su vez una cooperación necesaria, aunque sea desde una perspectiva cuantitativa. Al respecto, indica SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES que «crear un motivo determinante para la realización del hecho (inducción) es cooperar a dicha ejecución con un acto sin el cual el delito no se habría efectuado (cooperación necesaria)»[158]. En lo que alcanzo, el planteamiento de este autor puede relacionarse con el grado de «intensidad» de la aportación del inductor con respecto al hecho delictivo. Dicha contribución sería equivalente, en términos cuantitativos, a la efectuada por el cooperador necesario o, en otras palabras, una forma de cooperar necesariamente en el delito sería, justamente, por medio de la inducción. Esto, porque este tipo de interviniente, al crear el dolo del agente-ejecutor, resulta que «ha "encendido la mecha" del delito»[159]. Sobre esta premisa, existiría en todo caso una equivalencia de carácter cuantitativo que el legislador habría querido remarcar por medio de un tratamiento penológico simétrico. Una equiparación en la medida de la pena que también se predicaría con respecto a las formas de autoría[160].

Por todo ello, resultaría problemático incriminar una suerte de cooperación necesaria psíquica en lo que a la modalidad del refuerzo de la resolución se refiere. Ciertamente, si lo realizado por el sujeto no merece la calificación de inducción por presentar una menor intensidad, considerarlo a su vez como «necesario» puede resultar incoherente si la inducción se define, precisamente, como una forma de cooperación necesaria[161]. En otras palabras: si consideramos que, por un lado, la inducción supone una forma de participación *cuantitativamente* equivalente a la cooperación necesaria y, por el otro, que tanto inducción como complicidad psíquica por apoyo moral forman parte de una misma clase de intervención delictiva con base en su equivalencia *cualitativa* (afectaciones sobre el proceso motivacional del autor); entonces no se entiende que pueda incriminarse una suerte de cooperación necesaria psíquica. Tal operación serviría únicamente para producir una incoherencia sistemática, en tanto que se castigaría un comportamiento *cualitativamente* parejo, pero de menor intensidad *cuantitativa* con respecto a la inducción, por medio de una figura de análoga magnitud (*cuantitativa*) a esta última.

> Como argumento añadido, puede traerse a colación la redacción de los arts. 557.2 y 559 CP. A través de estos preceptos se ha elevado a Derecho positivo la contraposición dogmática entre *inducción* y *refuerzo de la resolución criminal*. Siguiendo aquí la interpretación de ALONSO RIMO, podría entenderse lo siguiente: el legislador habría querido tipificar expresamente con este artículo dos formas de participación consumadas en el delito[162]. Dejando de lado que tal construcción hermenéutica sería más acorde a los principios político-criminales que informan al Derecho penal[163], con ella se evidenciaría que el legislador habría querido castigar al cómplice psíquico con la misma pena que el

[158] SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *InDret*, (2), 2012, p. 12: "toda inducción es una cooperación necesaria" (pero no a la inversa).

[159] SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *InDret*, (2), 2012, p. 6.

[160] Sobre esta cuestión, por todos, OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, 1999, pp. 315 ss.

[161] SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *InDret*, (2), 2012, p. 24.

[162] ALONSO RIMO, «Los nuevos delitos de ¿desordenes? ¿públicos? Especial referencia a los tipos de incitación o de refuerzo de la disposición a delinquir (art. 557.2 y 559 CP)», *Estudios Penales y Criminológicos*, (35), 2015, p. 373.

[163] Concretamente, de los principios de ofensividad, fragmentariedad y subsidiariedad, impidiendo con ello un adelantamiento excesivo de las barreras de protección jurídico-penales (ALONSO RIMO, *EPC*, (35), 2015, p. 374).

inductor. En consecuencia, el art. 577.2 CP serviría para «elevar la penalidad de las complicidades (psíquicas) en estos delitos al mismo nivel que el autor material, el inductor y el cooperador necesario»[164]. En suma, se confirmaría la menor expresividad de la complicidad psíquica con respecto a la inducción y, por ello, la incoherencia sistemática del hablar de una hipotética cooperación necesaria psíquica sobre la base de las estructuras de la Parte General. Hasta tal punto que el propio legislador habría tenido que tipificar expresamente esta igualdad punitiva que, en estricta aplicación de los constructos dogmáticos de la intervención en el delito, no podría predicarse *ab initio*.

6. Bases para una reestructuración

6.1. Una tipología de las formas de participación alternativa

En el apdo. 2.3 anunciaba la necesidad de superar la contraposición entre «complicidad psíquica» y «complicidad física» (en general, entre participación «psíquica» y «física») para componer una clasificación más funcional. Esta última pretensión debe entenderse en el siguiente sentido: una categoría dogmática debe integrar supuestos caracterizados por los mismos problemas y que puedan reducirse a un denominador común merecedor de una específica estructura resolutiva[165]. No son las particularidades externas de una conducta, sino lo que esta implica con respecto a su desaprobación e imputación de un significado jurídico-penal, el punto del que debe partir cualquier propuesta clasificatoria. Consiguientemente, en el ámbito de la intervención delictiva, una tipología funcional no debe centrarse en la dimensión naturalística del comportamiento o en la clase de consecuencia producto de su realización. Por el contrario, el elemento central de la nueva clasificación debe constituirlo el sentido criminal que se le puede atribuir a la conducta como forma de participación en el delito.

La clasificación que presentaré a continuación se asienta en la idea de que, en el ámbito de la intervención, el hecho delictivo debe concebirse como una obra colectiva fruto de las contribuciones de distintos agentes[166]. De modo que solo después de confirmar la vinculación del sujeto con el acontecimiento antijurídico, puede valorarse la subsunción de su comportamiento en alguna de las formas de autoría o participación dispuestas por el Derecho positivo a los efectos de determinación de la pena[167]. No obstante, la clasificación es perfectamente asumible en un modelo restrictivo de autor que parta de una diferencia estructural entre las formas de autoría (aquellas que realizan el tipo) y las formas de participación (conectadas de modo accesorio)[168]. Mientras que yo opto por utilizar los términos aglutinadores de «interviniente» e «intervención», pueden emplearse también los de «partícipe» y «participación» en el sentido estricto mayoritariamente asumido. Sea como fuere, la clasificación debe resaltar el significado y las particularidades que la «cuota» del interviniente presenta con respecto a la construcción conjunta del suceso delictivo (si se parte del concepto «participación»: el sentido de la conducta del partícipe en tanto que destinada a contribuir accesoriamente en el hecho del autor).

---

[164] ALONSO RIMO, *EPC*, (35), 2015, p. 375.

[165] Para el caso de la intervención delictiva, FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 2004, p. 103: «[e]l sentido de la formación de grupos (...) es aprovechar la plasticidad de determinados tipos de casos fenomenológicos y la solución normativa vinculada a ciertos ámbitos nucleares para *captar la materia* y en el sentido de una primera *preestructuración* de las soluciones normativas» (con cursivas en el original).

[166] Por todos, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, pp. 215 ss., EL MISMO, «La estructura de la intervención en el delito», *Política Criminal*, (15-30), 2020, pp. 994 ss.

[167] ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 215.

[168] Por todos, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, 1991, pp. 407 ss.

Sobre esta premisa, entiendo que se puede efectuar una distinción entre «contribuciones motivacionales» y «contribuciones materiales»[169]. En la primera categoría incluyo todas aquellas conductas destinadas a impulsar o fomentar motivacionalmente a otro interviniente en lo que a la comisión del delito se refiere. En la segunda integro todas aquellas aportaciones destinadas a construir la estructura físico-intelectual del hecho, entendida como el conjunto de elementos que permiten definir típicamente al suceso delictivo[170]. Denomino a la primera tipología «intervención motivacional» y a la segunda «intervención material». Así pues, el «interviniente material» es aquel sujeto que aporta los elementos definidores de la dimensión externa del hecho penalmente relevante (el peligro cuantificable y desaprobado de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por el tipo). En esta categoría incluyo, entre otros, los actos que contribuyen en la fase ejecutiva (p. ej., retener a la víctima de una agresión sexual) y los que favorecen el hecho en su fase de ideación (básicamente, la planificación y la aportación de consejos técnicos). El «interviniente motivador», en cambio, es el sujeto que aporta los motivos para que esta dimensión externa del suceso delictivo tenga lugar. El proceso de fundamentación y extensión de la prohibición de intervenir en el delito debe partir, preferiblemente, de estas dos categorías. Consiguientemente, para el caso de la «intervención motivacional», lo que se trata es de determinar si los motivos pueden objetivarse en el hecho delictivo como cuotas de una obra conjunta –algo indiscutible para el caso de la «intervención material–».

6.2. La motivación como genotipo estructural y propuesta para su desaprobación

La identificación de la «intervención motivacional» como categoría autónoma permite centrar el estudio y reconducirlo a un denominador común: el de la motivación jurídico-penalmente desaprobada como paso previo a la elección de un marco penológico concreto (el del autor o el del cómplice)[171]. De esta manera, «motivar al delito» es el genotipo estructural de sus distintas manifestaciones fenotípicas (autoría, inducción y complicidad). Sobre esta premisa, antes de señalar la pena específica a imponer al interviniente, es necesario configurar un marco de desaprobación para la «motivación al delito». En otras palabras, la delimitación del espacio de prohibición a partir del cual discernir qué conductas motivadoras deben castigarse y cuáles no es el primer paso para la estructuración de una «intervención motivacional». Por tanto, la pregunta central rezaría ¿qué conductas motivadoras deben prohibirse?

---

[169] Más extendidamente, MARTÍNEZ SANROMÀ, *Motivación e intervención delictiva. Una reestructuración de la «participación psíquica»*, 2023, pp. 291 ss.

[170] En un sentido similar, FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 2004, p. 263, diferenciando dos fenomenologías de la intervención, (i) «las que posibilitan o favorecen la puesta en práctica de una resolución de terceros, ya existente, en el sentido de llevar a cabo una conducta (dolosa o no) en menoscabo de bienes jurídicos» y (ii) «aquellas otras que despiertan o suscitan una resolución en tal sentido»; LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 312, n. 149, distinguiendo, en el ámbito de la complicidad, entre contribuciones que afectan el «lado objetivo» del autor y las que afectan a su «lado subjetivo», aunque luego acaba integrando los casos de consejos técnicos en la complicidad psíquica; FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, p. 172; OROZCO LÓPEZ, «La graduación de la intervención delictiva. Líneas generales del modelo tipológico de la influencia sobre el hecho [*Tatprägung*]», *InDret*, (2), 2021, pp. 154 ss., distinguiendo (aunque como criterios de cuantificación de la intervención) (i) la capacidad de influencia psíquica del comportamiento con respecto a los demás intervinientes y (ii) la mayor o menor importancia de la contribución en relación con el hecho delictivo.

[171] Por todos, ROBLES PLANAS, *PC*, (15-30), 2020, pp. 997 ss.

En este espacio solo puedo perfilar una respuesta breve a este interrogante[172]. Son muchas las cuestiones que dejaré al margen, pues mi pretensión aquí es centrarme exclusivamente en la exposición de un criterio con el que considero más seguro y adecuado desaprobar una conducta motivadora. Sea como fuere, la solución que presentaré de inmediato pretende escapar, para el caso de la complicidad psíquica, de la porosidad del criterio del refuerzo de la resolución, cuestión a la que he dedicado el apdo. 4.4. Indicaba allí la necesidad de buscar un criterio normativo más seguro con el que rubricar una conducta motivadora como penalmente desaprobada. La alusión a un efecto psicológico tan concreto (el refuerzo de la resolución del autor) no aporta la suficiente seguridad, dejando en manos del intérprete el señalar si tal o cual conducta merece pena (pese a que ello se condicione al uso de expresiones como «peligrosidad» o «relevancia»). La (mínima) previsibilidad que debe presentar cualquier solución jurídica queda a expensas de una solución que, a falta de indicadores más sólidos, solo se puede ofrecer «en el caso concreto».

En mi opinión, la motivación al delito penalmente relevante es aquella que se presenta en forma de contra-motivación del mensaje directivo de la norma de conducta. Si la función de estas entidades deónticas es la de guiar a sus destinatarios a través de mensajes con pretensión de vinculatoriedad, no puede tolerarse que existan sujetos que, mediante contra-mensajes, se entrometan en este objetivo[173]. De permitirlo, no se alcanzaría un contexto comunicativo adecuado para que las normas pudieran interpelar de forma eficaz a sus destinatarios[174]. Por lo tanto, se convertirá en «interviniente motivador» aquel sujeto que, frente a la amenaza de pena implícita a la norma de conducta, oponga un mensaje capacitado para revertir esta conminación penal, erosionando con ello la vinculatoriedad de la norma. Muy brevemente: interviene en el delito «motivando» quien se enfrenta a la norma con una «contra-norma»[175]. Esta erosión del mensaje normativo impulsa la futura plasmación del hecho delictivo, pues la persona de delante queda «liberada» de las «barreras motivacionales» que le impedían cometerlo[176]: el suceso antijurídico se transforma en un curso de acción (u omisión) debido o permitido[177].
En principio, este criterio limitaría las conductas motivadoras penalmente relevantes a los casos de «amenazas» y «promesas de recompensa»[178]. Sin embargo, la forma de erosionar la vinculatoriedad de una norma de conducta puede variar según el caso, pues el destinatario de

---

[172] Para un mayor desarrollo, véase MARTÍNEZ SANROMÀ, *Motivación e intervención delictiva*, 2023, pp. 221 ss., 297 ss.

[173] Esta es una idea recurrente en las aproximaciones más actuales al injusto del inductor. Véase, STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, pp. 242 s., AMELUNG, «Die Anstiftung als korrumpierende Aufforderung zu strafbedrohtem Verhlaten», en HOYER *et al.* (eds.), *FS-Schroeder*, 2006, pp. 149 ss., REDMANN, *Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte*, 2014, pp. 167 ss., NEPOMUCK, *Anstiftung und Tatinteresse*, 2008, pp. 167 ss.; REDMANN, *Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte*, 2014, p. 100 ss.; KREUZBERG, *Täterschaft und Teilnahme als Handlungsunrechtstypen: Zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Verhaltensnormlehre*, 2019, pp. 543 ss.; KLESCZEWSKI, *AT*, t. I, 3ª ed., 2008, p. 249; SCHILD, «§ 26», *NK-StGB*, nms. 3 ss.; ABRAHAM, «Anstiftung als bloßes Anlassgeben oder manipulatives Erzeugen eines Handlungsgrundes», *HRRS*, (25), 2018, pp. 165 ss.; CORRÊA CAMARGO, *A teoria do concorso de pessoas. Uma invesitgação analítico-estructural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação*, 2018, pp. 290 ss.

[174] Parecido, GARCÍA CAVERO, «La instigación al delito: ¿forma de participación o delito autónomo?», *FS-Kindhäuser*, 2019, p. 137.

[175] AMELUNG, en HOYER *et al.* (eds.), *FS-Schroeder*, 2006, p. 176.

[176] STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, p. 243.

[177] Más en detalle, MARTÍNEZ SANROMÀ, *Motivación e intervención delictiva*, 2023, pp. 299 ss.

[178] AMELUNG, en HOYER *et al.*, (eds.), *FS-Schroeder*, 2006, pp. 149 ss.

esta no siempre se encontrará en una situación adecuada para entender y actuar conforme a su contenido. En otras palabras, los instrumentos con los que el «interviniente motivador» puede oponerse a la norma penal pueden variar en intensidad según el caso (p. ej., piénsese en una persona bajo un estado pasional de arrebato o bajo los efectos del alcohol). Lo importante, en todo caso, es que el comportamiento del sujeto que motiva tenga la suficiente fuerza para obstaculizar la misión preventivo-motivadora de la norma de conducta: la «contra-norma» debe constituir una imagen especular de la norma penal.

Una vez demarcado el campo de actos motivadores penalmente relevantes, se podrá pasar a evaluar su subsunción en el marco penológico de la autoría/inducción o el de la complicidad a través de un criterio de cuantificación (determinación de la pena). En este punto, la inducción (pena equivalente a la autoría) debe integrar las conductas motivadoras «más graves» y «más importantes» con respecto a la configuración del hecho delictivo; en cambio, al marco de la complicidad (pena inferior en grado) deben ir a parar las conductas «menos graves». Solo en este nivel del análisis puede traerse a colación la teoría del *omnimodo facturus* como elemento separador entre las conductas motivadoras penalmente relevantes merecedoras de la pena del inductor y aquellas merecedoras de la del cómplice. En otras palabras, solo después de determinar que la conducta motivadora constituye una erosión de la norma de conducta puede señalarse el hecho de que esta se haya efectuado antes o después de que el receptor del influjo se haya resuelto a cometer el delito como elemento cuantificador de su relevancia. Que esta teoría constituya un criterio adecuado para efectuar esta separación es una cuestión que no trataré aquí[179]. Sea como fuere, cabe advertir que el criterio del *omnimodo facturus* no es el único que se ha presentado entre la doctrina como punto de separación entre ambos marcos penológicos. En este sentido, también se ha remarcado la importancia de que exista o no un dominio de la persona de delante por parte de la de detrás a través de la suscripción de un «pacto de injusto» [*Unrechtspakt*][180] o que el motivo entregado sea efectivamente o no el «motivo director de la acción» [*handlungsleitenden Motivs*][181].

7. Conclusiones

La complicidad psíquica presenta una serie de problemas que evidencian las complicaciones de la doctrina para abordar el mundo de las influencias psíquicas y motivacionales. Tanto la manera de definirla como la vaguedad del criterio del refuerzo de la resolución configuran una forma de participación de difícil encaje y capacitada para incriminar casi cualquier forma de contacto comunicativo con el futuro autor del delito. Con esto dicho, la distinción histórica entre «participación psíquica» y «participación física» debe dar paso a una integrada por los términos «intervención motivacional» e «intervención material». Solo de esta manera pueden distinguirse dos fenomenologías de la intervención delictiva distinguibles por unos problemas de desaprobación e imputación específicos. La «intervención motivacional» integra todos aquellos supuestos caracterizados por el hecho de que un sujeto haya motivado a otro interviniente a efectuar una contribución en el delito. Este problema constituye el denominador común (genotipo) de todas las (en la terminología dominante) «participaciones psíquicas» (inducción y complicidad psíquica), en tanto que manifestaciones fenotípicas. La desaprobación de una conducta motivadora como forma de intervención delictiva constituye, en consecuencia, un paso

[179] Sobre ello, véase MARTÍNEZ SANROMÀ, *Motivación e intervención delictiva*, 2023, pp. 308 ss.

[180] PUPPE, «Der objektive Tatbestand der Anstiftung», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (3) 1984, pp. 112 ss.

[181] STEEN, *Die Rechtsfigur des omnimodo facturus*, 2011, p. 209.

previo a la elección del marco penológico (pena equivalente al autor o pena inferior en grado). En mi opinión, y como forma de superar los criterios que utiliza la doctrina, solo pueden desaprobarse aquellas conductas motivadoras capacitadas para oponerse y revertir el mensaje motivador de la norma de conducta (caracterizado por su conminación penal). Solo después se podrá pasar a valorar si esta contribución motivacional merece la pena del inductor o la del cómplice con base en algún criterio que permita efectuar distinciones de acuerdo con la diversa gravedad que presentan las conductas motivadoras penalmente relevantes.

8. Bibliografía

ABRAHAM, «Anstiftung als bloßes Anlassgeben oder manipulatives Erzeugen eines Handlungsgrundes», *Onlinezeitschrift für Höchstichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht*, (25), 2018, pp. 164 ss.

ALONSO RIMO, «Los nuevos delitos de ¿desordenes? ¿públicos? Especial referencia a los tipos de incitación o de refuerzo de la disposición a delinquir (art. 557.2 y 559 CP)», *Estudios Penales y Criminológicos*, (35), 2015, pp. 359 ss.

AMELUNG, «Die Anstiftung als korrumpierende Aufforderung zu strafbedrohtem Verhalten», en HOYER/MÜLLER/PAWLIK/WOLTER (eds.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, C.F. Müller, Heidelberg, 2006, pp. 147 ss.

ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, Akal, Madrid, 1986.

AZCUTIA, *La Ley penal: Estudios prácticos sobre la interpretación, inteligencia y aplicación del Código de 1870*, Librerías de A. de San Martín, Madrid, 1876.

BACIGALUPO ZAPATER, «Notas sobre el fundamento de la coautoría en el Derecho penal», *Poder Judicial*, 1993, pp. 31 ss.

BAER, «Violence: dilemmas of democracy and law», en KRETZMER/KERSHMAN HAZAN, *Freedom of Speech and Incitement Against Democracy*, Kluwer Law International, Den Haag-London-Boston, 2000, pp. 63 ss.

BALDÓ LAVILLA, «Algunos aspectos conceptuales de la inducción (A propósito de la STS de 24 de junio de 1987, ponente Días Palos)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (42-3), 1989, pp. 1091 ss.

BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht Allgemeine Teil*, 11ª ed., 2003.

BAUNACK, *Grenzfragen der strafrechtliche Beihilfe unter besonder Berücksichtigung der sogennaten psychischen Beihilfe*, Duncker & Humblot, Berlin, 1999.

BEMMANN, «Die Umstimmung des Tatentschlossenen zu eine schwereren oder leichteren Begehungsweise», en LACKNER (ed.), *FS-Gallas*, 1973, pp. 273-281.

BERNER, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Bernhard Tauchniß, Lipsia, 1857.

BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1985.

BOCK, «Die Anstiftungdes zur Tat bereits Entschlossenen – zum Begriff des »alias« oder »omnimodo facturus««, *Juristische Rundschau*, (4), 2008, pp. 143 ss.

BOCKELMANN, *Strafrechtliche Untersuchungen*, Otto Schwart & Co, Göttingen, 1957.

BOLEA BARDON, *La cooperación necesaria: análisis dogmático y jurisprudencial*, Atelier, Barcelona, 2004.

CARRARA, *Teoría de la tentativa y de la complicidad ó del grado de fuerza física del delito*, F. Góngora y Compañía, Madrid, 1877.

CASTRONUOVO, «Hechos psíquicos y concurso de personas. El problema de la interacción psíquica», *Revista Penal México*, (2), 2011, pp. 31 ss.

CEREZO MIR, «Autoría y Participación en el Código penal vigente y en el futuro Código penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (32-3), 1979, p. 567 ss.

————(1975), «La polémica en torno al concepto finalista de autor en la Ciencia del Derecho penal española», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (28-1), 1975, pp. 41 ss.

CHARALEMBAKIS, «Zur Problematik der psychischen Beihilfe. Zugleich ein Beitrag über die Kausalität der Beihilfe», en SCHÜNEMAN/BOTTKE/ACHENBACH/HAFFKE/RUDOLPHI (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Walter de Gruyter, Berlin, 2001, pp. 625 ss.

CLAß, «Die Kausalität der Beihilfe», en SPENDEL (ed.), *Studien zur Strafrechtswissenschaft: Festschrift für Ulrich Stock zum 70. Geburtstag am 8. Mai 1966*, Holzner, Würzburg, 1966, pp. 116 ss.

CÓRDOBA RODA, «Art. 28», en EL MISMO/GARCÍA ARAN, *Comentarios al Código Penal. Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 335 ss.

CORRÊA CAMARGO, *A teoria do concurso de pessoas. Uma invesitgação analítico-estructural a partir da controvérsia sobre o conceito de instigação*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires- São Paulo, 2018.

CUELLO CONTRERAS, *La conspiración para cometer delito: interpretación del art. 4.I CP (los actos preparatorios de la participación)*, Bosch, Barcelona, 1978.

DEL ROSAL BLASCO, «Sobre los elementos del hecho típico en la inducción», *Cuadernos de política criminal*, (4), 1999, pp. 97 ss.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, ««Coautoría» alternativa y «coautoría» aditiva: ¿autoría o participación», en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 295 ss.

EBERT, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3ª ed., C.F. Müller, Heidelberg, 2001.

ECKSTEIN, «Urheberschaft und Teilnahme in Feuerbachs Bayerischem StGB 1813», en KOCH/KUBICEL/LÖHNING/PAWLIK (eds.), *Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch. Die Geburt liberalen, modernen und rationalen Strafrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014, pp. 271 ss.

FARRÉ TRAPAT, «Algunos aspectos del desistimiento en la conspiración (Comentario a la STS de 21 de octubre de 1987)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (45-2), 1992, pp. 711 ss.

FEIJOO SÁNCHEZ, *Límites de la participación criminal. ¿Existe una "prohibición de regreso" como límite general del tipo en derecho penal?*, Comares, Granada, 1999.

FERRATER MORA, *Diccionario de filosofía*, t. II, 5ª ed., Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1965.

FERREIRA CABRAL, *Dolo y lenguaje. Hacia una gramática del dolo desde la filosofía del lenguaje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

FIANDANCA/MUSCO, *Diritto Penale. Parte Generale*, 2ª ed., Zanichelli, Bologna, 1994.

FREUND/ROSTALSKI, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3ª ed., Springer, Berlin-Heidelberg, 2019.

FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, Comares, Granada, 2007.

GAEDE, «Die strafbare Beihilfe und ihre aktuellen Probleme - Die gelungene Prüfung der §§ 27 und 28 StGB», *Juristische Arbeitsblätter*, (11), 2007, pp. 757 ss.

GARCÍA ARÁN, «Consideraciones sobre los delitos contra la administración de justicia en el proyecto de Código Penal de 1992», en *Política criminal y reforma penal: homenaje a la memoria del prof. Dr. D. Juan del Rosal*, EDERSA, Madrid, 1993, pp. 519 ss.

GARCÍA PÉREZ, *El encubrimiento y su problemática en el Código penal*, Atelier, Barcelona, 2008.

GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho penal*, B de F, Buenos Aires, 2006.

GONZÁLEZ CUSSAC/MIRA BENAVENT, «Autoría o participación en determinados supuestos de vigilancia», *Poder Judicial*, 1992, pp. 189 ss.

GONZÁLEZ ROMANILLOS, *Autoría y participación en el Derecho Criminal Romano. Un estudio sobre la instigación al delito*, J.M. Bosch, Barcelona, 2021.

GORES, *Der Rücktritt der Tatbeteiligten*, Duncker & Humblot, Berlin, 1982.

GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, t. I, D. Timoteo Arnaiz, Burgos, 1870.

GROSSO/PELISSERO/PETRINI/PISA, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Giuffrè, Milano, 2020.

HAAS, «§ 26», en MATT/RENZIKOWSKI (eds.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 2ª ed., Franz Vahlen, München, 2020.

———, «Kritik der Tatherrschaftslehre», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (119-3), 2007, pp. 519 ss.

HERZBERG, «Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1971, pp. 1 ss.

HOWARD, «Dangerous Speech», *Philosophy and Public Affairs*, (2), 2019, pp. 1 ss.

HRUSCHKA, «Prohibición de regreso y concepto de inducción. Consecuencias», en EL MISMO, *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, trad. por Sánchez-Ostiz Gutierrez, Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 169 ss.

———, «Alternativfeststellung zwischen Anstiftung und sog. Psychischer Beihilfe», *Juristische Rundschau*, (5), 1983, pp. 177 ss.

JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, 5ª ed., Comares, Granada, 2002.

KINDHÄUSER, *Strafrecht. Allegeime Teil*, 4ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2009.

KUDLICH, «Die Abstiftung», *Juristische Schulung*, (7), 2007, pp. 592 ss.

DE LARDIZÁBAL Y URIBE, *Discurso sobre las penas: contraído a las leyes de España para facilitar su reforma*, Fundación Sáncho el Sabio, Vitoria-Gasteiz, 2001.

LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

MALLISON, *Rechtsauskunft als strafbare Teilnahme*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1979.

MARTÍNEZ ARRIETA, «El encubrimiento», en EL MISMO (dir.*), El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero. Normativa comunitaria* (*Cuadernos de Derecho judicial*), Consejo General del Poder Judicial, 1994, pp. 11 ss.

MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, 9ª ed., Reppertor, Barcelona, 2011.

MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, C. H. Beck, München, 2017.

———, «§ 26», en SATZGER/SCHMITT/WIDMAIER (eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, Carl Heymans, Köln, 2009.

———, «§ 27», en SATZGER/SCHMITT/WIDMAIER (eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, Carl Heymans, Köln, 2009.

———, «Sobre el tipo de complicidad en Derecho penal», trad. por Robles Planas, *Revista del Poder Judicial*, (53), 1999, pp. 153 ss.

OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, EDERSA, Madrid, 2000.

OROZCO LÓPEZ, «La graduación de la intervención delictiva. Líneas generales del modelo tipológico de la influencia sobre el hecho [*Tatprägung*]», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (2), 2021, pp. 150 ss.

OSNABRÜGGE, *Die Beihilfe und ihr Erfolg. Zur objektiven Beziehung zwischen Hilfeleistung und Haupttat in* § *27 StGB*, Duncker & Humblot, Berlin, 2002.

OTTO, *Manual de Derecho penal. Teoría general del Derecho penal*, trad. por Béguelin, Atelier, Barcelona, 2017.

———, «'Vorgeleistete Strafvereitelung' durch berufstypische oder alttägliche Verhaltensweisen als Beihilfe», en ESER/SCHITTENHELM/SCHUMANN (eds.), *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, Beck, München, 1998, pp. 193 ss.

PACHECO, *Estudios de derecho penal: lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid*, Boix, Madrid, 1842-1843.

PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, B de F, Buenos Aires, 2015.

PÉREZ ALONSO, *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*, Comares, Granada, 1998.

PÉREZ DEL VALLE, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2019.

PERINI, «Il consiglio técnico come forma di compartecipazione dell'estrane nei reati propri», *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, (16-3), 2003, pp. 719 ss.

PHLEPS, *Psychische Beihilfe durch Stärkung des Tatentschlusses*, Shaker Verlag, Aachen, 1997.

POLAINO NAVARRETE/POLAINO-ORTS, *Cometer delitos con palabras. Teoría de los actos de habla y funcionalismo jurídico-penal*, Dykinson, Madrid, 2004.

PUPPE, «Der objektive Tatbestand der Anstiftung», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (3), 1984, pp. 101-123.

REDMANN, *Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte*, Duncker & Humblot, Berlin, 2014.

ROBLES PLANAS, «La estructura de la intervención en el delito», *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, (15-30), 2020, pp. 993 ss.

———, «Riesgos penales y asesoramiento jurídico», *Diario La Ley*, (7015), 2008, pp. 1 ss.

———, «Las conductas neutrales en el ámbito de los delitos fraudulentos. Espacios de riesgo permitido en la intervención en el delito», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 17 ss.

———, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Barcelona, 2003.

ROGAT, *Die Zurechnung bei der Beihilfe. Zugleich eine Untersuchung zur Strafbarkeit von Rechtsanwälten nach § 27 StGB*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1997.

ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

———, *Derecho penal. Parte General*, t. II, Civitas, Madrid, 2014.

———, «Was ist Beihilfe», en KÜHNE (ed.), *Festschrift für Koichi Miyazawa*, Nomos, Baden-Baden, 1995, pp. 501 ss.

RUIZ ANTÓN, *El agente provocador en el derecho penal*, EDERSA, Madrid, 1982.

SAMSON, *Cursos causales hipotéticos en el derecho penal. Una contribución sobre la causalidad de la complicidad*, Hammurabi, Buenos Aires, 2003.

SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, Comares, Granada, 2004.

SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices? Contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas*, Civitas, Navarra, 2004.

————, *El encubrimiento como delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «En los límites de la inducción», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (2), 2012, pp. 1 ss.

SATZGER, «Der "*omnimodo facturus*" – und das, was man in jedem Fall dazu wissen muss!», *Juristische Ausbildung*, (10), 2017, pp. 1169 ss.

————, «Teilnehmerstrafbarkeit und "Doppelvorsatz"», *Juristische Ausbildung*, (7), 2008, pp. 514 ss.

SCHAFFSTEIN, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen*, Scientia Verlag, Aalen, 1986.

————, «Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere beir der Beihilfe», en *Festschrift für Richard M. Honig: zum 80. Geburtstag 3. Januar 1970*, Otto Schwartz, Göttingen, 1970, pp. 169 ss.

SCHILD-TRAPPE, *Harmlose Gehilfenschaft? Eine Studie über Grund und Grenzen der Gehilfenschaft*, Stämpfli, Berna, 1995.

SCHLACK, «Überlegungen zur sog. "psychischen Kausalität" am Beispiel des Betruges», *Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag*, Nomos, Baden-Baden, 2019, pp. 795-810.

SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1970.

SCHÜNEMANN, «§ 27», en LAUFHÜTTE/RISSING VAN SAAN/TIEDEMANN, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 12ª ed., 2007, De Gruyter, Berlin, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, «Límites en la responsabilidad por imprudencia (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª de 27 de enero de 1984)», *La Ley*, 1984.

SILVELA, *El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Madrid, 1903.

STEEN, *Die Rechtsfigur des omnimodo facturus. Ein Beitrag zur Abgrenzung von Anstiftung und Beihilfe*, Duncker & Humblot, Berlin, 2011.

STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, Duncker & Humblot, Berlin, 1988.

STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte General. El hecho punible*, Aranzadi, Navarra, 2005.

TRAMONTANO, *Leneamienti di Diritto Penale*, Halley Editrice, 2006.

VOGLER, «Zur Fragne der Ursáchlichkeit der Beihilfe für die Haupttat», en LÜTTGER/BLEI/HANAU, *Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburststag*, De Gruyter, Berlin, 1972, pp. 295 ss.

WATZLAWICK, *No es posible no comunicar*, Herder, Barcelona, 2014.

WEIGEND, «Grenzen strafbare Beihilfe», en ESER (ed.), *Festschrift für Harou Nishihara zum 70. Geburtstag*, Nomos, Baden-Baden, 1998, pp. 197 ss.

InDret
4.2023

Sexo transaccional: aspectos conceptuales y victimológicos a partir de una encuesta en España

Josep M. Tamarit Sumalla
Universitat Oberta de Catalunya y Universitat de Lleida

Irene Montiel Juan
Universitat Oberta de Catalunya

Sumario

Este estudio, basado en una encuesta a una muestra de la población residente en España (n=1.568), aporta conocimiento sobre las características sociodemográficas de las personas que ofrecen sexo transaccional y sus diferencias con las personas no involucradas en estas prácticas, así como las particularidades de las diversas manifestaciones de sexo transaccional: relaciones íntimas transaccionales, sexo transaccional ocasional, sexo virtual transaccional y trabajo sexual habitual. También se indaga la valoración social de estas actividades, su percepción por parte de quienes las practican y la relación entre las mismas y las experiencias de victimización en la infancia y a lo largo de la vida. Los resultados sugieren que la violencia física, psicológica y sexual podría ser más un factor de riesgo para involucrarse en prácticas de sexo transaccional que un riesgo derivado de la participación en estas actividades, aunque es necesaria más investigación al respecto.

Abstract

This study, based on a survey from a sample of the population residing in Spain (n=1.568), provides knowledge about the sociodemographic characteristics of those who offer transactional sex and their differences with people not involved in these practices, as well as the particularities of the various manifestations of transactional sex: intimate transactional relationships, casual transactional sex, transactional virtual sex and sex work. The social evaluation of these activities is also investigated, their perception by those involved and the relationship between these practices and the experiences of victimization in childhood and throughout life. The results suggest that physical, psychological, and sexual violence could be a risk factor for engaging in transactional sex practices more than a risk derived from participating in these activities, but more research is needed.

Title: *Transactional Sex: conceptual and victimological issues from a survey to a sample in Spain*

Palabras clave: Prostitución, Sexo transaccional, Trabajo sexual, Victimización, Victimología, Violencia
***Keywords*:** *Prostitution, Sex work, Transactional Sex, Victimization, Victimology, Violence*

DOI: 10.31009/InDret.2023.i4.08

InDret

4.2023

Recepción
28/07/2023
-
Aceptación
16/10/2023
-

Índice

-

1. Introducción. La cuestión conceptual
2. Estudios previos sobre sexo transaccional
3. Objetivos
4. Metodología
4.1. Procedimiento
4.2. Muestra
4.3. Análisis de datos
5. Resultados
5.1. Experiencias de sexo transaccional
5.2. Co-ocurrencia
5.3. Componentes de las prácticas de sexo transaccional
5.4. Características sociodemográficas de las personas que ofrecen sexo transaccional.
5.5. Percepción y valoración del sexo transaccional
5.6. Victimización
6. Discusión
7. Bibliografía

-

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

1. Introducción. La cuestión conceptual*

Los estudios sobre sexo transaccional y el trabajo empírico respecto a la extensión y características de los fenómenos conocidos como prostitución o trabajo sexual han sido escasos hasta hoy en España. La mayor parte de propuestas político-criminales sobre estas cuestiones está condicionada en gran medida por percepciones ideológicas, políticas o morales, con gran carga emocional, que se expresan en la dicotomía entre el ideal abolicionista y las posiciones partidarias de la regulación del trabajo sexual en vistas a la protección de las personas que lo ejercen[1]. La débil o inexistente base empírica de muchas propuestas y argumentaciones es consecuencia, en buena parte, de la escasez de estudios y de la limitada recepción que ha tenido, incluso en ciertos entornos académicos, la investigación llevada a cabo en otros países.

La bibliografía sobre el tema es extensa. Sin embargo, si nos limitamos a las publicaciones procedentes de Universidades y centros de investigación, se observa que la mayoría de ellas abordan aspectos jurídicos, políticos o filosóficos, con pocos estudios de carácter empírico. Si atendemos sólo a los trabajos de base empírica, predominan los de carácter cualitativo y sorprende la escasez de estudios rigurosos con metodología cuantitativa. KAPPLER[2], refiriéndose a la bibliografía en español, destacó la falta de obras sociológicas, en contraste con la abundancia de trabajos periodísticos. Esta autora constataba que predominan los escritos sensacionalistas, basados en muestras no representativas, en los que se recogen opiniones o anécdotas de los protagonistas, mezcladas con valoraciones personales y morales, lo cual no obsta para que tengan amplia difusión. Asimismo, PONS ANTÓN[3], ha expuesto ejemplos de la proliferación de estudios encargados por instituciones políticas y de manipulación de los datos por parte de representantes políticos o de medios de comunicación. En esta línea, Saiz-Echezarreta[4] ha advertido que se echa en falta un debate menos ideologizado, que no trate el tema como, esencialmente, un asunto de política moral, y LÓPEZ RIOPEDRE[5] ha afirmado que sobra ideología y falta una epistemología de la prostitución. Incidiendo también en los profundos déficits del conocimiento sobre el tema y en los obstáculos para su estudio científico, POZO CUEVAS[6] se ha referido a la abundancia de sesgos normativos y a la dificultad que los investigadores pueden tener para tomar la necesaria distancia respecto a las posiciones políticas.

Este estudio pretende acometer ante todo un reto de carácter conceptual. El concepto prostitución tiene una innegable connotación peyorativa, pues refleja la estigmatización sufrida

---

* Irene Montiel Juan (imontielj@uoc.edu). Estudio realizado en el marco de las actividades del Grupo de investigación consolidado en Victimología Empírica y Aplicada. Agradecemos la colaboración de Alazne Aizpitarte, Laura Arantegui, Marc Balcells, las personas que han ayudado a difundir la encuesta y todas las que han participado en la misma.

[1] MAQUEDA ABREU, «La prostitución: el "pecado" de las mujeres», *Cuadernos electrónicos de Filosofía del derecho*, n. 35, 2017; LANAU/MATOLCSI, «Prostitution and sex work. Who counts? Mapping Local Data to inform Policy and Service Provision», *Social Policy and Society,* 2022, pp. 1-15.

[2] KAPPLER, «Entre dramatismo y el punto ciego: perspectivas sociológicas sobre la prostitución en España», en VILLACAMPA, CAROLINA (coord.), *Prostitución: ¿hacia la legalización?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

[3] Pons Antón, «Condiciones básicas para debatir sobre la legalización», en VILLACAMPA (coord.), *Prostitución: ¿hacia la legalización?*, 2012.

[4] SAIZ-ECHEZARRETA, «Mediatización de las controversias públicas: a propósito de la campaña sobre prostitución Hola Putero», *Revista Mediterránea de Comunicación*, 1, v. 10, 2019, p.p 95-115.

[5] LÓPEZ RIOPEDRE, «Prostitución, etnografía e historias de vida», *Revista Española de Sociología*, 31-1, a94, 2022.

[6] POZO CUEVAS, «Investigar sobre prostitución: complejidad del objeto, marcos analíticos y controversias», *Revista Española de Sociología*, 31(1), a93, 2022.

por esta actividad y las personas que la ejercen[7]. Además, es dudoso si su campo semántico llega a cubrir todas las modalidades de prestación de servicios de carácter sexual a cambio de una compensación de valor económico, como algunas de las formas que se extienden a partir del uso generalizado de las TIC y de ciertas plataformas y redes sociales. El concepto trabajo sexual elimina esta carga estigmatizadora y permite con mayor facilidad captar actividades como danza erótica, masajes eróticos, *stripping*, pornografía o exhibición sexual online, aunque es rechazado por los partidarios de posiciones abolicionistas. Autores como McMillan et al.[8] han mostrado su preferencia por el concepto trabajo sexual, frente a otros, como sexo de pago o *survival sex*.

El recurso al concepto prostitución es común entre quienes muestran un compromiso con las tesis abolicionistas, aunque con frecuencia rehúyen etiquetar como prostitutas a las personas que realizan esta actividad, por las connotaciones estigmatizadoras de la palabra, y se refieren a ellas como "personas en situación de prostitución", calificando como "sistema prostitucional" aquel estado de cosas que debería abolirse[9]. En el polo opuesto se sitúan quienes abogan por el reconocimiento del trabajo sexual y los derechos de las personas que lo ejercen, calificadas como trabajadoras sexuales, cuyas condiciones aspiran a mejorar mediante una regulación de la actividad[10].

Un creciente número de estudios, en el ámbito internacional, utiliza el concepto sexo transaccional y evita los términos prostitución y trabajo sexual. Esta opción se basa en que el concepto prostitución no capta toda la diversidad de situaciones en las que alguien presta servicios sexuales a cambio de una contraprestación (dinero, bienes, drogas o ciertas ventajas). Las notas de habitualidad y promiscuidad, con las que normalmente ha sido caracterizada la prostitución[11], no permiten aplicar este concepto a las relaciones en que los encuentros sexuales no tienen un carácter habitual (*casual relationships*), la persona que ofrece sexo tiene otra actividad principal o es selectiva a la hora de escoger su pareja sexual. También quedarían fuera, probablemente, del campo semántico de la palabra prostitución los supuestos en que alguien accede a una relación sexual no sólo por ánimo de lucro (no se olvide la complejidad de la motivación de las conductas humanas) o no percibe una retribución dineraria prefijada.

Frente a la carga moral del concepto prostitución, que connota corrupción y degradación, la expresión trabajo sexual permite captar, como se ha comentado, algunas prácticas que desbordan aquel concepto. Sin embargo, hay interacciones que no cabe percibir como trabajo y otras en las

---

[7] Maqueda Abreu, «Orden público y prostitución: ¿una relación agotada?», en Colomer Bea (coord.)/Alonso Rimo (dir.), *Derecho Penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana*, Thomson Reuters Aranzadi, 2019. pp. 393-417; Maqueda Abreu, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del derecho*, 35, 2017.

[8] McMillan/Worth/Rawstorne, «Usage of the terms prostitution, sex work, transactional sex and survival sex: their utility in HIV prevention research», *Archives Sex Behavior*, 47, 2018, pp. 1517-1527.

[9] Nuño Gómez/De Miguel Álvarez (dir.)/Fernández Montes (coord.), *Elementos para una teoría crítica del sistema prostitucional*, Comares, Granada, 2017; Ariño Villarroya, *La prostitución en la Comunitat valenciana. Una mirada sociològica*, 2022.

[10] López Riopedre, «Trabajo sexual transnacional: consecuencias de las políticas criminalizadoras de la prostitución y de la crisis económica española sobre las trabajadoras sexuales migrantes», *REDUR*, 14, 2016, pp. 67-86.; Maqueda Abreu, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del derecho*, 35, 2017.; Vasilescu, «Mitos y realidades en torno a la prostitución. Cambiando discursos dando voz a las sin voz», *InDret*, 3, 2017, pp. 1-26.

[11] Llobet Anglí, «¿Prostitución?: ni sí ni no, sino todo lo contrario. Sesgos empíricos, contradicciones de *lege lata* y desaciertos de *lege ferenda*», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 2017, pp. 1-34; González Tascón, «Aspectos jurídico-penales de la explotación sexual de las personas adultas en la prostitución y de otras conductas relacionadas», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 2020.

que, pese a haber habitualidad, no concurre la nota de promiscuidad, como las *sugar relationships*, en las que una persona (*sugar baby*) mantiene una relación de cierta estabilidad con otra que tiene un mayor nivel económico (*sugar daddy o mummy*, normalmente de mayor edad y estatus social) por la que percibe una serie de ventajas, de carácter dinerario o no. Sexo transaccional es un concepto utilizado en diversos estudios realizados en el ámbito internacional, a veces en un sentido amplio y otras para designar estrictamente estas formas de prestación sexual remunerada que escapan a las concepciones clásicas de la prostitución o el trabajo sexual. Entre estas estarían las relaciones íntimas transaccionales duraderas (*sugar relationships*), los encuentros ocasionales de tipo transaccional y las interacciones sexuales online remuneradas.

El lenguaje condiciona la percepción social y la valoración moral y política de estas prácticas, como ha revelado un estudio de HANSEN y JOHANSSON[12], quienes mediante una encuesta sobre la aceptabilidad social de servicios sexuales comerciales han constatado que los sujetos muestran un mayor rechazo cuando se les pregunta aludiendo al término prostitución que cuando se utilizan las expresiones trabajo sexual o sexo transaccional. Ello podría indicar, como ha señalado UPADHAY[13], que conceptos como sexo transaccional o *sugar relationships* se estén utilizando por parte de las personas involucradas como un medio para manejar el estigma asociado a los conceptos de prostitución o incluso trabajo sexual.

En el actual contexto social es de gran interés extender el objeto de la investigación a actividades y situaciones que van más allá de la realidad representada por los conceptos prostitución y trabajo sexual. El estudio que aquí se presenta pretende conocer las características sociodemográficas de las personas involucradas en estas actividades y sus diferencias con las personas no involucradas, así como las particularidades de las diversas manifestaciones de sexo transaccional (relaciones transaccionales, sexo transaccional ocasional, sexo virtual transaccional y trabajo sexual). Además, interesa conocer la valoración social de estas actividades, su percepción por parte de quienes las practican y la relación entre las mismas y las experiencias de victimización en la infancia y a lo largo de la vida.

2. Estudios previos sobre sexo transaccional

La idea de sexo transaccional (ST) fue introducida en 1989 por CALDWELL et al.[14] y ha sido utilizada en el ámbito internacional hasta ser reconocida en un buen número de artículos científicos. Puede considerarse válida en lengua española la traducción literal de *transaccional sex* por sexo transaccional, pese a que la expresión no ha sido divulgada hasta el momento. El estudio de CALDWELL et al. incidió en las diferencias existentes entre África subsahariana y Eurasia en la percepción social de ciertos comportamientos sexuales. Según los autores, en el continente africano han estado siempre normalizadas formas de transacción entre sexo y ventajas económicas que en Europa y Asia escaparían a la tradicional distinción rígida entre las mujeres que se comportan según los cánones de la moral social y las calificadas como prostitutas. El referido estudio estaba orientado esencialmente a plantear los riesgos del sexo transaccional, la

[12] HANSEN/JOHANSSON, «Asking about prostitution, sex work and transaccional sex: Question wording and attitudes toward trading sexual services». *The Journal of Sex Research*, 60-1, 2023, 153-164.
[13] UPADHYAY, «Sugaring: Understanding the World of Sugar Daddies and Sugar Babies», *The Journal of Sex Research*, 58 -6, 2021, pp. 775-785.
[14] CALDWELL/CALDWELL/QUIGGIN «The Social Context of AIDS in sub-Saharan Africa», *Population and Development Review*, 15-2, 1989, pp. 185-234.

poligamia y las relaciones extramaritales para la salud pública respecto a las enfermedades de transmisión sexual.

En posteriores estudios, centrados en su mayor parte en países africanos, se ha acudido al referido concepto para caracterizar formas de intercambio entre sexo y otras prestaciones o ventajas, no necesariamente evaluables económicamente, o intercambios informales, no profesionales e incluso socialmente normativos. En algunos estudios, sobre todo los primeros, predominó un concepto estricto de sexo transaccional, referido a las situaciones que no encajaban en las ideas de prostitución o trabajo sexual[15]. No obstante, se ha ido abriendo paso posteriormente el sentido amplio del concepto, que abarca todos los supuestos de intercambio de sexo por prestaciones, evitando las expresiones prostitución o trabajo sexual[16].

A los efectos de este estudio optamos por una concepción amplia, atendiendo a la evolución de la investigación llevada a cabo en países occidentales y dado que se partirá de la hipótesis de que existen situaciones en que la delimitación entre las diversas conductas es compleja, siendo esta complejidad una de las cuestiones necesitadas de estudio. Además, las connotaciones de los conceptos prostitución, explotación y trabajo sexual, con su dimensión etiquetadora y estigmatizadora o su carga ideológica, actúan como barrera para una adecuada comprensión de una realidad diversa y de las experiencias subjetivas, en especial las relacionadas con la victimización, de las personas involucradas.

Los estudios sobre sexo transaccional, llevados a cabo en un buen número de países (en su gran mayoría de África, América y Europa) se han centrado en la detección de factores de riesgo relacionados con el contagio del VIH o con otros problemas de salud pública o seguridad[17]. La problemática relacionada con el sexo transaccional ha sido estudiada desde diversos enfoques. Por una parte, se ha examinado el impacto que tienen estas interacciones en aquellas personas que aceptan prestar servicios sexuales para poder satisfacer necesidades básicas y, por lo tanto, en condiciones de vulnerabilidad. Esta clase de estudios ha proliferado en países africanos y otros en vías de desarrollo, en que las personas que ofrecen sexo son básicamente mujeres[18]. Algunos de estos estudios se han centrado en los aspectos relacionados con el género, la dependencia de las mujeres respecto a los hombres en las relaciones heterosexuales y la marginación social que sufren ciertas mujeres. Menos abundantes han sido los estudios llevados a cabo en los países desarrollados, donde la disponibilidad de ofrecer sexo a cambio de beneficios relacionados con

[15] STOEBENAU/HEISE/WAMOYI/BOBROVA «Revisiting the understanding of transactional sex in sub-Saharan Africa: A review and synthesis of the literature», *Social Science & Medicine*, 168, 2016, pp. 186-197.; MCMILLAN/WORTH/RAWSTORNE, *Archives Sex Behavior*, 47, 2018, pp. 1517-1527.

[16] JIWATRAM-NEGRON/PEITZMEIER/MEINHART/VASILIOU, «Associations between transactional sex and intimate and non-intimate partner violence: findings from WINGS of hope», *Journal of Family Violence,* 38(4), 2022, pp. 1-13.; ARMSTRONG/SANT/SKALA/WANG/ZHU/LACHOWSKY/CARD/BENOIT/OLAREWAJU/HOGG/MOORE/ROTH,«Factors associated with transactional sex among a cohort of gay, bisexual and other men who have sex with men in Vancouver, Canada», *Sexual Health,* 18(6), 2022, pp. 487-497.; HANSEN/JOHANSSON, «Predicting attitudes towards transactional sex: the interactive relationship between gender and attitudes on sexual behaviour», *Sexuality Research and Social Policy,*19, 2022, pp. 91-104. Estos autores critican las connotaciones negativas de la idea de prostitución.

[17] CALDWELL, John/CALDWELL, Pat/QUIGGIN, *Population and Development Review*, 15(2), 1989, pp. 185-234.; FIELDING-MILLER, /DUNKLE, «Constrained relationship agency as the risk factor for intimate partner violence in different models of transactional sex», *African Journal of AIDS Research*, 16(4), 2018, pp. 283-293.

[18] CHATTERJI/MURRAY/LONDON/ANGLEWICZ, «The Factors Influencing Transactional sex Among Young men and Women in 12 Sub-Saharan African Countries», *Social Biology,* 52(1-2), 2004, pp. 56-72.

necesidades básicas presenta menos diferencias entre hombres y mujeres o relacionadas con la identidad o la orientación sexual[19].

En los estudios publicados cabe apreciar distintos enfoques, lo cual ha llevado a diferenciar tres clases de paradigmas[20]. El "paradigma de la vulnerabilidad" entiende la disposición a ofrecer sexo a cambio de prestaciones a partir de la presión que sienten ciertas personas para poder cubrir sus necesidades básicas. Otro paradigma examina esta disposición como una forma de agencia de algunas personas, sobre todo mujeres, que deciden valerse del sexo como vía para conseguir objetivos, en concreto una ascensión en el estatus social o el acceso a bienes valorados y a los que de otro modo no pueden acceder[21]. Muchas mujeres están dispuestas a ofrecer sexo para escapar de una vivencia de deprivación relativa, al verse privadas de determinados bienes o beneficios, en un contexto de creciente desigualdad social, una cultura basada en el consumo masivo y la dependencia respecto a ciertos bienes no básicos, pero socialmente apreciados, en gran medida relacionados con la tecnología. Un tercer paradigma percibe el sexo transaccional a partir del enraizamiento, en determinados contextos culturales, sobre todo en países con escasos recursos, de concepciones que interpretan la entrega de dinero o regalos como muestra de amor, compromiso o capacidad de hacer frente a necesidades futuras.

Estos enfoques, adoptados en el ámbito de países en desarrollo, es dudoso que sean aplicables a los países occidentales industrializados. En estos la proliferación de esta clase de conductas puede estar más relacionada con la liberalización de las costumbres sexuales, desvinculadas de modo creciente de las relaciones afectivas y del entorno de las relaciones convencionales de pareja, la aceptación social de las relaciones no heterosexuales y el uso masivo de las TIC, en concreto de las redes sociales. Una comparación entre los resultados en países desarrollados y los hallados en países del sur global revela que en estos últimos la oferta de sexo a cambio de prestaciones económicas es un fenómeno muy extendido y que afecta especialmente a la población femenina, mientras que en los países occidentales desarrollados la prevalencia es mucho menor y es tanto o más frecuente en hombres que en mujeres.

Así lo pone de relieve el meta-análisis efectuado por KRISCH et al.[22] a partir de 15 estudios realizados en países de altos ingresos y 22 estudios en países de bajos ingresos. Este estudio de revisión sistemática revela que ni las diferencias de edad ni de estatus económico entre quienes ofertan y demandan sexo a cambio de prestaciones son un elemento sustancial, pero los estudios coinciden en señalar la existencia de factores significativamente asociados a esta actividad, como las enfermedades de transmisión sexual y la depresión, así como haber sufrido victimización infantil (éste último especialmente en mujeres). Un posterior estudio de los mismos autores[23]

[19] BAUERMEISTER/EATON/MEANLEY/PINGEL, «Transactional Sex With Regular and Casual Partners Among Young Men Who Have Sex With Men in the Detroit Metro Area», *American Journal of Men's Health*, 11(3), 2017, pp. 498-507.

[20] STOEBENAU/HEISE/WAMOYI/BOBROVA, *Social Science & Medicine*, 168, 2016, pp. 186-197.

[21] CALDWELL, John/CALDWELL, Pat/QUIGGIN, *Population and Development Review*, 15(2), 1989, pp. 185-234.; GUKURUME, «Transactional Sex and Politics of the Belly at tertiary educational institutions in the era of HIV and AIDS: a case study of great Zimbabwe University and Masvingo Technological College», *Journal of Sustainable Development in Africa*, 13 (3), 2011, pp. 178-193; FIELDING-MILLER/DUNKLE, *African Journal of AIDS Research*, 16(4), 2018, pp. 283-293.

[22] KRISCH/AVERDIJK/VALDEBENITO/EISNER, «Sex Trade Among Youth: A Global Review of the Prevalence, Contexts and Correlates of Transactional Sex Among the General Population of Youth», *Adolescent Research Review*, 4, 2019, pp. 115–134.

[23] Krisch et al, cit.

basado en 39 estudios realizados en 22 países, halló una menor prevalencia de ST en países de altos ingresos (en comparación con los de ingresos bajos o medios) y una mayor presencia de varones que de mujeres entre los vendedores de estos servicios. Los correlatos de la oferta de ST incluían otras actividades sexuales de riesgo, abuso de sustancias, enfermedades de transmisión sexual, problemas de salud mental, ruptura familiar y una historia de victimización. No se encontró que la disposición a ofrecer ST estuviera relacionada con el estatus económico ni con el nivel de estudios.

Asimismo, algunos estudios, como el de SAGAR et al.[24] o el de BLUM et al.[25], han revelado que la oferta de servicios de sexo transaccional es algo común entre estudiantes universitarios de países occidentales. Según el primero de ellos, llevado a cabo en el Reino Unido, un 4,8% de estudiantes habían ofrecido sexo a cambio de una compensación material. El segundo estudio mencionado, realizado en los EUA, halló que un 2,1% de estudiantes había revelado haber recibido una compensación (monetaria o no) por haber realizado un acto sexual. Asimismo, ROBERTS et al.[26], en un estudio con 200 estudiantes de 29 universidades del Reino Unido, hallaron que un 6% había trabajado en alguna rama de la industria del sexo, como *escort*, baile erótico o *striptease*, y que entre los motivos para involucrarse en estas prácticas había que considerar el hedonismo y la aceptación de estas prácticas más que aspectos relacionados con el nivel socioeconómico o una historia de abusos.

Sin embargo, cabe destacar también el estudio de BERG et al.[27], con una amplia muestra de hombres homosexuales en 38 países europeos, que reveló la existencia de diferencias significativas entre quienes ofertan y quienes demandan servicios sexuales, siendo aquéllos más jóvenes, con menores ingresos y con una elevada presencia de personas migrantes. En esta línea cabe destacar también los resultados del reciente estudio de CAUSEVIC et al.[28] en Suecia, país en que la compra y venta de servicios sexuales está legalmente prohibida. Por otra parte, Walters et al.[29], en un estudio en los EUA, han encontrado mayor prevalencia de sexo transaccional entre personas homo y bisexuales que entre heterosexuales.

La investigación victimológica ha examinado si entre las causas que explican la disponibilidad de ciertas personas a ofrecer prestaciones sexuales a cambio de ciertas ventajas está el hecho de haber experimentado victimización, particularmente en la infancia y en la adolescencia. Además de la ya citada revisión de KRISCH et al.[30] y de los ya clásicos estudios de FARLEY[31] en relación con

---

[24] SAGAR/JONES/SYMONS/TYRIE/ROBERTS, «Student involvement in the UK sex industry: motivations and experiences», *The British Journal of Sociology*, 7(4), 2016, pp. 697-718.

[25] BLUM/LUST/CHRISTENSON/OSLAUG/REDDEN/GRANT, «Transactional sexual activity among university students: Prevalence and clinical correlates», *International Journal of Sexual Health*, 30(3), 2018, pp. 271-280.

[26] ROBERTS/JONES/SANDERS, «Students and sex work in the UK: providers and purchasers», *Sex Education*, 13 (3), 2013, pp. 349-363.

[27] BERG/SCHMIDT/WEATHERBURN/THE EMIS NETWORK, «Transactional Sex: Supply and demand among European men who have sex with men (MSM) in the context of local laws», *International Journal of Sexual Health*, 27(3), 2015, pp. 286-302.

[28] CAUSEVIC/SALAZAR/EKSTRÖM, «Prevalence and risk factors for transactional sex among Swedish-born and foreign-born MSM in Sweden», *BMC Public Health*, 22 (2412), 2022.

[29] WALTERS/KRAL/LAMB/GOLDSHEAR/WENGER/BLUTHENTHAL, «Correlates of Transactional Sex and Violent Victimization among Men Who Inject Drugs in Los Angeles and San Francisco, California», *Journal of Urban Health*, 98(1), 2021, pp. 70–82.

[30] KRISCH/AVERDIJK/VALDEBENITO/EISNER, *Adolescent Research Review*, 4, 2019, pp. 115–134.

[31] FARLEY, «Online prostitution and trafficking», *Albany Law Review*, 77(3), 2014, pp.1039-1094.

la prostitución o la revisión de Pereda[32], cabe tener en cuenta los hallazgos de SVEDIN y PRIEBE[33] en Suecia, quienes encontraron que la mayoría de jóvenes involucrados en ST (el 62%) habían experimentado abuso sexual antes de vender sexo, aunque no han faltado estudios que han obtenido resultados de signo contrario, como el de LAVOIE et al.[34] (2010) en Canadá, según el cual no había una relación significativa entre sexo transaccional y previa victimización sexual. Uno de los ámbitos de victimización de mayor interés es el relativo a la violencia en relaciones de pareja, respecto a la cual existen estudios que muestran una asociación significativa entre esta y la oferta de servicios sexuales remunerados, aunque se destaca la necesidad de tener en cuenta la variedad de factores que influyen en la decisión de involucrarse en prácticas de ST[35] .

Menos atención han presentado los investigadores hasta el momento al estudio de los riesgos de victimización asociados a la involucración en estas actividades y a si los mismos están relacionados con las condiciones en que se llevan a cabo. Hay estudios que han mostrado, en otros países, el riesgo de violencia y violencia sexual que sufren las personas que ejercen la prostitución[36], además de la relevancia que tiene el estigma en estas personas[37], que aparece relacionado con la victimización. En España cabe destacar el estudio pionero de BARBERET[38], basado en entrevistas a 24 trabajadoras sexuales en Sevilla y Málaga, que revelaron experiencias de violencia, violaciones o atentados contra la propiedad, que en su mayor parte no denunciaron. Estudios posteriores, también basados en entrevistas, han aportado conocimiento respecto a las condiciones adversas en que las trabajadoras sexuales ejercen su actividad. Destacan especialmente los relacionados con el impacto de las ordenanzas municipales y normas de carácter prohibicionista en este colectivo, que destacan aspectos como la estigmatización, el control policial o las conductas de algunos clientes[39]. Sin embargo, han faltado estudios orientados a conocer la victimización derivada de conductas violentas cometidas por parte de clientes, proxenetas o policía o en sus relaciones íntimas. Tampoco se ha estudiado la victimización en el contexto de otras relaciones transaccionales distintas al trabajo sexual.

Otro aspecto de interés es el impacto del ciberespacio en las relaciones de sexo remunerado, generando nuevas oportunidades de sexo transaccional. El sexo retribuido realizado en pisos por personas que captan sus clientes a través de páginas web o redes sociales ha pasado a representar

---

[32] PEREDA, «Prostitución y victimización: un análisis de riesgo», en TAMARIT/PEREDA (coord.), *La respuesta de la victimología ante las nuevas formas de victimización*, Edisofer BdF, Madrid, Buenos Aires, Montevideo, 2014.

[33] SVEDIN/PRIEBE, «Selling sex in a population-based study of high school seniors in Sweden: Demographic and psychosocial correlates», *Archives of Sexual Behavior*, 36(1), 2007, pp. 21–32.

[34] LAVOIE/THIBODEAU/GAGNÉ/HÉBERT, «Buying and selling sex in Québec adolescents: A study of risk and protective factors», *Archives of Sexual Behavior*, 39, 2010, pp. 1147-1160.

[35] FIELDING-MILLER/DUNKLE, *African Journal of AIDS Research*, 16(4), 2018, pp. 283-293.

[36] MATTHEWS, «La prostitución y la victimización: un análisis realista», TAMARIT (traduc). *Revista General de Derecho Penal*, n. 20, 2013; FARLEY/GOLDING/SCHUCKMAN/MALAMUTH/JARRET, «Comparing sex buyers with men who don't buy sex: new data on prostitution and trafficking», *Journal of Interpersonal Violence,* 2017, pp. 1-25; WALTERS/KRAL/LAMB/GOLDSHEAR/WENGER/BLUTHENTHAL, *Journal of Urban Health*, 98(1), 2021, pp. 70–82.

[37] SANDERS, *Paying for Pleasure. Men who buy Sex*, Cullompton/Devon: William Publishing, 2008.

[38] BARBERET, «Victimización de prostitutas en Sevilla y Málaga». *Boletín Criminológico*, 19, 1996, pp. 1-4.

[39] VARTADEBIAN, «Trabajo sexual en Barcelona. Sobre la gestión municipal del espacio público», *Oñati Socio-Legal Series,* 1(2), 2011, pp. 1-13; VILLACAMPA ESTIARTE/TORRES ROSELL «Políticas criminalizadoras de la prostitución en España: Efectos sobre las trabajadoras sexuales», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología,* 15(06), 2013, pp. 1-40; BARCONS, «Las ordenanzas municipales: entre la regulación y la sanción de la prostitución en España», *Critica penal y poder,* 15, 2018, pp. 90-109; CRUZ MÁRQUEZ /MALDONADO GUZMÁN, «La prostitución desde la perspectiva del control social: principales efectos socio-criminológicos», *Revista Española de Sociología,* 31(1), 2022; LÓPEZ RIOPEDRE, *REDUR*, 14, 2016, pp. 67-86.

la mayoría de la oferta existente. Las oportunidades generadas por las TIC han tenido reflejo en un doble sentido: por una parte, al facilitar el contacto entre personas que luego se encuentran en el espacio físico, y por otra con el cibersexo retribuido, en diversas modalidades. Como han señalado algunos estudios[40] si en una primera fase la industria del sexo se adaptó al entorno digital mediante la captación de clientes, en un segundo momento apareció la oferta de cibersexo, especialmente como respuesta a las restricciones a la movilidad provocadas por la pandemia en 2020. El concepto "ciberprostitución" puede resultar adecuado para referirse a los casos de personas que ya ejercían esta actividad y han pasado a ofrecer servicios sexuales remunerados en el ciberespacio, pero además hay otra realidad, la que muestran plataformas como *Onlyfans, Tumbler o Grindr*[41], entre otras[42], que han tenido un crecimiento enorme a partir de la epidemia, sin olvidar la contribución que han hecho las plataformas de citas y encuentros sexuales a las relaciones de sexo transaccional[43]. Además del crecimiento, algunos autores han destacado que la digitalización del sexo transaccional ha producido una transformación del fenómeno, en aspectos como un mayor nivel de conexión emocional entre el vendedor y el comprador del servicio[44].

Lamentablemente no hay estudios en España que permitan aportar claridad respecto a estas cuestiones. Aun siendo evidente el incremento de la oferta de servicios sexuales remunerados a través de internet en los últimos años, no se dispone de datos fiables respecto a la evolución cuantitativa del fenómeno, en sus diversas variantes[45], ni sobre los riesgos de victimización que supone la práctica del cibersexo transaccional.

Más invisibilizado aún, si atendemos a buena parte de los estudios publicados y a lo que aparece en los medios de comunicación, está el sexo retribuido prestado por hombres o por transgéneros, pese a que no es una realidad que pueda considerarse residual[46]. Estas visiones distorsionadas y simplificadas de una realidad multiforme y compleja han llevado a señalar la existencia de una "mitología de la prostitución"[47].

---

[40] FARLEY, *Albany Law Review*, 77(3), 2014, pp.1039-1094; PRAKASH, «From Brothels to your doorstep: the rise of cyber prostitution», *Mukt Shabd Journal*, 9(4), 2020, pp. 157-166.

[41] BRENNAN, «Cruising for cash: Prostitution on Gindr», *Discours, Context & Media,* 17, 2017, pp. 1-8.

[42] WANGT/DING, «"Business Inquiries are Welcome": Sex Influencers and the Platformization of Non-normative Media on Twitter», *Television & New Media*, 1(18), 2022.

[43] Como indican ARMSTRONG et al. (2021), el creciente uso de internet para encontrar parejas sexuales ha generado un incremento de las relaciones de ST.

[44] Alude a la *girlfriend experience* (a menudo publicitada en las ofertas de sexo retribuido como "trato de novios"), ARIÑO VILLARROYA, 2022.

[45] Pueden verse algunos datos en: PEYRÓ OUTERIÑO/DEL FRESNO GARCÍA/URADA, «Prostitución online Transgénero y Salud Pública. Un Estudio Netnográfico en Tenerife», *Revista internacional de Trabajo Social y Ciencias Sociales,*15, 2018; RODRÍGUEZ BORGES/TORRADO MARTÍN-PALOMINO, «Un estudio sobre el comercio sexual de mujeres y publicidad. El papel de la prensa española», *Vivat Academia,*141, 2017, pp. 93-114; RUBIO ARRIBAS, «Consumo y prácticas sociales ocultas: la prostitución. *Nómadas», Critical Journal of Social and Juridical Sciences*, 34, 2012, pp. 211-226; ARIÑO VILLARROYA, *La prostitución en la Comunitat valenciana. Una mirada sociològica*, 2022.

[46] Según MCCARTHY et al., «Regulating sex work: heterogeneity in legal strategies», *Annual Review Law Soc*, 8, 2012, pp. 255-271, entre un 20 y un 25% de las personas involucradas en el trabajo sexual son hombres. Los estudios sobre ST (en sentido amplio) centrados en países desarrollados revelan que el porcentaje de hombres y de mujeres que venden sexo es similar e incluso algunos estudios muestran que la prevalencia es mayor en hombres que en mujeres (así, BERG et al. 2015).

[47] WEITZER, «The mithology of prostitution: advocacy research and públic policy», *Sex Research and Social Policy*, 7, 2010, pp. 15-29; VASILESCU, *InDret*, 3, 2017, pp. 1-26. Weitzer, advierte que estas distorsiones están favorecidas

La investigación sobre esta temática muestra la necesidad de poner en relación los objetivos de salud pública con los de la política criminal, a partir de los resultados de estudios que abordan la victimización como un problema social de relevancia criminológica y que afecta a la salud pública[48]. Esta opción teórica fundamenta la continuidad de este estudio respecto a la investigación previa que ha revelado la relevancia de variables como el sexo, la orientación sexual y la victimización experimentada a lo largo de la vida como predictores de victimización y otras situaciones problemáticas en la vida adulta[49].

3. Objetivos

El objetivo general de este estudio ha sido aportar conocimiento sobre las características sociodemográficas de las personas involucradas en prácticas de sexo transaccional en España, la valoración social de estas conductas, su percepción por parte de quienes las ofrecen y la relación de las mismas con experiencias de victimización a lo largo de la vida.

Los objetivos específicos son los siguientes:

1. Estudiar las características sociodemográficas de las personas adultas implicadas en situaciones de sexo transaccional y comparar los resultados obtenidos con los de estudios previos realizados en otros países.
2. Determinar si existe una diferencia fenomenológica esencial entre las diversas manifestaciones de sexo transaccional.
3. Conocer las motivaciones de los sujetos para implicarse en prácticas de sexo transaccional.
4. Conocer la valoración o aceptación social atribuida a las prácticas de sexo transaccional y cómo esta percepción influye en la participación en las mismas.
5. Conocer las experiencias de victimización de las personas que han estado involucradas en actividades de sexo transaccional y si existe alguna asociación entre la experimentación de victimización a lo largo de la vida y la implicación en actividades de sexo transaccional.

4. Metodología

4.1. Procedimiento

Se ha elaborado una encuesta con el enunciado "sexo y nuevas relaciones" a través de la herramienta *Qualtrics*, que se ha enviado a la población general a través de Twitter, desde la

por el paradigma de la opresión, que es más una perspectiva política que un enfoque científico sustentado empíricamente. Este paradigma, esencialista y unidimensional, percibe la prostitución como inherentemente violenta (una forma de violación pagada) y se basa en estudios que recurren al sensacionalismo y a la generalización apresurada. Frente a ello, el autor defiende un paradigma polimorfo, sensible a las complejidades, que no considera la violencia como algo endémico del comercio sexual y ve en este una constelación de transacciones, relaciones de poder y experiencias individuales resultado de una distribución diversificada y contingente de las relaciones de subordinación.

[48] PEREDA/TAMARIT, *Victimología teórica y aplicada*, Huygens, Barcelona, 2013.

[49] TAMARIT/MALPICA/MONTIEL, «Relación entre la violencia de pareja y otras formas de victimización: un estudio de clases latentes en población universitaria», *InDret,* 2, 2020; TAMARIT, /PEREDA (coord.), *Violencia y género en las relaciones de pareja*, 2020.

cuenta del grupo de investigación. Además, se ha dado difusión de la encuesta a través de las aulas virtuales de diversas asignaturas de los Grados de Criminología y Derecho de diversas universidades catalanas. La encuesta ha permanecido abierta desde el 15 de julio de 2021 hasta el 31 de enero de 2023.

La participación era voluntaria y anónima, sin que se haya obtenido ningún dato identificativo de las personas informantes. El estudio ha sido aprobado por el Comité de ética de la Universitat Oberta de Catalunya y no se han detectado riesgos para el bienestar o la protección de la intimidad de los participantes.

En cuanto a los instrumentos, se ha diseñado un cuestionario *ad hoc* en el que se ha recogido información respecto a una serie de variables:

a) Circunstancias sociodemográficas de sexo, orientación sexual, edad, nacionalidad, país de residencia, nivel de ingresos, nivel de estudios finalizados, situación laboral y situación familiar.
b) Tipo de práctica de sexo transaccional en la que la persona ha estado involucrada, es decir sexo transaccional ocasional *(¿Has recibido dinero, regalos, o algún otro tipo de compensación a cambio de sexo?*), trabajo sexual habitual (*¿Te dedicas o te has dedicado de forma habitual a ofrecer servicios sexuales a cambio de dinero?),* sexo virtual transaccional (*¿Has ofrecido imágenes sexuales tuyas a través de internet a cambio de dinero? Incluyendo videos o exhibición sexual online, etc.*) y relaciones íntimas transaccionales (*Tengo o he tenido una relación íntima con alguien porque me facilita/aba una vida acomodada (dinero, ropa de marca, viajes, etc.); porque me permite/permitía pagarme los estudios; porqué con él/ella no me hace/hacía falta trabajar; poprque así me puedo/podía permitir cosas que por mi mismo/a no podría lograr).*
c) Características de las parejas sexuales o clientes, forma de contactar con ellas, disponibilidad y selectividad respecto a las mismas y lugares y frecuencia de los contactos.
d) Violencia fisica, psicológica y sexual y otras formas de victimización sufridas que han sido cometidas por sus parejas o clientes o por terceros durante la relación transaccional o a causa de ella.
e) Experiencias de victimización intrafamiliar o de pareja a lo largo de la vida (física, psicológica y sexual).

4.2. Muestra

El número total de personas que ha respondido a la encuesta ha sido 1814, aunque, una vez excluidos los no residentes en España, ha resultado una muestra válida de 1568. El rango de edad comprende entre 18 y 72 años y la media es de 30,4 años (con una desviación de 11,3). En cuanto al sexo, un 75,3% son mujeres y sólo un 23,8% hombres. Hay una distribución bastante equilibrada entre estudiantes y trabajadores, siendo los primeros un 33,9%, los segundos un 28,2%, y un 35,5% manifiesta que estudia y trabaja. Los que trabajan lo hacen en su mayoría a tiempo completo (72,9%) y son asalariados. En cuanto al nivel de estudios, predominan las personas con estudios superiores (72,9%), seguidas de las que tienen estudios secundarios no obligatorios (18,9%). Respecto al nivel de renta, un 32,7% declara ingresos mensuales inferiores a 5.000 euros, lo cual debe ponerse en relación con la elevada representación de estudiantes de

edades jóvenes, y sólo un 4,6% manifiesta recibir una renta mensual superior a 3.000 euros. El porcentaje de personas con una renta inferior a 2.000 euros es de un 80,3%.

Por otra parte, la mayoría de participantes se declara heterosexual (73,9%), siendo un 18% los que manifiestan una orientación bisexual y un 7% homosexual. También son mayoría quienes manifiestan que tienen, en el momento de la encuesta, una relación íntima o de pareja (66,8%), con o sin convivencia, siendo un 1,6% los que declaran tener más de una relación. Un 22% tiene hijos.

Todas estas características sociodemográficas deben ser tenidas en cuenta a la hora de interpretar los resultados, puesto que se trata de una muestra formada mayoritariamente por mujeres, entre 18 y 37 años, con estudios superiores y una renta mensual inferior a 2000 euros.

4.3. Análisis de datos

Para realizar los análisis estadísticos se utilizó el programa *Statistical Package for the Social Sciences* (SPSS v25). Para alcanzar los objetivos establecidos, se realizaron los siguientes análisis univariados y bivariados: (1) análisis de frecuencias, medias aritméticas y desviaciones típicas; (2) tablas de contingencia; (3) análisis $\chi 2$ para contrastar proporciones, residuos estandarizados ajustados y *Odds Ratio* (OR); (4) contraste de medias no paramétrico con *U de Mann-Whitney* y tamaño del efecto (*V de Cramer* o *Phi* según tipo de variable*)*. Sólo los valores de *p* iguales o inferiores a ,05 se consideraron estadísticamente significativos. La variable sexo transaccional general se calculó incluyendo cualquier respuesta afirmativa a alguna de las preguntas sobre prácticas de sexo transaccional (sexo transaccional ocasional, relaciones íntimas transaccionales, trabajo sexual o sexo virtual transaccional). La variable relaciones íntimas transaccionales se calculó incluyendo cualquier respuesta afirmativa a alguna de las preguntas sobre relaciones transaccionales, independientemente del motivo. Las variables sobre la aceptación social percibida hacia las actividades de sexo transaccional se han obtenido calculando las puntuaciones medias según una escala de 1 (nada aceptado) a 5 (muy aceptado), en cada ámbito por separado (social, familiar, país de origen y país de residencia) y en general, creando una variable de aceptación global.

5. Resultados

5.1. Experiencias de sexo transaccional

a. Sexo transaccional ocasional (STO)

Un total de 57 personas (3,7% de las respuestas válidas) ha respondido afirmativamente a la pregunta sobre si ha recibido dinero, regalos u otra clase de compensación a cambio de sexo, experiencia que calificamos como sexo transaccional ocasional (STO). De ellas, la mayoría (30) ha recibido dinero y el resto (19) diversos tipos de compensación. En cuanto a la frecuencia de esta experiencia, se aprecia una gran diversidad de situaciones: 21 personas manifestaron haberlo hecho entre una y tres veces, 13 informaron que entre 4 y 10 veces y el resto (13) lo hicieron en más ocasiones, de forma habitual o incontable. Respecto a los motivos, 9 informaron haberlo hecho por necesidad, 14 para conseguir cosas que de otro modo no habría podido tener, 23 porque le apetecía experimentar y 9 porque le gustaba. Siete informantes indicaron que lo hicieron porque se hallaban bajo el efecto del alcohol o drogas. Sólo 5 personas respondieron que

lo hicieron porque se sintieron presionadas y una porque le forzaron. En su mayoría, los informantes declararon que actuaron por iniciativa propia (56%) o que en unos casos sí y otros no (14,6%). Las personas a las que se ofreció sexo eran, en un 60%, de mayor edad que la persona encuestada.

En su mayoría, quienes tuvieron estas experiencias de sexo transaccional no han valorado negativamente sus efectos: sólo un 28% se sintió mal o muy mal por hacerlo hecho, un 30% se sintió bien o muy bien y un 42% indica que no se sintió ni bien ni mal (*M* = 2,98; *DT* = 1,09; Rg 1-5).

b. Relaciones transaccionales (RT)

Sin embargo, ha sido más elevado el número de encuestados que ha declarado haber estado involucrado en alguna relación íntima de carácter transaccional (RT), un total de 66 (4,2%). De las cuatro preguntas alusivas a esta clase de relaciones (que corresponden a la expresión *sugar relationships*), la que ha obtenido un mayor número de respuestas afirmativas ha sido la de haber mantenido una relación sexual a cambio de una vida acomodada (47), seguida de haberlo hecho para conseguir cosas que de otro modo no hubiera podido permitirse (40), para no tener que trabajar (17) o para poder pagarse los estudios (10). En un 66,1% de casos la relación duró más de un año y en un 72,1% los informantes consideraban que era su relación principal.

c. Trabajo sexual habitual (TS)

El número de personas que se dedican o se han dedicado de forma habitual a prestar servicios sexuales a cambio de dinero, que categorizamos como trabajo sexual (TS), es mucho más reducido: sólo 10 (0,7%) así lo han declarado. La mitad indica que esta ha sido su fuente principal de ingresos. La motivación para ejercer el trabajo sexual (no excluyentes) ha sido de tipo experimental en cinco casos, para conseguir cosas que no habría podido obtener en otros cinco y por necesidad en dos. En ningún caso se ha respondido que ha sido por haber sido forzado/a u obligado/a. Tres personas declaran haberse sentido mal por haberlo hecho, otras tres bien o muy bien y cuatro ni mal ni bien (*M* = 3,01; *DT* = 0,99; Rg 1-5).

d. Sexo virtual transaccional (SVT)

La participación en interacciones online de sexo transaccional (ofrecer imágenes sexuales a cambio de dinero, videos o exhibición sexual online), que caracterizamos como sexo virtual transaccional (SVT) ha sido inferior, con sólo 26 personas que respondieron afirmativamente (1,7%).

e. Sexo transaccional general (STO, RT, TS o SVT)

En total, el número de personas que han manifestado haber estado involucradas en alguna forma de sexo transaccional (STO, RT, TS o SVT) ha sido de 107, lo cual representa un 7,3% de la muestra. Como puede verse en la Tabla 1, el 61,7% de estas personas han practicado relaciones transaccionales (RT), el 43% sexo transaccional ocasional (STO), el 24,3% sexo virtual transaccional (SVT) y el 10,1% reconoce haber dedicarse o haberse dedicado al trabajo sexual de manera habitual (TS).

5.2. Co-ocurrencia

Entre todas las personas que han practicado alguna forma de sexo transaccional (n = 107), un 71% solo ha practicado una de las formas analizadas (39,4% STO, 18,2% RT, 13% SVT), un 21% dos de ellas (12% STO + RT; 5% RT + SVT), un 6% tres (4% STO + RT + TS y 2% RT + TS + SVT) y un 2% las cuatro. Entre quienes han estado involucrados en sexo transaccional ocasional, como puede verse en la Tabla 1, un 41,3% ha participado en relaciones transaccionales (n = 19), un 20,5% en trabajo sexual (n = 9) y un 21,3% en sexo virtual transaccional (n = 10).

Se ha encontrado una co-ocurrencia significativa entre todas las formas de sexo transaccional analizadas, lo que indica que la práctica de cualquiera de ellas incrementa el riesgo de practicar otra. Por ejemplo, entre aquellas personas que han practicado relaciones transaccionales (RT), hay cuatro veces más probabilidades de encontrar personas que han practicado también SVT y 39 veces más probabilidades de encontrar personas que hayan realizado trabajo sexual de forma habitual.

5.3. Componentes de las prácticas de sexo transaccional

Tomando como referencia el total de personas que participaron en alguna situación de sexo transaccional (n=107) y atendiendo a sus respuestas, esta clase de conductas no puede caracterizarse según un patrón prefijado y la transacción económica y el sexo aparecen junto a otros componentes. Si nos centramos en las personas que se involucraron en relaciones íntimas transaccionales (n=66), a quienes se preguntó con mayor detalle sobre este aspecto, un 55,6% respondió que el estatus social o económico era un componente bastante o muy importante de la relación, un 68,4% manifestó que lo fue la compañía, un 55,2% el cariño u un 50,9% el compromiso. Un 64,1% respondió que era bastante o muy importante la exclusividad sexual y un 43,3% la confianza. Otros componentes aparecieron señalados en menor medida como bastante o muy importantes, como el conflicto en un 30,6% y el control en un 30,4%.

5.4. Características sociodemográficas de las personas que ofrecen sexo transaccional

En lo que concierne a las características demográficas de las personas involucradas en prácticas de sexo transaccional (STO, RT, SVO, TS o alguna de ellas), no se ha encontrado una relación estadísticamente significativa con el sexo de los participantes en ninguna de las formas analizadas. Como puede observarse en la Tabla 2, aunque el porcentaje de personas implicadas en alguna forma de sexo transaccional es mayor entre los hombres que entre las mujeres (8,4% frente a 6,8%), el estadístico chi-cuadrado ($\chi 2$) muestra que no hay diferencias significativas en la proporción de hombres y mujeres. La mayor diferencia se observa en el STO, en el que participó un 4,9% de los hombres, frente a un 3,2% de mujeres, aunque no es estadísticamente significativo. Para poder analizar en profundidad esta relación, sería necesario contar con una muestra mayor con una proporción representativa de la población general de hombres y de mujeres.

Sin embargo, y a pesar del tamaño y el sesgo muestral, sí se observan algunas asociaciones significativas en cuanto a la orientación sexual. Entre aquellas personas involucradas en alguna actividad de sexo transaccional (n = 107), el 39,8% se identifican como bisexuales u homosexuales, frente a un 25% entre quienes no se implicaron en ninguna. Como se observa en la Tabla 2, el porcentaje de personas bisexuales u homosexuales que se implican en actividades

Tabla 1. Solapamiento entre las diferentes formas de sexo transaccional

Tipos de implicación en Sexo transaccional	**STO** (f/%)	χ^2 (*p*)	OR [CI]	**RT** (f/%)	χ^2 (*p*)	OR [CI]	**TS** (f/%)	χ^2 (*p*)	OR [CI]	**SVT** (f/%)	χ^2 (*p*)	OR [CI]
Sexo transaccional ocasional (STO; n = 57)		57 (100)		**19 (41.3)**	140.223 (<.001)	20.467 [10.632 - 39.402]	**9 (20.5)**	230.243 (<.001)	361.800 [44.615 - 2933.998]	**10 (21.3)**	95.581 (<.001)	23.885 [10.159 - 56.155]
Relaciones transaccionales (RT; n = 66)	**19 (28.8)**	140.223 (<.001)	20.467 [10.632 - 39.402]		66 (100)		**6 (10.2)**	67.018 (<.001)	39.311 [10.772 - 143.461]	**4 (6.1)**	4.903 (.027)	4.023 [1.346 - 12.031]
Trabajo sexual (TS; n = 10)	**9 (90)**	**230.243 (<.001)**	361.800 [44.615 - 2933.998]	**6 (60)**	**67.018 (<.001)**	39.311 [10.772 - 143.461]		10 (100)		**5 (50)**	111.458 (<.001)	71.100 [19.073 - 265.045]
Sexo virtual transaccional (SVT; n = 26)	**10 (38.5)**	**95.581 (<.001)**	23.885 [10.159 - 56.155]	**4 (15.4)**	**4.903 (.027)**	4.023 [1.346 - 12.031]	**5 (20)**	**111.458 (<.001)**	71.100 [19.073 - 265.045]		26 (100)	
Sexo transaccional general (STO, RT, TS o SVT; n = 107)	**46 (43)**	586.580 (<.001)	23.180 [18.135 - 29.630]	**66 (61.7)**	859.841 (<.001)	34.000 [25.149 - 45.967]	**10 (10.1)**	123.242 (<.001)	16.202 [13.249 - 19.814]	**26 (24.3)**	320.979 (<.001)	17.704 [14.328 - 21.874]

Note: f = frecuencia, % = porcentaje; χ2 = Chi-Square; *p* = significación; OR = Odds Ratio; CI = Intervalo de confianza

Tabla 2. Distribución de las variables sexo, orientación sexual y percepción sobre el sexo transaccional en cada forma de sexo transaccional

		Sexo (n = 1517)				Orientación sexual (n = 1449)				Percepción sexo transaccional (n = 1338)			
Tipos de implicación en Sexo transaccional	Total (*f*/%)	Hombre (*f*/%)	Mujer (*f*/%)	χ^2 (*p*)	OR [CI]	Bisexual / homosexual / otro (*f*/%)	Heterosexual (*f*/%)	χ^2 (*p*)	OR [CI]	No es prostitución (f/%)	Es prostitución (f/%)	χ^2 (*p*)	OR [CI]
Muestra total	1568 (100)	373 (23.8)	1181 (75.4)	-	-	397 (26.1)	1124 (73.9)	-	-	184 (13.6)	1170 (86.4)	-	-
Sexo transaccional ocasional (STO)	57 (3.7)	18 (4.9)	37 (3.2)	1.810 (.179)	-	18 (4.5)	38 (3.4)	0.804 (.370)	-	**17 (9.2)**	24 (2.1)	**25.581 (<.001)**	**4.861 [2.557 - 9.238]**
Relaciones transaccionales (RT)	66 (4.5)	14 (4)	49 (4.5)	0.033 (.857)	-	22 (5.8)	41 (3.8)	2.167 (.141)	-	**19 (10.6)**	37 (3.2)	**19.250 (<.001)**	**3.575 [2.007 - 6.369]**
Trabajo sexual (TS)	10 (0.7)	3 (0.9)	6 (0.5)	0.439 (.454)	-	3 (0.8)	7 (0.7)	0.077 (.727)	-	3 (1.7)	6 (0.5)	1.648 (.199)	-
Sexo virtual transaccional (SVT)	26 (1.8)	7 (2)	18 (1.6)	.054 (.816)	-	**14 (3.6)**	11 (1)	**10.172 (.001)**	**3.684 [1.658 - 8.187]**	5 (2.7)	18 (1.5)	0.712 (.399)	-
Sexo transaccional general (STO, RT, TS o SVT)	107 (7.3)	29 (8.4)	75 (6.8)	0.728 (0.394)	-	**41 (10.8)**	62 (5.8)	**9.949 (.002)**	**1.972 [1.304 - 2.982]**	**29 (16.1)**	63 (5.4)	**26.061 (<.001)**	**3.338 [2.083 - 5.349]**

Note: f = frecuencia, % = porcentaje; χ2 = Chi-Square; *p* = significación; OR = Odds Ratio; CI = Intervalo de confianza

de sexo transaccional en general, así como en SVT, es significativamente mayor que el de personas heterosexuales (10,8% vs 5,8% y 3,6% vs. 1%, respectivamente). La probabilidad de involucrarse en actividades de sexo transaccional es entre una y tres veces mayor entre aquellas personas que se definen como bisexuales u homosexuales que entre las que se definen como heterosexuales ($\chi^2_{(1,1449)} = 9.949$, $p = .002$; OR = 1.972 [1.304-2.982]).

Por otra parte, en la Tabla 3 se observa que mientras el nivel de estudios completados no presenta una asociación significativa con la práctica de actividades de sexo transaccional de ningún tipo, el nivel de ingresos sí. La distribución de ingresos entre los que han practicado alguna forma de sexo transaccional y los que no es muy similar, excepto la proporción de los que ingresan menos de 500 euros, que es significativamente menor en el grupo de las personas involucradas. Concretamente, esto se observa entre los que han practicado STO o RT frente a los que no han participado en estas prácticas, aunque en el último supuesto la proporción de aquellos que ingresan entre 1000 y 2000 euros es mayor en el grupo de los que han practicado RT que en el de aquellos que no lo han hecho.

Por otro lado, la distribución de ingresos entre los que han practicado trabajo sexual habitual y los que no es muy similar, excepto la proporción de quienes ingresan más de 3000 euros, que es significativamente mayor en el grupo de los que han practicado TS. Sin embargo, en el caso del SVT, la distribución de ingresos entre los que se han involucrado en esta práctica y los que no lo han hecho no difiere significativamente.

Finalmente, respecto a la edad, se observan diferencias estadísticamente significativas en distintos sentidos, como muestra la Tabla 4. La media de edad es mayor en aquellas personas que se implican en actividades de sexo transaccional en general (concretamente en STO y en RT) que en las que no se implican, pero es menor en aquellas personas que han participado en SVT que en aquellas que no lo han hecho, aunque esta última diferencia no resulta estadísticamente significativa.

5.5. Percepción y valoración del sexo transaccional

La mayoría de las personas encuestadas no perciben las conductas de sexo transaccional como algo esencialmente diferenciado de la prostitución. Un 79,5% considera que ofrecer sexo a cambio de dinero debe entenderse siempre como prostitución, frente a un 12,5% que responde negativamente y un 8% que opina que ello depende de las circunstancias. La encuesta permitía indicar cuáles son las circunstancias y se aprecia una gran variabilidad en las respuestas. Se han comparado las respuestas de quienes han estado involucrados en alguna situación de sexo transaccional (STO, SVT, RT o TS) con las de quienes no han participado en estas prácticas y se han encontrado diferencias. Los primeros tienden a diferenciar más el sexo transaccional de la prostitución, aunque siguen siendo mayoría (un 58,9%) quienes consideran asimilables ambas prácticas, mientras un 27,1% entiende que son cosas distintas y un 14% responde que depende de las circunstancias. Entre las personas no involucradas, se ha recogido un 81,2% de respuestas afirmativas, un 11,2% de negativas y un 7,6% que se inclinan por la respuesta ambigua. Como puede verse en la Tabla 2, la probabilidad de implicarse en actividades de sexo transaccional en general es entre dos y cinco veces mayor entre aquellos que opinan que no es prostitución que entre los que opinan que sí lo es ($\chi^2_{(1,1338)} = 26.061$, $p < .001$; OR = 3.338 [2.083-5.349]).

Tabla 3. Distribución de las variables nivel de ingresos y de estudios completados en cada forma de sexo transaccional

		Nivel ingresos							Nivel estudios						
Tipos de implicación en Sexo transaccional	Total (*f*/%)	Menos de 500 ϵ (*f*/%)	500 - 1000 ϵ (*f*/%)	1000 - 2000 ϵ (*f*/%)	2000 - 3000 ϵ (*f*/%)	Más de 3000 ϵ (*f*/%)	χ^2 (*p*)	*V* (*p*)	Obligatorios incompletos (*f*/%)	Primaria obligatoria (*f*/%)	Secundaria obligatoria (f/%)	Secundaria no obligatoria (f/%)	Educación superior (f/%)		*V* (*p*)
Muestra total	1568 (100)	495 (32.7)	230 (15.2)	491 (32.4)	229 (15.1)	69 (4.6)	-	-	3 (0.2)	10 (0.7)	113 (7.4)	289 (18.9)	1114 (72.9)		
Sexo transaccional ocasional (STO)	57 (3.7)	9 (16.1)*	7 (12.5)	23 (41.1)	12 (21.4)	5 (8.9)	**10.635 (.031)**	0.084 (.031)	0 (0)	0 (0)	3 (5.3)	14 (24.6)	40 (70.2)	1.874 (.759)	0.035 (.759)
Relaciones transaccionales (RT)	66 (4.5)	10 (15.2)*	11 (16.7)	30 (45.5)**	9 (13.6)	6 (9.1)	**13.014 (.011)**	0.095 (.011)	0 (0)	0 (0)	6 (9.1)	8 (12.1)	52 (78.8)	2.865 (.581)	0.045 (.581)
Trabajo sexual (TS)	10 (0.7)	1 (10)	0 (0)	5 (50)	1 (10)	3 (30)**	**18.001 (.001)**	0.112 (.001)	0 (0)	0 (0)	1 (10)	1 (10)	8 (80)	.669 (.955)	0.022 (.955)
Sexo virtual transaccional (SVT)	26 (1.8)	7 (28)	3 (12)	10 (40)	3 (12)	2 (8)	1.530 (.821)	0.033 (.821)	0 (0)	0 (0)	2 (7.7)	6 (23.1)	18 (69.2)	.528 (.971)	0.019 (.971)
Sexo transaccional general (STO, RT, TS o SVT)	107 (7.3)	18 (17.1)*	18 (17.1)	41 (39)	20 (19)	8 (7.6)	**13.151 (.011)**	0.096 (.011)	0 (0)	0 (0)	8 (7.5)	20 (18.7)	79 (73.8)	1.069 (.899)	0.027 (.899)

Note: f = frecuencia, % = porcentaje; χ2 = chi-cuadrado; *p* = significación; V = V de Cramer tamaño del efecto; *p* = significación; * Residuos ajustados estandarizados < −1.96; **Residuos ajustados estandarizados > 1.96.

Tabla 4. Diferencias de edad, nivel de aceptación y frecuencia de victimización intrafamiliar o de pareja a lo largo de la vida entre quienes han practicado sexo transaccional y los que no

	Muestra total (n = 1568)		Sexo transaccional ocasional (n = 57)			Relaciones transaccionales (n = 66)			Trabajo sexual (n = 10)			Sexo virtual transaccional (n = 26)			Sexo transaccional general (n = 107)		
	M (DT)	*Min.-Máx.*	*M (DT)*		*z (p)*	*M (DT)*		*z (p)*	*M (DT)*		*z (p)*	*M (DT)*		*z (p)*	*M (DT)*		*z (p)*
			Si	*No*		*Si*	*No*		*Si*	*No*		*Si*	*No*		*Si*	*No*	
Edad	30.45 (11.28)	18 - 72	**34.10 (12.70)**	30.27 (11.19)	**-2.375 (.018)**	**35.16 (11.73)**	30.30 (11.27)	**-3.816 (< .001)**	34.80 (11.43)	30.47 (11.34)	-1.544 (.123)	27.27 (6.99)	30.58 (11.35)	0.890 (.373)	**33.73 (12.04)**	30.27 (11.24)	**-3.286 (.001)**
Aceptación contexto social	1.96 (1.04)	1 - 5	**2.59 (1.17)**	1.94 (1.03)	**-3.953 (< .001)**	**2.45 (1.05)**	1.93 (1.03)	**-4.223 (< .001)**	2.50 (1.08)	1.94 (1.03)	-1.782 (.075)	**2.73 (1.19)**	1.95 (1.03)	**-3.570 (< .001)**	**2.55 (1.11)**	1.91 (1.01)	**-6.110 (< .001)**
Aceptación contexto familiar	1.31 (0.68)	1 - 5	1.61 (1.04)	1.30 (0.67)	-1.831 (.067)	1.41 (0.83)	1.30 (0.66)	-0.722 (.471)	**2.20 (1.32)**	1.30 (0.66)	**-3.287 (.001)**	**1.58 (0.95)**	1.31 (0.68)	**-2.029 (.042)**	1.48 (0.91)	1.30 (0.65)	-1.711 (.087)
Aceptación país origen	2.60 (1.16)	1 - 5	2.80 (1.24)	2.59 (1.16)	-1.140 (.254)	2.55 (1.23)	2.60 (1.16)	0.497 (.619)	2.30 (1.34)	2.61 (1.16)	0.967 (.333)	2.58 (1.21)	2.60 (1.16)	0.165 (.869)	2.63 (1.22)	2.60 (1.16)	-0.154 (.877)
Aceptación país residencia	2.62 (1.14)	1 - 5	2.85 (1.19)	2.61 (1.14)	-1.326	2.58 (1.19)	2.62 (1.14)	0.411 (.681)	2.70 (1,25)	2.63 (1.14)	-0.140 (.889)	2.65 (1.13)	2.62 (1.14)	-0.120 (.905)	2.66 (1.18)	2.62 (1.14)	-0.252 (.801)
Aceptación global	2.12 (0.77)	1 - 5	2.46 (0.78)	2.11 (0.76)	-3.097 (.002)	2.24 (0.76)	2.11 (0.76)	-1.355 (.176)	2.42 (0.96)	2.12 (0.76)	-1.054 (.292)	2.38 (0.81)	2.12 (0.76)	-1.725 (.085)	2.33 (0.77)	2.10 (0.76)	-2.949 (.003)
Victimización física	1.69 (1.00)	1 - 5	1.79 (1.09)	1.69 (0.99)	-.470 (.638)	1.89 (1.14)	1.69 (0.99)	-1.164 (.244)	1.50 (0.85)	1.70 (1.00)	-.564 (.573)	2.08 (1.32)	1.69 (0.99)	-1.451 (.147)	**1.95 (1.15)**	1.68 (0.99)	**-2.239 (.025)**
Victimización psicológica	2.00 (1.27)	1 - 5	1.95 (1.23)	2.01 (1.27)	.126 (.900)	**2.48 (1.41)**	1.99 (1.26)	**-2.656 (.008)**	1.70 (1.06)	2.01 (1.27)	.613 (.540)	2.48 (1.45)	1.99 (1.27)	-1.912 (.056)	**2.38 (1.37)**	1.98 (1.26)	**-2.969 (.003)**
Victimización sexual	1.37 (0.77)	1 - 5	1.57 (0.94)	1.36 (0.76)	-1.546 (.122)	1.55 (0.88)	1.36 (0.76)	-1.925 (.054)	1.10 (0.32)	1.37 (0.77)	1.020 (.308)	1.40 (0.76)	1.37 (0.77)	-.253 (.800)	**1.52 (0.86)**	1.36 (0.76)	**-2.059 (.039)**

Note: M = media aritmética; DT = desviación típica; *p* = significación; z = estadístico de contraste estandarizado

En cuanto a la valoración social del sexo transaccional, si atendemos a la opinión de la mayoría de las personas encuestadas, existe un amplio rechazo social de estas prácticas. Un 75,1% opina que están poco o nada aceptadas en su círculo social y de amistades, frente a un 11,3% que cree que son poco o muy aceptadas y un 13,6% que percibe indiferencia. Mayor aún es el rechazo percibido en el ámbito familiar, llegando a un 93,7% los que entienden que están poco o nada aceptadas. El rechazo es menor cuando se pregunta sobre la aceptación en el país de residencia (España), con un 55,5% que ha indicado la opción de poco o nada aceptado. La valoración percibida es similar respecto al país de origen de los encuestados (55,8%).

Para poder conocer la valoración de las personas que han estado involucradas en sexo transaccional y compararlas con la muestra de sujetos no participantes en las mismas, se han comparado las puntuaciones medias de ambos grupos mediante pruebas no paramétricas, para cada forma de sexo transaccional. Solo se han observado diferencias estadísticamente significativas en el caso de la aceptación social y familiar, mientras que las medias en aceptación atribuida al país de origen o de residencia no difieren entre los grupos. Como se observa en la Tabla 4, aquellos que han realizado alguna forma de sexo transaccional, pese a haber informado que perciben una escasa aceptación social, le atribuyen una mayor aceptación por parte de su contexto social que aquellos que nunca se han implicado en actividades de sexo transaccional (z-value = −6,110, p < ,001). Así, mientras la media de aceptación social en el primer caso es de un 2,55 (DT = 1,11) entre las amistades, en el grupo de sujetos no involucrados la media de aceptación es significativamente menor de 1,91 (DT = 1,01) Lo mismo se observa entre quienes practican SVT, RT y STO.

Respecto a la aceptación atribuida al contexto familiar, llama la atención el menor rechazo percibido en el entorno familiar por las personas que han practicado trabajo sexual habitual (M = 2,2; DT = 1,32, frente a M = 1,3; DT = 0,66) y SVT (M = 1,58; DT = 0,95, frente a M = 1,31; DT = 0,68) en comparación con los sujetos que no la han practicado, siendo la diferencia estadísticamente significativa (z-value = −3,287, p = ,001; z-value = −2,029, p = ,042, respectivamente).

5.6. Victimización

La mayoría de las personas que han practicado sexo transaccional ocasional no ha experimentado agresiones físicas relacionadas con esta clase de situaciones (74%), pero un 12% manifiesta haberlas sufrido una vez, un 12% varias veces y un 2% muchas veces. Estos hechos en general no fueron denunciados (84,6%). También son mayoría (68%) quienes declaran no haber sufrido violencia psicológica (amenazas, insultos, humillaciones o acoso), aunque un 16% sufrió estas experiencias una vez, un 14% varias veces y un 2% muchas. Muy similares fueron los resultados respecto a agresiones sexuales o contactos sexuales no consentidos: un 66% no tuvo esta clase de experiencias, un 18% una vez, un 12% algunas veces y un 2% muchas. Tampoco los casos de violencia sexual y los de violencia psicológica fueron en general denunciados (93,3% y 93,8% respectivamente).

La violencia física y sexual está menos presente en las relaciones transaccionales que en el STO. Un 87,3% de quienes han participado en ellas han manifestado que no sufrieron agresiones físicas, frente a un 6,3% que las padecieron una vez y un 6,3% algunas veces. En cuanto a la violencia sexual, un 72% no experimentó, mientras que un 18% la sufrió una vez, un 8,2% algunas veces y un 1,6% muchas veces. Sin embargo, el porcentaje de informantes que experimentó

violencia psíquica es más elevado que en el STO (42,6% frente a 32%), con un 8,2% que la sufrió una vez, un 16,4% algunas veces y un 18,1% bastantes o muchas veces, frente a un 57,4% que no padeció este tipo de victimización. De las diez personas que practican o han practicado trabajo sexual de manera habitual, tres han manifestado haber sufrido violencia física, dos violencia psicológica y dos violencia sexual. Como resumen, destaca la prevalencia de violencia sexual en el sexo transaccional ocasional (34%), la violencia psicológica en las relaciones transaccionales (43%) y la violencia física en el trabajo sexual habitual (30%). En la gran mayoría de los casos, los hechos no fueron denunciados.

Poniendo en relación la victimización experimentada durante las prácticas de sexo transaccional y aquella sufrida en la infancia (hasta los 18 años), se han observado asociaciones estadísticamente significativas entre la violencia física en la infancia (hasta los 18 años) y la victimización psicológica experimentada en una relación transaccional ($\chi2_{(1,61)}$ = 3,531; p = ,044; Phi = 0,278; OR = 3,544 [1,096 – 11,465]). Lo mismo sucede entre la violencia psicológica en la infancia (hasta los 18 años) y la violencia psicológica experimentada con ocasión del STO ($\chi2_{(1,50)}$ = 3,565; p = ,036; Phi = 0.317; OR = 4,511 [1,147 – 17,749]) o de una RT ($\chi2_{(1,61)}$ = 9,120, p = ,003; Phi = 0,422; OR = 7,000 [2,065 – 23,734]).

Respecto a la victimización intrafamiliar o de pareja experimentada a lo largo de la vida (Tabla 5), se observa en la muestra general una mayor prevalencia de violencia psicológica (45,2%), siendo menor la violencia física (38%) o sexual (22,3%). Los principales perpetradores de la violencia física, según los informantes, fueron el padre (35,4%), la madre (32,5%), la expareja (31%) o la pareja (18,7%). En el caso de la violencia psicológica, la expareja (44%), el padre (26,3%), la pareja (24,3%) o la madre (22,7%). La violencia sexual fue perpetrada principalmente por la expareja (38,1%), la pareja (19,2%), un hermano/a (3,8%) o un abuelo/a (3,8%).

Se han hallado asociaciones estadísticamente significativas entre la violencia psicológica y sexual experimentada a lo largo de la vida y la involucración en alguna práctica de sexo transaccional. Como se observa en la Tabla 5, las personas que han sufrido violencia psicológica o sexual en algún momento de su vida tienen mayor probabilidad de haberse implicado en alguna actividad de sexo transaccional que aquellos que no han sufrido victimización. La asociación es también significativa entre la violencia psicológica y la involucración en RT. Esto es, el porcentaje de personas implicadas en actividades de sexo transaccional entre quienes han sido víctimas de violencia psicológica o sexual es significativamente mayor que entre aquellos que no han sufrido violencia psicológica o sexual (un 8,4% y un 9%, respectivamente, entre las personas victimizadas frente a un 4,9% y un 5,8%, respectivamente, entre las personas no victimizadas).

Se ha analizado también la asociación entre la práctica de sexo transaccional y la victimización en la infancia (hasta los 18 años de edad), sin que, en principio, se hayan encontrado resultados estadísticamente significativos (Tabla 5). Sin embargo, al efectuarse el análisis de modo separado atendiendo a las distintas etapas vitales (etapa infantil hasta los 12 años y adolescencia de 13 a 18), se han observado diferencias dignas de mención. Las diferencias son significativas cuando la comparación se efectúa entre quienes padecieron violencia psicológica sólo antes de los 12 años, entre los 13 y los 18, tanto en infancia como adolescencia y sólo en la edad adulta, observándose una mayor implicación en RT entre aquellos que sufrieron violencia psicológica tanto en la etapa infantil como en la adolescente en comparación con los demás grupos, es decir de forma prolongada o repetitiva ($\chi2_{(1,61)}$ = 13,952; p = ,003; V = 0,098). El mismo resultado se obtiene respecto a la victimización física y sexual, aunque la asociación no llega a ser estadísti-

Tabla 5. Distribución de las variables de victimización sufrida durante el sexo transaccional, a lo largo de la vida y en la infancia para cada forma de sexo transaccional

		Victimización en ST			Victimización a lo largo de la vida												Victimización en la infancia (hasta 18 años)											
Tipos de implicación en Sexo transaccional	Total (*f*/%)	Física (f/%)	Psicológica (f/%)	Sexual (f/%)	Física (*f*/%)				Psicológica (*f*/%)				Sexual (*f*/%)				Física (*f*/%)				Psicológica (*f*/%)				Sexual (*f*/%)			
					Sí	No	χ2 (p)	OR [CI]	Sí	No	χ2 (p)	OR [CI]	Sí	No	χ2 (p)	OR [CI]	Sí	No	χ2 (p)	OR [CI]	Sí	No	χ2 (p)	OR [CI]	Sí	No	χ2 (p)	OR [CI]
Muestra total	1568 (100)	-	-	-	545 (38)	889 (62)	-	-	643 (45.2)	778 (54.8)	-	-	312 (22.3)	1085 (77.7)	-	-	400 (25.5)	1168 (74.5)	-	-	385 (24.6)	1183 (75.4)	-	-	209 (13.3)	1359 (86.7)	-	-
Sexo transaccional ocasional (STO)	57 (3.7)	13 (26)	16 (32)	**17 (34)**	17 (3.1)	25 (2.8)	0.030 (.749)	-	19 (3)	23 (3)	0.000 (1)	-	13 (4.2)	29 (2.7)	1.378 (.188)	-	14 (3.5)	43 (3.8)	0.015 (.904)	-	12 (3.1)	45 (3.9)	0.326 (.568)	-	11 (5.3)	46 (3.5)	1.143 (.285)	-
Relaciones transaccionales (RT)	66 (4.5)	8 (12.7)	**26 (42.6)**	17 (27.9)	23 (4.2)	31 (3.5)	0.319 (.478)	-	**31 (4.8)**	21 (2.7)	**3.914 (.046)**	**1.826 [1.039 - 3.210]**	17 (5.4)	34 (3.1)	3.063 (.060)	-	17 (4.3)	49 (4.6)	0.027 (.869)	-	19 (4.9)	47 (4.4)	0.098 (.754)	-	9 (4.3)	57 (4.6)	0.000 (1.000)	-
Trabajo sexual (TS)	10 (0.7)	**3 (30)**	2 (20)	2 (20)	3 (0.6)	7 (0.8)	0.039 (.750)	-	4 (0.6)	6 (0.8)	0.000 (.987)	-	1 (0.3)	9 (0.8)	0.312 (.702)	-	2 (0.5)	8 (0.8)	0.033 (.856)	-	1 (0.3)	9 (0.8)	0.685 (.408)	-	0 (0)	10 (0.8)	0.721 (.396)	-
Sexo virtual transaccional (SVT)	26 (1.8)	-	-	-	12 (2.2)	13 (1.5)	0.690 (.306)	-	16 (2.5)	9 (1.2)	2.882 (.068)	-	6 (1.9)	19 (1.8)	0.000 (.810)	-	10 (2.5)	16 (1.5)	1.198 (.274)	-	9 (2.3)	17 (1.6)	0.603 (.437)	-	5 (2.4)	21 (1.7)	0.217 (.641)	-
Sexo transaccional general (STO, RT, TS o SVT)	107 (7.3)	-	-	-	44 (8.1)	50 (5.6)	2.921 (.078)	-	**54 (8.4)**	38 (4.9)	**6.610 (.009)**	**1.785 [1.163 - 2.742]**	**28 (9)**	63 (5.8)	**3.993 (.046)**	**1.599 [1.005 - 2.544]**	35 (32.7)	72 (67.3)	1.363 (.243)	-	33 (8.6)	74 (6.9)	0.953 (.329)	-	19 (9.1)	88 (7)	0.833 (.361)	-

Nota: f = frecuencia, % = porcentaje; χ2 = Chi-Square; *p* = significación; OR = Odds Ratio; CI = Intervalo de confianza

camente significativa (p = ,099). De los implicados en sexo transaccional en general, el 36,4% había sufrido violencia física, el 35,2% violencia psicológica y el 14,3% violencia sexual.

6. Discusión

Los resultados del estudio han aportado elementos válidos para avanzar en el conocimiento de las distintas prácticas de sexo transaccional y del perfil de las personas involucradas. Ante todo, el hecho de que solo una pequeña proporción de personas que han participado en STO o RT (entre un 10% y un 20%), manifiesten haber practicado trabajo sexual de manera habitual refuerza la tesis de que nos encontramos ante fenómenos diferentes. Sin embargo, el nivel significativo de co-ocurrencia entre las cuatro formas de ST examinadas y la conciencia, por parte de una buena parte de las personas involucradas, de que las diversas prácticas no difieren sustancialmente del trabajo sexual, obligan a reconocer la existencia de una relación estrecha entre estas prácticas.

Atendiendo a las características sociodemográficas de las personas implicadas en algún tipo de práctica de sexo transaccional, se han hallado ciertas características diferenciales respecto al resto de la muestra, como una mayor participación de personas homosexuales o bisexuales, especialmente en SVT y ST en general. También resulta destacable que no existan diferencias sustanciales entre hombres y mujeres, a pesar de la tendencia a una mayor implicación de los hombres en todas las formas de ST, excepto las RT. Teniendo en cuenta que en la muestra de estudio están sobrerrepresentadas las mujeres, es posible que si el número de hombres informantes fuera mayor las diferencias serían estadísticamente significativas. En cualquier caso, el hallazgo permite poner en tela de juicio la idea estereotipada que asocia la oferta de sexo transaccional con las mujeres, lo cual es consistente con los estudios previos que muestran una relevante presencia de hombres entre quienes ofrecen estos servicios en países de Europa occidental, a diferencia de lo que sucede en los países en desarrollo[50].

Sin embargo, ha resultado poco relevante el nivel de estudios completados y las diferencias halladas en el nivel de ingresos sugieren un estatus económico medio entre quienes practican sexo transaccional, lo cual apunta a que estos factores resultarían poco determinantes en la decisión de ciertas personas de involucrarse en estas prácticas. Esta conclusión se ve reforzada por las respuestas de los informantes sobre los motivos de tales conductas. También estos resultados se encuentran en línea con los obtenidos en otros estudios[51] respecto a la escasa relevancia que tienen los factores relacionados con las necesidades económicas y a la incongruencia, en los países europeos, entre la realidad y la idea representada por una mujer ofreciendo sexo a hombres heterosexuales adinerados, a diferencia de lo que ha mostrado la investigación en países menos desarrollados. Con todo, estas conclusiones deben apuntarse con cautela, puesto que no sabemos si los ingresos declarados por los informantes provienen o no precisamente de las prácticas de sexo transaccional y la mitad de las personas que han ejercido trabajo sexual manifiesta que esta era su principal fuente de ingresos.

En este sentido, los resultados no guardan sintonía con los de aquellos estudios que han hallado una mayor prevalencia de prácticas de sexo transaccional entre los más jóvenes, con menos

[50] BERG/SCHMIDT/WEATHERBURN/The EMIS Network, *International Journal of Sexual Health*, 27(3), 2015, pp. 286-302; KRISCH/AVERDIJK/VALDEBENITO/EISNER, *Adolescent Research Review*, 4, 2019, pp. 115–134.

[51] ROBERTS/JONES/SANDERS, *Sex Education*, 13 (3), 2013, pp. 349-363; KRISCH/AVERDIJK/VALDEBENITO/EISNER, *Adolescent Research Review*, 4, 2019, pp. 115–134.

ingresos y menor nivel de estudios[52] (aunque con una muestra limitada a hombres que tienen sexo con hombres). Por ello, es digno de atención que entre quienes han ofrecido STO y RT estén menos representadas las personas con menos ingresos; entre los que han participado en RT, además, estén más representados las personas de ingresos medios; y entre los que han realizado trabajo sexual aparezcan más representadas las personas con ingresos más altos. En el contexto de una muestra con un nivel medio de ingresos poco elevado y mucha presencia de estudiantes universitarios, ello apunta a que el recurso al sexo transaccional podría ser para ciertas personas jóvenes, como han indicado otros estudios[53] un medio regular de obtención de recursos económicos, ya que los ingresos parecen ser mayores entre quienes se implican en estas prácticas. Sin embargo, serían necesarios ulteriores estudios empíricos con muestras mayores y representativas de la población general para poder establecer conclusiones sobre los perfiles sociodemográficos de las personas que se implican en sexo transaccional.

La elevada prevalencia entre personas no heterosexuales, la irrelevancia de las diferencias de sexo, junto con la diversidad de motivaciones declaradas por quienes han tenido experiencias de sexo transaccional o la inexistencia de un perfil común entre los participantes en prácticas de STO y en RT, revela que nos hallamos ante un fenómeno complejo y multiforme que no encaja en un patrón claro de comportamiento y que debe ser analizado en el contexto del impacto que tienen en los sectores más jóvenes de la población las transformaciones experimentadas por las sociedades postindustriales. El hecho de que quienes han practicado sexo transaccional no asocien conscientemente tales conductas a un malestar o experiencias adversas puede indicar cierta normalización de estas prácticas, pese al rechazo social que perciben respecto de estas, sin descartar la posible influencia de mecanismos de disociación, que no pueden ser evaluados en el marco de este estudio.

Por otra parte, las respuestas del conjunto de las personas encuestadas muestran una concepción social dominante que no distingue entre sexo transaccional y trabajo sexual habitual, lo cual es congruente con la percepción de que ambas prácticas están socialmente rechazadas. Este resultado no debe sorprender, pues en términos generales se encuentra en sintonía con lo observado en estudios previos[54]. Llama la atención que el rechazo social es percibido igualmente por quienes han estado involucrados en experiencias de sexo transaccional, aunque estos sienten que el rechazo es menos acusado en su entorno familiar o de amistades, lo cual indicaría una mayor normalización de estas conductas en el círculo de personas próximas, sin descartar que la diferencia pueda tener su origen en una adaptación cognitiva de los sujetos a su comportamiento.

En lo que concierne a la victimización durante la práctica de sexo transaccional, no aparece un riesgo muy elevado de sufrir violencia física, psicológica o sexual, aunque destaca la prevalencia de violencia sexual en el STO (34%), violencia psicológica en las RT (43%) y violencia física en el trabajo sexual (30%). Llama la atención que la victimización no sea superior (con la excepción de la violencia psicológica) en las RT que en los casos de STO o trabajo sexual habitual, pese a su carácter continuado (de más de un año en la mayoría de casos).

---

[52] BERG/SCHMIDT/WEATHERBURN/The EMIS Network, *International Journal of Sexual Health*, 27(3), 2015, pp. 286-302; CAUSEVIC/SALAZAR/EKSTRÖM, *BMC Public Health*, 22 (2412), 2022; ARMSTRONG/SANT/SKALA/WANG/ZHU/LACHOWSKY/CARD/BENOIT/OLAREWAJU/HOGG/MOORE/ROTH, *Sexual Health,* 18(6), 2022, pp. 487-497.

[53] ROBERTS/JONES/SANDERS, *Sex Education*, 13 (3), 2013, pp. 349-363.

[54] HANSEN/JOHANSSON, *The Journal of Sex Research*, 60(1), 2023, 153-164.

No obstante, los resultados respecto a la victimización en la historia vital de las personas encuestadas sugieren que las experiencias de violencia intrafamiliar y/o de pareja psicológica o sexual podrían desempeñar un papel relevante como predictores de la involucración en prácticas de sexo transaccional, presentando hasta tres veces más riesgo aquellas personas que han sido victimizadas frente a las que no lo han sido. También se ha observado cómo la violencia física o psicológica experimentada en la infancia (antes de los 18 años), incrementa el riesgo de padecer violencia psicológica en el marco de una relación de sexo transaccional. Es necesario matizar que la victimización experimentada durante la infancia ha mostrado una asociación estadísticamente significativa con la práctica del sexo transaccional sólo cuando se ha tenido en cuenta la aparición de violencia (básicamente, psicológica) tanto en la infancia (hasta los 12 años) como en la adolescencia, lo que indica la relevancia que puede tener la acumulación de las experiencias de victimización o la revictimización a lo largo de toda la infancia.

Todo ello apunta a que la victimización podría ser más un factor de riesgo para participar en estas prácticas que el resultado de realizarlas, lo cual sería coherente con los resultados de estudios previos que han mostrado la influencia de la victimización previa en la disposición individual a aceptar la práctica del sexo transaccional[55]. No obstante, los resultados también sugieren la importancia de la violencia padecida en la edad adulta, pero sin que podamos saber si esta ha sucedido antes o después de iniciarse en las prácticas de sexo transaccional. Ello obliga, una vez más, a valorar los resultados con cautela y esperar a que futuros estudios con muestras mayores permitan realizar análisis estadísticos más complejos, además del uso de técnicas cualitativas para mejorar la comprensión de los resultados. La futura investigación puede determinar si la estigmatización, marginación o clandestinidad que afecta a las personas dedicadas al trabajo sexual, en gran medida asociada a un elevado riesgo de victimización según previos estudios, son condiciones que pueden explicar una mayor victimización en otras prácticas de sexo transaccional.

En definitiva, este estudio ha aportado datos relevantes sobre una realidad social que hasta el momento ha tenido escasa investigación empírica en España. Los resultados confirman la presencia de diversas manifestaciones de sexo transaccional entre la población adulta y diferencias en sus perfiles sociodemográficos y de victimización, así como tendencias que indican la necesidad de mayor investigación. Las limitaciones de este estudio, basado en una muestra no representativa, con un sesgo remarcable en cuanto a la edad, sexo y nivel socioeconómico y educativo de los participantes, llevan a recomendar que se efectúen estudios con muestras mayores y representativas que permitan obtener resultados generalizables al conjunto de la población para conocer bien los factores de riesgo y las consecuencias de las distintas formas de sexo transaccional.

7. Bibliografía

ARIÑO VILLARROYA, Antonio, *La prostitución en la Comunitat valenciana. Una mirada sociològica,* Tirant humanidades, Valencia, 2022.

ARMSTRONG, Heather/SANT, Jordan/SKALA, Ales/WANG, LU/ZHU, Julia/LACHOWSKY, Nathan J./CARD, Kiffer/BENOIT, Cecilia/OLAREWAJU, Gbolahan/HOGG, Robert/MOORE, David/ROTH, Erik, «Factors

[55] SVEDIN/PRIEBE, *Archives of Sexual Behavior*, 36(1), 2007, pp. 21–32; FARLEY, *Albany Law Review*, 77(3), 2014, pp.1039-1094; KRISCH/AVERDIJK/VALDEBENITO/EISNER, *Adolescent Research Review*, 4, 2019, pp. 115–134.

associated with transactional sex among a cohort of gay, bisexual and other men who have sex with men in Vancouver, Canada», *Sexual Health,* 18(6), 2022, pp. 487-497.

BARBERET, Rosemary, «Victimización de prostitutas en Sevilla y Málaga». *Boletín Criminológico*, 19, 1996, pp. 1-4.

BARCONS, Maria, «Las ordenanzas municipales: entre la regulación y la sanción de la prostitución en España», *Critica penal y poder,* 15, 2018, pp. 90-109.

BAUERMEISTER, José/EATON, Lisa/MEANLEY, Steven/PINGEL, Emily, «Transactional Sex With Regular and Casual Partners Among Young Men Who Have Sex With Men in the Detroit Metro Area», *American Journal of Men's Health*, 11(3), 2017, pp. 498-507.

BERG, Rigmor/SCHMIDT, Axel/WEATHERBURN, Peter/The EMIS Network, «Transactional Sex: Supply and demand among European men who have sex with men (MSM) in the context of local laws», *International Journal of Sexual Health*, 27(3), 2015, pp. 286-302.

BLUM, Austin/LUST, Katherine/CHRISTENSON, Gary/OSLAUG, Brian/REDDEN, Sarah/GRANT, Jon, «Transactional sexual activity among university students: Prevalence and clinical correlates», *International Journal of Sexual Health*, 30(3), 2018, pp. 271-280.

BRENNAN, Joseph, «Cruising for cash: Prostitution on Gindr», *Discours, Context & Media,* 17, 2017, pp. 1-8.

CALDWELL, John C/CALDWELL, Pat/QUIGGIN, Pat, «The Social Context of AIDS in sub-Saharan Africa», *Population and Development Review*, 15(2), 1989, pp. 185-234.

CAUSEVIC, Sara/SALAZAR, Mariano/EKSTRÖM, Anna Mia, «Prevalence and risk factors for transactional sex among Swedish-born and foreign-born MSM in Sweden», *BMC Public Health*, 22 (2412), 2022.

CHATTERJI, Minki/MURRAY, Nancy/LONDON, David/ANGLEWICZ, Philipe, «The Factors Influencing Transactional sex Among Young men and Women in 12 Sub-Saharan African Countries», *Social Biology,* 52(1-2), 2004, pp. 56-72.

CRUZ MÁRQUEZ, Beatriz/MALDONADO GUZMÁN, Diego Jesús, «La prostitución desde la perspectiva del control social: principales efectos socio-criminológicos», *Revista Española de Sociología,* 31(1), 2022.

FARLEY, Melissa, «Online prostitution and trafficking», *Albany Law Review*, 77(3), 2014, pp.1039-1094.

FARLEY, Melissa/GOLDING, Jaqueline/SCHUCKMAN, Emily/MALAMUTH, Neil/JARRET, Laura, «Comparing sex buyers with men who don't buy sex: new data on prostitution and trafficking», *Journal of Interpersonal Violence,* 2017, pp. 1-25.

FIELDING-MILLER, Rebecca/DUNKLE, Kristin, «Constrained relationship agency as the risk factor for intimate partner violence in different models of transactional sex», *African Journal of AIDS Research*, 16(4), 2018, pp. 283-293.

GONZÁLEZ TASCÓN, Marta, «Aspectos jurídico-penales de la explotación sexual de las personas adultas en la prostitución y de otras conductas relacionadas», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 2020.

GUKURUME, Simbarashe, «Transactional Sex and Politics of the Belly at tertiary educational institutions in the era of HIV and AIDS: a case study of great Zimbabwe University and Masvingo Technological College», *Journal of Sustainable Development in Africa*, 13 (3), 2011, pp. 178-193.

HANSEN, Michael/JOHANSSON, Isabelle, «Asking about prostitution, sex work and transaccional sex: Question wording and attitudes toward trading sexual services». *The Journal of Sex Research*, 60(1), 2023, 153-164.

HANSEN, Michael/JOHANSSON, Isabelle, «Predicting attitudes towards transactional sex: the interactive relationship between gender and attitudes on sexual behaviour», *Sexuality Research and Social Policy,*19, 2022, pp. 91-104.

JIWATRAM-NEGRON, Tina/PEITZMEIER, Sarah/MEINHART, Melissa/VASILIOU, Natalia, «Associations between transactional sex and intimate and non-intimate partner violence: findings from WINGS of hope», *Journal of Family Violence,* 38-4, 2022, pp. 1-13.

KAPPLER, Karolin, «Entre dramatismo y el punto ciego: perspectivas sociológicas sobre la prostitución en España», en VILLACAMPA, CAROLINA. (coord.), *Prostitución: ¿hacia la legalización?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

KRISCH, Maria/AVERDIJK, Margit/VALDEBENITO, Sara/EISNER, Manuel, «Sex Trade Among Youth: A Global Review of the Prevalence, Contexts and Correlates of Transactional Sex Among the General Population of Youth», *Adolescent Research Review*, 4, 2019, pp. 115–134.

LANAU, Alba/MATOLCSI, Andrea, «Prostitution and sex work. Who counts? Mapping Local Data to inform Policy and Service Provision», *Social Policy and Society, 2022,* pp. 1-15.

LAVOIE, Francine/THIBODEAU, Caroline/GAGNÉ, Marie Hélène/HÉBERT, Martine, «Buying and selling sex in Québec adolescents: A study of risk and protective factors», *Archives of Sexual Behavior*, 39, 2010, pp. 1147-1160.

LLOBET ANGLÍ, Mariona, «¿Prostitución?: ni sí ni no, sino todo lo contrario. Sesgos empíricos, contradicciones de *lege lata* y desaciertos de *lege ferenda*», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 2017, pp. 1-34.

LÓPEZ RIOPEDRE, José, «Prostitución, etnografía e historias de vida», *Revista Española de Sociología*, 31-1, a94, 2022.

LÓPEZ RIOPEDRE, José, «Trabajo sexual transnacional: consecuencias de las políticas criminalizadoras de la prostitución y de la crisis económica española sobre las trabajadoras sexuales migrantes», *REDUR*, 14, 2016, pp. 67-86.

MAQUEDA ABREU, María Luisa, «La prostitución: el "pecado" de las mujeres», *Cuadernos electrónicos de Filosofía del derecho*, 35, 2017.

MAQUEDA ABREU, María Luisa, «Orden público y prostitución: ¿una relación agotada?», en COLOMER BEA, DAVID (coord.)/ALONSO RIMO, ALBERTO (dir.), *Derecho Penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana*, Thomson Reuters Aranzadi, 2019. pp. 393-417.

MATTHEWS, Roger, «La prostitución y la victimización: un análisis realista», TAMARIT, JOSEP M (traduc). *Revista General de Derecho Penal*, n. 20, 2013.

MCCARTHY, Bill/BENOIT, Cecilia/JANSSON, Mikael/KOLAR, Kat, «Regulating sex work: heterogeneity in legal strategies», *Annual Review Law Soc*, 8, 2012, pp. 255-271.

MCMILLAN, Karen/WORTH, Heather/RAWSTORNE, Patrick, «Usage of the terms prostitution, sex work, transactional sex and survival sex: their utility in HIV prevention research», *Archives Sex Behavior*, 47, 2018, pp. 1517-1527.

NUÑO GÓMEZ, Laura/DE MIGUEL ÁLVAREZ, Ana (dir.)/FERNANDEZ MONTES, Lidia (coord.), *Elementos para una teoría crítica del sistema prostitucional*, Comares, Granada, 2017.

PEREDA, Noemí, «Prostitución y victimización: un análisis de riesgo», en TAMARIT, JOSEP M/PEREDA, NOEMÍ (coord.), *La respuesta de la victimología ante las nuevas formas de victimización*, Edisofer BdF, Madrid, Buenos Aires, Montevideo, 2014.

PEREDA, Noemí/TAMARIT, Josep Maria,*Victimología teórica y aplicada*, Huygens, Barcelona, 2013.

PEYRÓ OUTERIÑO, Belén/DEL FRESNO GARCÍA, Miguel/URADA, Lianne, «Prostitución online Transgénero y Salud Pública. Un Estudio Netnográfico en Tenerife», *Revista internacional de Trabajo Social y Ciencias Sociales,*15, 2018.

PONS ANTÓN, Ignasi, «Condiciones básicas para debatir sobre la legalización», en VILLACAMPA, CAROLINA (coord.), *Prostitución: ¿hacia la legalización?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

POZO CUEVAS, Federico, «Investigar sobre prostitución: complejidad del objeto, marcos analíticos y controversias», *Revista Española de Sociología*, 31(1), a93, 2022.

PRAKASH, Pranay, «From Brothels to your doorstep: the rise of cyber prostitution», *Mukt Shabd Journal*, 9(4), 2020, pp. 157-166.

ROBERTS, Ron/JONES, Amy/SANDERS, Teela, «Students and sex work in the UK: providers and purchasers», *Sex Education*, 13 (3), 2013, pp. 349-363.
RODRÍGUEZ BORGES, Rodrigo/TORRADO MARTÍN-PALOMINO, Esther, «Un estudio sobre el comercio sexual de mujeres y publicidad. El papel de la prensa española», *Vivat Academia,*141, 2017, pp. 93-114.

RUBIO ARRIBAS, Francisco Javier, «Consumo y prácticas sociales ocultas: la prostitución. *Nómadas», Critical Journal of Social and Juridical Sciences*, 34, 2012, pp. 211-226.

SAGAR, Tracey/JONES, David/SYMONS, Katryn/TYRIE, Jacki/ROBERTS, Ron, «Student involvement in the UK sex industry: motivations and experiences», *The British Journal of Sociology*, 7(4), 2016, pp. 697-718.

SAIZ-ECHEZARRETA, Vanesa, «Mediatización de las controversias públicas: a propósito de la campaña sobre prostitución Hola Putero», *Revista Mediterránea de Comunicación*, 1, v. 10, 2019, pp. 95-115.

SANDERS, Teela, *Paying for Pleasure. Men who buy Sex*, Cullompton/Devon: William Publishing, 2008.

STOEBENAU, Kirsten/HEISE, Lori/WAMOYI, Joyce/BOBROVA, Natalia, «Revisiting the understanding of transactional sex in sub-Saharan Africa: A review and synthesis of the literature», *Social Science & Medicine*, 168, 2016, pp. 186-197.

SVEDIN, Carl Goran/PRIEBE, Gisele, «Selling sex in a population-based study of high school seniors in Sweden: Demographic and psychosocial correlates», *Archives of Sexual Behavior*, 36(1), 2007, pp. 21–32.

TAMARIT, Josep M/MALPICA, Claudia/MONTIEL, Irene, «Relación entre la violencia de pareja y otras formas de victimización: un estudio de clases latentes en población universitaria», *InDret,* 2, 2020.

TAMARIT, Josep M/PEREDA, Noemí (coord.), *Violencia y género en las relaciones de pareja*, Madrid, Marcial Pons, 2020.

UPADHYAY, Shrushti, «Sugaring: Understanding the World of Sugar Daddies and Sugar Babies», *The Journal of Sex Research*, 58 -6, 2021, pp. 775-785.

VARTADEBIAN, Julieta, «Trabajo sexual en Barcelona. Sobre la gestión municipal del espacio público», *Oñati Socio-Legal Series,* 1(2), 2011, pp. 1-13.

VASILESCU, Cristina, «Mitos y realidades en torno a la prostitución. Cambiando discursos dando voz a las sin voz», *InDret*, 3, 2017, pp. 1-26.

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina/TORRES ROSELL, Núria, «Políticas criminalizadoras de la prostitución en España: Efectos sobre las trabajadoras sexuales», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología,* 15(06), 2013, pp. 1-40.

WALTERS, Suzan/KRAL, Alex/LAMB, Shona/GOLDSHEAR, Jesse/WENGER, Lynn/BLUTHENTHAL, Ricky, «Correlates of Transactional Sex and Violent Victimization among Men Who Inject Drugs in Los Angeles and San Francisco, California», *Journal of Urban Health*, 98(1), 2021, pp. 70–82.

WANGT, Shuaishuai/DING, Runze, «"Business Inquiries are Welcome": Sex Influencers and the Platformization of Non-normative Media on Twitter», *Television & New Media*, 1(18), 2022.

WEITZER, Ronald, «The mithology of prostitution: advocacy research and públic policy», *Sex Research and Social Policy*, 7, 2010, pp. 15-29.

InDret
4.2023

Repercusiones de la Inteligencia Artificial en la legitimidad del sistema penal: Una reflexión desde la justicia procedimental

Olalla Baz Cores
Universidad Internacional de la Rioja
-

Sumario
-
En las últimas décadas se han producido grandes avances en las nuevas tecnologías de IA que pueden ser muy beneficiosos para el sistema de justicia penal. Aunque ello implique a priori una mayor eficacia de los procedimientos, es necesario que nos preguntemos cómo puede afectar este nuevo contexto a la legitimidad social de todo sistema penal. Con el presente artículo se pretende realizar una reflexión crítica sobre esta cuestión utilizando la perspectiva de la justicia procedimental. En primer lugar, se expone la relevancia que tiene la legitimidad del sistema penal para que los ciudadanos cumplan la ley. En segundo lugar, se analiza el posible impacto de la IA en la calidad de la toma de decisiones y en la calidad de trato, que son las dos dimensiones de la justicia procedimental que se relacionan con una mayor legitimidad del sistema penal.

Abstract
-
In recent decades, significant advances have been made in AI technologies that can be beneficial for the criminal justice system. Even though this implies a greater efficiency in procedures, we need to consider how this new context may affect the social legitimacy of the criminal justice system. This article aims to adress this issue using the procedural justice perspective. Firstly, the relevance of the criminal justice system's legitimacy in ensuring citizens' compliance with the law is discussed. Secondly, the potential impact of IA on the quality of decision-making and the quality of treatment is analyzed. These two procedural justice dimensions are associated with greater perceptions of legitimacy of the criminal justice system.

Title: *Repercussions of Artificial Intelligence on the legitimacy of the criminal justice system: A reflection using procedural justice.*
-

Palabras clave: Inteligencia Artificial, sistema de justicia penal, justicia procedimental, percepciones de legitimidad, cumplimiento de la ley.
***Keywords*:** *Artificial Intelligence, criminal justice system, procedural justice, legitimacy perceptions, compliance with the law.*
-
DOI: 10.31009/InDret.2023.i4.09
-

InDret

4.2023

Recepción
31/07/2023
-
Aceptación
06/10/2023
-

Índice

-

1. Introducción
2. La Inteligencia Artificial: Definición y posibles usos en el sistema de justicia
3. ¿Por qué cumplimos la ley?
3.1. La legitimidad social del sistema de justicia penal
3.2. La justicia procedimental como factor promotor de la legitimidad del sistema de justicia
4. Las nuevas tecnologías y su relación con la justicia procedimental
4.1. La calidad de la toma de decisiones con el uso de la IA
4.2. La calidad de trato con el uso de la IA
5. A modo de conclusión
6. Bibliografía
7. Referencias complementarias

-

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

1. Introducción*

Aunque el uso de la tecnología es hoy en día bastante común para la automatización de múltiples procesos, no dejan de sorprendernos los avances que en las últimas décadas se han llevado a cabo en el ámbito de la Inteligencia Artificial (en adelante, IA). El acceso a grandes cantidades de datos ha permitido el desarrollo de máquinas con algoritmos que se expresan en lenguaje natural y que incluso son capaces de ayudarnos en los procesos relativos a la toma de decisiones[1]. Esto implica que se puedan automatizar una buena parte de las tareas que normalmente requieren de la cognición humana en diversas áreas de conocimiento[2].

El sistema de justicia penal no es un ámbito exento de aplicación de las nuevas tecnologías y prueba de ello es que numerosos penalistas y criminólogos han comenzado a reflexionar sobre las carencias, posibilidades e implicaciones de introducir la IA en la toma de decisiones[3]. En este sentido, MIRÓ LLINARES manifiesta que no se debe limitar el estudio de la IA a su posible responsabilidad penal por la comisión de delitos, pues ésta es solo una vertiente más de análisis. No se puede olvidar que la justicia penal también se beneficia del uso de la IA en la toma de decisiones para prevenir, investigar y castigar conductas delictivas, por lo que parece imprescindible tener en cuenta las consecuencias positivas y negativas de su implementación[4].

Uno de los numerosos retos que se plantean sobre la IA es que su implementación en el sistema penal debe realizarse garantizando que no se vean afectados algunos criterios de calidad en la justicia que se valoran por encima de la eficiencia[5]. Así, las instituciones públicas de control tienen que cumplir con unos estándares que muchas veces no se exigen a las privadas y uno de ellos es preocuparse por ser vistas como instituciones que merecen ser obedecidas por los ciudadanos, sin necesidad de recurrir a estrategias disuasorias y de coacción[6].

Mientras que la percepción social de justicia en la toma de decisiones con IA ha sido analizada en otras esferas y, sobre todo, en procesos de selección para la contratación de personal[7], es

---

* Olalla Baz Cores (olalla.baz-externo@unir.net). Me gustaría dar las gracias a Julio Proaño por las interesantes discusiones que hemos tenido acerca del papel de la IA en la sociedad actual, así como por ofrecer una valoración inicial de las ideas presentes en este trabajo. También quiero agradecer a los evaluadores anónimos de la revista sus sugerencias para la mejora del artículo.

[1] TAMBE et al., «Artificial intelligence in human resources management: Challenges and a path forward», *California Management Review*, vol. 61(4), 2019, pp. 15 ss.

[2] Las siguientes revisiones sistemáticas muestran ejemplos interesantes de aplicación de la IA en educación y salud: XIA et al., «Systematic literature review on opportunities, challenges, and future research recommendations of artificial intelligence in education», *Computers and Education: Artificial Intelligence*, vol. 4, 100118, 2022, pp.1 ss.; YIN et al., «Role of artificial intelligence applications in real-life clinical practice: systematic review», *Journal of medical Internet research*, vol. 23(4), 2021, e25759.

[3] Véase MIRÓ LLINARES, «Inteligencia artificial y justicia penal: más allá de los resultados lesivos causados por robots», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 20, 2018, pp. 87 ss.; ABIODUN/LEKAN, «Exploring the potentials of artificial intelligence in the judiciary», *International Journal of Engineering Applied Sciences and Technology*, vol. 5(8), 2020, pp. 23 ss.

[4] MIRÓ LLINARES, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 20, 2018, pp. 89-90.

[5] XU, «Human Judges in the Era of Artificial Intelligence: Challenges and Opportunities», *Applied Artificial Intelligence*, vol. 36(1), e2013652, 2022, pp. 1025 ss.

[6] BECKMAN et al., «Artificial intelligence and democratic legitimacy. The problem of publicity in public authority», *AI & SOCIETY*, Open Forum, 2022, pp. 1 ss.

[7] ACIKGOZ et al., «Justice perceptions of artificial intelligence in selection», *International Journal of Selection and Assessment*, vol. 28(4), 2020, pp. 399 ss.; MIROWSKA/MESNET, «Preferring the devil you know: Potential applicant

complicado encontrar estudios que analicen cómo perciben los ciudadanos las decisiones de los agentes del sistema penal cuando las toman usando la IA[8]. Esta es una esfera de interesante análisis, pues influye directamente en la legitimidad pública de las instituciones y en el cumplimiento de la ley.

Con el presente trabajo se pretende elaborar una reflexión crítica sobre la implementación de la IA en el sistema de justicia penal, así como justificar la necesidad de abrir una línea de investigación que aborde el análisis de la legitimidad que el público otorga a estas tecnologías en España. Concretamente, se recurre a la justicia procedimental de TYLER[9] para discutir si los algoritmos cumplen con los criterios de justicia que, según esta teoría, deben estar presentes cuando los agentes del sistema penal toman sus decisiones. Sin perjuicio de que pueda ser interesante examinar esta cuestión desde otras perspectivas, la propuesta tyleriana se justifica por sus implicaciones prácticas derivadas de la criminología y de la psicología social, pues las personas que perciben que los agentes del sistema penal[10] utilizan procedimientos justos también otorgan una mayor legitimidad a dicho sistema, desembocando ello en un mayor cumplimiento de las normas[11].

2. La Inteligencia Artificial: Definición y posibles usos en el sistema de justicia

La literatura no ha llegado a un acuerdo claro sobre el término «Inteligencia Artificial». CAMPBELL califica como artificialmente inteligentes a los dispositivos que son capaces de percibir su entorno y que están programados para realizar acciones con un alto potencial de éxito[12]. Esta

reactions to artificial intelligence evaluation of interviews». *Human Resource Management Journal*, vol. 32(2), 2022, pp. 364 ss.

[8] La mayor parte de trabajos que analizan la legitimidad del sistema de justicia con el uso de IA son teóricos: Veánse, por ejemplo, WU, «Will artificial intelligence eat the law? The rise of hybrid social-ordering systems», *Columbia Law Review*, vol. 119(7), 2019, pp. 2001 ss.; XU, *Applied Artificial Intelligence*, vol. 36(1), e2013652, 2022, pp. 1025 ss. Sin embargo, existen algunos estudios empíricos que recientemente han empezado a abordar esta cuestión: véanse, por ejemplo, BARYSE/SAREL, «Algorithms in the court: does it matter which part of the judicial decision-making is automated?», *Artificial intelligence and law*, Publicado online el 8 de enero, 2023, pp. 1 ss.; YALCIN et al., «Perceptions of justice by algorithms», *Artificial Intelligence and Law,* vol. 31, 2023, pp. 269 ss.

[9] TYLER, *Why people obey the law*, Princeton University Press, 2006.

[10] La expresión «agentes del sistema penal» hace referencia a policías, fiscales, abogados, jueces o tribunales.

[11] La teoría de la justicia procedimental fue analizada empíricamente en numerosos estudios internacionales con poblaciones de adultos y de jóvenes. Véase, por ejemplo, HOUGH et al.,«Legitimacy, trust and compliance: An empirical test of procedural justice theory using the European Social Survey» en TANKEBE/LIEBLING (eds.), *Legitimacy and Criminal Justice: An International Exploration,* Oxford University Press, 2013, pp. 326 ss.; TRINKNER/COHN, «Putting the "social" back in legal socialization: Procedural justice, legitimacy, and cynicism in legal and nonlegal authorities», *Law and Human Behavior*, vol. 38(6), 2014, pp. 602 ss.; WALTERS/BOLGER, «Procedural justice perceptions, legitimacy beliefs, and compliance with the law: A meta-analysis», *Journal of experimental Criminology*, vol. 15, 2019, pp. 341 ss. En el contexto español existen trabajos sobre policía y tribunales con poblaciones de adultos y de adolescentes. Véase, por ejemplo, BAZ/FERNÁNDEZ MOLINA, «An empirical approach to the study of legal socialization in adolescence», *European Journal of Criminology*, vol. 19(2), 2022, pp. 237 ss.; FERNÁNDEZ MOLINA, «Percepciones y experiencias de una muestra de españoles hacia los tribunales penales», en ROMERO FLORES et al. (ed.), *Criminología Aplicada,* Bosch Editor, 2021, pp. 99 ss.; VÁZQUEZ et al., «ACA… All Coppers Are…an analysis of police legitimacy in Spain», *Policing and Society*, vol. 33(6), 2023, pp. 666 ss.

[12] CAMPBELL, «Artificial intelligence in the courtroom: The delivery of justice in the age of machine learning», *Colorado Technology Law Journal,* vol. 18, 2020, p. 325.

definición tiene en cuenta a un amplio rango de dispositivos tecnológicos, puesto que podría incluir tanto a calculadoras simples, como a ordenadores o sistemas informáticos con un gran poder computacional. No obstante, podríamos preguntarnos si realmente hoy en día consideramos IAs a dispositivos cuyo uso tenemos claramente interiorizado en nuestra vida cotidiana. Una simple calculadora supuso una gran revolución en su momento por su capacidad para realizar una tarea que requiere de inteligencia humana y, sin embargo, puede ser que muchas personas no sean capaces de encuadrar esta máquina dentro del ámbito de la IA en la actualidad.

Para acercarnos un poco más al concepto de IA que manejamos hoy en día podemos recurrir al informe técnico elaborado en el año 2020 por el Centro Común de Investigación[13] *(Joint Research Centre- JRC),* que es el servicio de asesoramiento científico independiente de la Comisión Europea[14]. En dicho informe, que revisa cincuenta y cinco documentos sobre la materia, se pretende elaborar una definición común y operacional de IA, concluyendo que la proporcionada por el Grupo de Expertos de Alto Nivel sobre IA de dicha Comisión *(UE HLEG*) es bastante completa al entender la IA como un conjunto de sistemas de software y hardware, diseñados por humanos, que perciben su entorno a través del procesamiento y la interpretación de datos para alcanzar un objetivo determinado[15]. Por lo tanto, el concepto de IA que manejamos en el presente se refiere no solo a la tecnología que sirve para automatizar tareas que requieren de una mínima cognición humana, sino también a una disciplina que engloba complejos procesos de toma de decisiones con grandes volúmenes de información y combinaciones de algoritmos.

Existen distintas técnicas que se encuadran en el concepto de IA. El aprendizaje automático (*machine learning*) es una de las disciplinas más conocidas y se basa en algoritmos que son capaces de identificar patrones en los datos para realizar predicciones. Dichos algoritmos pueden mejorar con el tiempo sus predicciones sin necesidad de injerencia humana[16]. Otro de los campos de la IA con mayor desarrollo en los últimos años es el aprendizaje profundo (*deep learning*), que es una subdisciplina del aprendizaje automático utilizada para identificar patrones de mayor complejidad en los datos a través de redes neuronales. Los sistemas de procesamiento de lenguaje natural, de visión artificial o de reconocimiento de voz, entre otros, son ejemplos de tecnologías que hoy en día precisan de la elevada capacidad de procesamiento de datos que se obtiene con el uso de algoritmos de aprendizaje profundo[17].

La literatura internacional también clasifica la IA en específica y en general, atendiendo a sus capacidades[18]. En la IA específica, llamada en el contexto anglosajón *artificial narrow intelligence – ANI*, se incluirían prácticamente todos los sistemas que existen actualmente, pues han sido

---

[13] SAMOILI et al., *AI WATCH. Defining Artificial Intelligence,* EUR 30117 EN, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2020.

[14] Para más información sobre el JRC se remite al lector a la siguiente página web: https://commission.europa.eu/about-european-commission/departments-and-executive-agencies/joint-research-centre_en

[15] HIGH LEVEL EXPERT GROUP ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE, *A definition of AI: Main capabilities and disciplines*, The European Commission, 2019, p. 7.

[16] JOSHI, *Machine learning and artificial intelligence*, Springer, 2020.

[17] ABIODUN/LEKAN, *International Journal of Engineering Applied Sciences and Technology*, vol. 5(8), 2020, pp. 23 ss.; JANIESCH et al., «Machine learning and deep learning», *Electronic Markets*, vol. 31(3), 2021, pp. 685 ss.

[18] GREWAL et al., «Artificial intelligence: The light and the darkness», *Journal of Business Research*, vol. 136, 2021, pp. 229 ss.

diseñados con algoritmos para realizar una labor concreta. Por lo contrario, la IA general, denominada *artificial general intelligence -AGI,* comprendería a aquellos sistemas más amplios capaces de abordar cualquier tipo de tarea utilizando una inteligencia comparable a la del ser humano y sin que éste intervenga[19]. Actualmente, parece que aún es necesario esperar la llegada de más avances en investigación y desarrollo para que la IA general se encuentre a nuestro alcance[20], aunque existen interesantes trabajos acerca de este tipo de IA y de sus posibles riesgos para el futuro[21].

Por lo tanto, el debate en torno al uso de la IA en el sistema de justicia no gira, de momento, en torno a si los agentes del sistema pueden ser sustituidos por ella, sino en torno al sinfín de funciones que se pueden realizar con la ayuda de estas nuevas tecnologías. ABIODUN Y LEKAN[22] mencionan en un reciente trabajo diferentes ámbitos en los que el sistema de justicia puede beneficiarse del uso de la IA, siendo algunos ejemplos la búsqueda de jurisprudencia o el apoyo en la generación de textos legales. No obstante, un campo de aplicación bastante interesante es el referido a los «algoritmos de justicia predictiva», que sirven para examinar los datos sobre sentencias u otras resoluciones dictadas en el pasado para anticipar el posible resultado de una resolución judicial[23]. Este tipo de algoritmos podrían ser utilizados por los abogados para formular una estrategia previa al litigio y podrían facilitar el proceso de toma de decisiones por parte del juez haciéndolo más efectivo y ágil, ya que la lentitud de los procesos hace que la gente pierda la fe en la justicia[24]. También es relevante mencionar en este punto los algoritmos de predicción del riesgo de reincidencia que, basándose en factores como el historial delictivo, la edad o la historia familiar, entre otros, clasifican a un individuo en función del riesgo de reincidir en el futuro[25].

Llegados a este punto, y centrándonos únicamente en el ámbito penal, surgen algunas preguntas interesantes con relación a la introducción de nuevas tecnologías de IA: ¿facilitan éstas realmente la tarea de los agentes del sistema haciendo que la justicia sea más eficiente? ¿acercan más la justicia a los ciudadanos, incrementando la legitimidad social del sistema penal? ¿las partes implicadas sienten una mayor satisfacción con el proceso penal?

Aunque las respuestas a estas preguntas son todavía una incógnita en España, no parece una cuestión baladí estudiar la legitimidad del sistema penal en el contexto de las nuevas tecnologías de IA. Las consecuencias e implicaciones que puede tener el uso de IA en este terreno son

---

[19] GREWAL et al., «Artificial intelligence: The light and the darkness», *Journal of Business Research*, vol. 136, 2021, pp. 229 ss.

[20] En el interesante trabajo de MÜLLER Y BOSTROM, que analiza la opinión de expertos en IA, se indica que la mayor parte de ellos cree que la IA general tiene un 50% de posibilidades de alcanzarse en los próximos treinta años. MÜLLER/BOSTROM, «Future progress in artificial intelligence: A survey of expert opinion», en MÜLLER (ed.), *Fundamental issues of artificial intelligence*, Springer, 2016, pp. 555 ss.

[21] MCLEAN et al., «The risks associated with Artificial General Intelligence: A systematic review». *Journal of Experimental & Theoretical Artificial Intelligence*, vol. 35(5), 2023, pp. 649 ss.

[22] ABIODUN/LEKAN, *International Journal of Engineering Applied Sciences and Technology*, vol. 5(8), 2020, pp. 23 ss.

[23] SIMÓN CASTELLANO, «Inteligencia artificial y Administración de Justicia ¿Quo vadis, justitia?», *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, 2021, n.º 33, pp.1 ss.

[24] GÓMEZ COLOMER, «Derechos fundamentales, proceso e inteligencia artificial: Una reflexión», en CALAZA LÓPEZ/LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA (eds.), *Inteligencia artificial legal y administración de justicia*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pp. 257 ss.

[25] ROA AVELLA et al., «Uso del algoritmo COMPAS en el proceso penal y los riesgos a los derechos humanos», *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8(1), 2022, pp. 275 ss.

ampliamente debatidas en los ámbitos nacional e internacional[26] y, sin embargo, todavía es muy escasa la literatura que aborda la legitimidad democrática de la justicia cuando incluye la IA en el proceso de toma de decisiones[27].

Antes de exponer cómo podría influir la implementación de la IA en la legitimidad del sistema penal, es necesario fundamentar por qué es tan importante la legitimación pública de los agentes del sistema y qué factores la promueven. Básicamente, el cumplimiento voluntario de las normas depende, en parte, de la legitimidad[28]. El siguiente epígrafe pretende abordar esta cuestión.

3. ¿Por qué cumplimos la ley?

Las motivaciones para que los individuos acaten las leyes pueden proceder de múltiples fuentes. Una de las posibles explicaciones es proporcionada por la teoría de la disuasión, un modelo de elección racional que incide en la idea de que los individuos llevamos a cabo una ponderación entre los costes y beneficios de cumplir las normas[29]. Siguiendo los postulados de dicha teoría, la consecuencia jurídica sería una parte fundamental de la norma, pues refuerza la idea de los escasos beneficios que se obtienen al infringir la ley. Esta modalidad de cumplimiento normativo se fundamenta en la existencia de una motivación externa que implica que los individuos cumplan las leyes por miedo a sus consecuencias aversivas o por el simple pragmatismo que supone cumplirlas[30], sin que se cuestionen o razonen sobre los supuestos de hecho o sobre consideraciones de justicia adicionales. El problema de este planteamiento es que requiere de un despliegue de recursos económicos difícilmente asumibles para un Estado[31]. En este sentido se manifiesta NAGIN al indicar que las políticas criminales basadas en estrategias disuasorias, además de ser inefectivas para promover el cumplimiento voluntario de la ley, tienen elevados costes sociales y económicos[32].

Otra posible explicación sobre el cumplimiento normativo es aquella proporcionada por la teoría de la socialización legal, que resalta la idea de que los individuos cumplen las normas y respetan a la autoridad porque consideran que están haciendo lo correcto para la sociedad en su conjunto[33]. Esta perspectiva parece interesante, ya que en ella juega un importante papel la motivación interna del individuo y la obediencia voluntaria hacia la norma y las autoridades del sistema, sin que el miedo a ser castigado tenga un peso relevante en esta decisión[34].

---

[26] WU, *Columbia Law Review*, vol. 119(7), 2019, pp. 2001 ss.; XU, *Applied Artificial Intelligence*, vol. 36(1), e2013652, 2022, pp. 1025 ss.

[27] BECKMAN et al., *AI & SOCIETY*, Open Forum, 2022, pp. 1 ss.

[28] TYLER, *Why people obey the law*, 2006.

[29] MATSUEDA et al., «Deterring delinquents: A rational choice model of theft and violence», *American sociological review*, vol. 71(1), 2006, pp. 95 ss.

[30] BOTTOMS/TANKEBE, «Beyond procedural justice: A dialogic approach to legitimacy in criminal justice», The *Journal of Criminal Law & Criminology*, vol. 102(1), 2012, pp. 119 ss.

[31] TYLER, *Why people obey the law*, 2006.

[32] NAGIN, «Criminal deterrence research at the outset of the twenty-first century», *Crime and justice*, vol. 23, 1998, pp. 1 ss.

[33] TRINKNER/TYLER, «Legal socialization: Coercion versus consent in an era of mistrust», *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 12, 2016, pp. 417 ss.

[34] TYLER, *Why people obey the law*, 2006.

Según la teoría de la socialización legal, legitimar al sistema de justicia forma parte de un largo proceso vital de adquisición de actitudes, opiniones y percepciones favorables hacia la ley y las autoridades legales[35] y, aunque este proceso depende de múltiples factores que van más allá del contacto directo con dicho sistema, el rol desempeñado por juzgados y tribunales es fundamental a través de la experiencia vicaria o directa que la gente tiene con ellos[36].

Teniendo en cuenta las evidencias existentes en el terreno de la psicología y de la criminología, la legitimidad del sistema de justicia se relaciona con un mayor cumplimiento legal por parte de la ciudadanía[37]. Pero ¿qué es la legitimidad? La definición del concepto parece fundamental para comprender su funcionamiento como un mecanismo conducente a la obediencia de la norma.

3.1. La legitimidad social del sistema de justicia penal

No cabe duda de que la legitimidad de las instituciones, y entre ellas la del sistema de justicia, es relevante para todo Estado democrático[38]. En el caso de España nuestra propia Constitución establece en el artículo 117.1[39] que la justicia administrada por jueces y magistrados emana del pueblo, siendo éste un reconocimiento de soberanía nacional que lleva implícita la legitimación del poder judicial en nuestro país.

No obstante ¿qué entienden los ciudadanos por un sistema de justicia legítimo? Desde un punto de vista empírico, no sería suficiente con este reconocimiento constitucional para considerar socialmente legítima a la justicia. Los estudios que analizan cómo promover la legitimidad de los agentes del sistema de justicia tienen un amplio recorrido en el terreno de la psicología social y fueron autores como TYLER, BOTTOMS o TANKEBE los que más debatieron acerca de la definición de legitimidad[40]. Omitiendo el extenso debate generado en torno a este concepto, podríamos decir que sus trabajos definen, en líneas generales, que la legitimidad es un estado psicológico al que llegan los individuos cuando perciben que una autoridad es justa y adecuada, cumpliendo así con el propósito para el cual fue creada[41]. Por lo tanto, considerar legítimo al sistema de justicia implicaría una obligación moral de obedecerlo al entender que respetar la justicia es beneficioso para todos. Esto se traduce en compartir los valores que sustentan a dicho sistema y en alinearse

---

[35] TRINKNER/TYLER, *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 12, 2016, pp. 417 ss.

[36] De hecho, se trata de un proceso que está presente a lo largo de la vida de un individuo y en el que interviene distintos agentes socializadores como la familia, la escuela, los amigos o autoridades formales como la policía o los juzgados y tribunales. Véase BAZ/FERNÁNDEZ MOLINA, *European Journal of Criminology*, vol. 19(2), 2022, pp. 237 ss.

[37] HOUGH et al., *Legitimacy and Criminal Justice: An International Exploration*, 2013, pp. 326 ss.; TRINKNER/COHN, *Law and Human Behavior*, vol. 38(6), 2014, pp. 602 ss.; TRINKNER/TYLER, *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 12, 2016, pp. 417 ss.; TYLER, *Why people obey the law*, 2006.

[38] WALL, «Democracy and equality», *The Philosophical Quarterly*, vol. 57(228), 2007, pp. 416 ss.

[39] Art. 117.1 CE. «*La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley*».

[40] BOTTOMS/TANKEBE, *The Journal of Criminal Law & Criminology*, vol. 102(1), 2012, pp. 119 ss.; TYLER, «Psychological perspectives on legitimacy and legitimation», *Annual Review of Psychology*, vol. 57, 2006, pp. 375 ss.

[41] El debate en torno a cómo debe ser medida la legitimidad empírica es muy extenso en la literatura. Son tres las definiciones que principalmente se manejan: confianza las instituciones, deber de obedecer y alineamiento moral. Véase BOTTOMS/TANKEBE, *The Journal of Criminal Law & Criminology*, vol. 102(1), 2012, pp. 119 ss.; JACKSON/GAU, «Carving up concepts? Differentiating between trust and legitimacy in public attitudes towards legal authority», en SHOCKLEY et al., *Interdisciplinary Perspectives on Trust*, Springer International Publishing, 2016, pp. 49 ss.

con sus normas y principios reguladores, por lo que no se trata de estar necesariamente de acuerdo con todas y cada una de las decisiones que se toman en los juzgados y tribunales[42].

Parece procedente que los Estados hagan hincapié en promover la legitimidad social de la justicia debido a sus implicaciones positivas para promover un modelo normativo de cumplimiento de las leyes. Este modelo se basaría principalmente en los valores morales compartidos entre ciudadanos e instituciones de control social. En este sentido, merece la pena mencionar a FINE Y VAN ROOIJ que defienden los beneficios de este proceso al manifestar que «cuando la ley es compatible con los propios puntos de vista personales, el cumplimiento se produce casi sin esfuerzo e inconscientemente. En lugar de ser un proceso consciente y racional, la medida en que uno se siente obligado a cumplir la ley refleja la congruencia entre los valores existentes de uno y la moralidad reflejada en la ley»[43].

Centrándonos ya en el ámbito penal, numerosos estudios criminológicos han analizado la legitimidad social de la justicia en el ámbito internacional, siendo uno de los hallazgos más relevantes que la legitimidad actúa como un factor promotor del cumplimiento de la ley y de la cooperación con el propio sistema. En efecto, las personas que creen que los agentes del sistema de justicia (como, por ejemplo, la policía o los jueces) tienen legitimidad, tienen una menor probabilidad de delinquir[44]. Estas evidencias no solamente se han hallado en España[45], sino también en numerosos países con un contexto social e histórico diferente[46].

Dicho esto, parece importante explicar qué tiene en cuenta la ciudadanía para legitimar al sistema de justicia, ya que fomentar la legitimidad posee indudables beneficios para promover un proceso de socialización favorable al cumplimiento de las normas penales. La ventaja de esta visión basada en la autorregulación individual es que permite hacer énfasis en una política criminal más efectiva y alejada del populismo punitivo, pues este último simplifica mucho la realidad criminal e introduce el castigo penal y el miedo al delito como ejes principales para el abordaje de la delincuencia[47].

---

[42] TYLER, *Annual Review of Psychology*, vol. 57, 2006, pp. 375 ss.

[43] Traducción literal de FINE/VAN ROOIJ, «Legal socialization: Understanding the obligation to obey the law», *Journal of Social Issues*, vol. 77(2), 2021, p. 369.

[44] TYLER, *Why people obey the law*, 2006.

[45] BAZ/FERNÁNDEZ MOLINA, *European Journal of Criminology*, vol. 19(2), 2022, pp. 237 ss.; VÁZQUEZ/FERNÁNDEZ MOLINA, «Confianza en los tribunales penales: una vía normativa a la cooperación ciudadana con la justicia más allá de la amenaza y la coerción», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* n.º 15-18, 2013, pp. 1 ss.

[46] BOATENG/DARKO, «Perceived police legitimacy in Ghana: The role of procedural fairness and contacts with the police», *International Journal of Law, Crime and Justice*, vol. 65, 100458, 2021, pp. 1 ss.; CHENG, «Legitimacy in a postcolonial legal system: public perception of procedural justice and moral alignment toward the courts in Hong Kong», *Law & Social Inquiry*, vol. 43(1), 2018, pp. 212 ss.; HOUGH et al., *Legitimacy and Criminal Justice: An International Exploration*, 2013, pp. 326 ss.; TYLER, *Why people obey the law*, 2006.

[47] Véanse, entre otros, los análisis de CIGÜELA SOLA, «Populismo penal y justicia paralela: un análisis político-cultural», *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 22-12, 2020, pp. 1 ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, «El nuevo modelo de seguridad ciudadana», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 06-03, 2004, pp. 1 ss.; GARLAND, *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Gedisa, 2005.

3.2. La justicia procedimental como factor promotor de la legitimidad del sistema de justicia

Dada la relación que tiene la legitimidad de la justicia con el cumplimiento voluntario de la ley[48], tenemos que preguntarnos qué experiencias, ya sean éstas directas o vicarias, hacen que la justicia se convierta en una institución confiable y legítima para la ciudadanía. La literatura ha examinado tres aspectos que los ciudadanos valoran en su interacción con el sistema de justicia penal: la existencia de resultados favorables en el procedimiento, si dichos resultados son justos y si el proceso en sí es justo[49]. El último de estos factores ha sido ampliamente explorado en las últimas décadas desde disciplinas como la psicología o la criminología, recibiendo el popular nombre de justicia procedimental y destacando especialmente por su rol legitimador del sistema de justicia en el proceso de socialización de los individuos[50].

El concepto de justicia procedimental alude a la calidad de trato y a la calidad en la toma de decisiones como cuestiones que los ciudadanos valoran en sus interacciones con los agentes del sistema de justicia penal. Aunque no existe un acuerdo claro sobre cómo operacionalizar y medir el significado de estas dimensiones[51], la literatura sí precisa algunas cuestiones que deben ser evaluadas, como la neutralidad, la participación, la honestidad y el trato con dignidad y respeto[52]. En el siguiente epígrafe se desarrollarán más las dimensiones de la justicia procedimental vinculándolas con el uso de la IA, pero podemos adelantar que la neutralidad, la participación y la honestidad son aspectos a considerar en la calidad en la toma de decisiones, mientras que un tratamiento digno y respetuoso en el proceso hace referencia la dimensión global de calidad de trato[53].

Existe abundante literatura en el ámbito internacional, procedente sobre todo de países anglosajones, que ha hallado que las experiencias positivas de justicia procedimental con los agentes del sistema se relacionan con una mayor legitimidad pública y satisfacción con la justicia penal[54]. Dicho de otra manera, los ciudadanos que sienten que las decisiones de la policía, jueces, fiscales y abogados son tomadas de una forma equitativa y justa, percibiendo a su vez que son tratados con el debido respeto, otorgan más legitimidad al sistema de justicia penal y tienen una mayor adherencia a las normas.

---

[48] TYLER, *Why people obey the law*, 2006.

[49] TYLER/LIND, «Procedural justice», en SANDERS/HAMILTON (ed.), *Handbook of justice research in law*, Springer, 2001, pp. 65 ss.

[50] TRINKNER/COHN, *Law and Human Behavior*, vol. 38(6), 2014, pp. 602 ss.

[51] GAU, «The Convergent and Discriminant Validity of Procedural Justice and Police Legitimacy: An Empirical Test of Core Theoretical Propositions», *Journal of Criminal Justice,* vol. 39(6), 2011, pp. 489 ss.

[52] TERPSTRA/VAN WIJCK, «The influence of police treatment and decision-making on perceptions of procedural justice: a Field Study», *Journal of research in crime and delinquency*, vol. 60(3), 2023, pp. 344 ss.

[53] GRIJALVA ETERNOD/FERNÁNDEZ MOLINA, «La opinión de los reos sobre la justicia penal en México: explorando los efectos de la justicia procedimental», *Revista Latinoamericana de Opinión Pública*, n.º 7, 2017, pp. 99 ss.

[54] BAZ/FERNÁNDEZ MOLINA, *European Journal of Criminology*, vol. 19(2), 2022, pp. 237 ss.; CHENG, «Prosecutorial procedural justice and public legitimacy in Hong Kong», *British Journal of Criminology*, vol. 57(1), 2017, pp. 94 ss.; GREENE et al., «Punishing processes in youth court: Procedural justice, court atmosphere and youths' views of the legitimacy of the justice system», *Canadian journal of Criminology and Criminal justice*, vol. 52(5), 2010, pp. 527 ss.; SHOOK et al., «Procedural justice and legal socialization among juvenile offenders: The role of defense attorneys», *Journal of Social Issues*, vol. 77(2), 2021, pp. 484 ss.

La justicia procedimental tiene implicaciones prácticas para la mejora del sistema penal puesto que, al poner de relieve que lo que más preocupa a los ciudadanos cuando acuden al mismo es la calidad de la toma de decisiones y la calidad de trato, permite efectuar recomendaciones y pautas de actuación claras que ayudan a incrementar la confianza y legitimidad de sus instituciones[55]. Por lo tanto, la modernización paulatina de la justicia que estamos experimentando en la última década, y que seguiremos experimentado a futuro con el uso de algoritmos computacionales de IA, no debe olvidarse de la justicia procedimental ni anteponer una eficacia de los juzgados y tribunales que deje esta perspectiva en un segundo plano. En el siguiente epígrafe de este artículo reflexionaré acerca de las ventajas y desventajas que podría tener la introducción de la IA en el sistema de justicia, enfocándome en las implicaciones que se derivarían para la percepción de justicia en los procedimientos. Es importante matizar que con esta reflexión crítica solamente se pretende plantear una posible línea de investigación sobre el impacto de la IA en la legitimidad del sistema penal, exponiendo las evidencias criminológicas que avalan la relevancia de esta temática. No obstante, se trata de un tema de investigación que, al menos en nuestro contexto, debería ser objeto de una exploración más profunda en el futuro a través de distintas metodologías de análisis.

4. Las nuevas tecnologías y su relación con la justicia procedimental

El debate sobre si la IA podrá sustituir a los operadores del sistema de justicia en el futuro está actualmente sobre la mesa. Algunos autores opinan que este cambio será paulatino, pero que inevitablemente sucederá. Otros señalan que abrir una discusión sobre este tema simplifica demasiado el papel que juegan los operadores del sistema de justicia penal, ya que éstos hacen muchísimo más que defender a los particulares en los procedimientos o tomar decisiones que se circunscriben a investigar, esclarecer o juzgar un delito cometido[56].

Las máquinas con IA específica están basadas en técnicas como el *machine learning* o el *deep learning*, por lo que no piensan ni toman decisiones como lo hacen los humanos[57]. Por muy sofisticadas que sean, parece ilógico otorgarles unas capacidades que no tienen pues, tal y como expresa MIRÓ LLINARES, «sólo toman decisiones a partir de premisas lógicas básicas que son previamente introducidas o consideradas»[58]. Este antecedente invita a reflexionar sobre posibles consecuencias de la implementación de la IA en el sistema penal y, particularmente, sobre su afectación a los criterios de justicia procedimental. Los siguientes subepígrafes abordan esta interesante cuestión.

[55] De hecho, existen actualmente programas de entrenamiento policial basados en justicia procedimental, así como recomendaciones para la buena práctica en los juzgados fundamentadas en la calidad de trato y la calidad en la toma de decisiones. Véanse, por ejemplo, FERNÁNDEZ MOLINA et al., «Observing juvenile courtrooms: testing the implementation of guidelines on child-friendly justice in Spain», *Youth justice*, vol. 21(2), 2021, pp. 192 ss.; SKOGAN et al., «Training police for procedural justice», *Journal of experimental criminology*, vol. 11, 2015, pp. 319 ss.

[56] CAMPBELL, *Colorado Technology Law Journal,* vol. 18, 2020, p. 323 ss.

[57] XU, *Applied Artificial Intelligence*, vol. 36(1), e2013652, 2022, pp. 1025 ss.

[58] MIRÓ LLINARES, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 20, 2018, p. 92.

4.1. La calidad de la toma de decisiones con el uso de la IA

Una primera vertiente de justicia procedimental que los ciudadanos valoran cuando se relacionan con los agentes del sistema de justicia es la calidad de la toma de decisiones[59]. La neutralidad o imparcialidad es uno de los aspectos más relevantes de dicha calidad y, en efecto, es el que más nos puede sonar. Pensemos, por ejemplo, en el derecho a un juez imparcial e independiente reconocido por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales[60] y por el Tribunal Constitucional dentro del marco del derecho a un proceso con todas las garantías[61].

Desde un punto de vista empírico, la calidad en la toma de decisiones no solo hace referencia a jueces o tribunales, sino también a la neutralidad o imparcialidad de las decisiones de otros agentes como la policía, los fiscales o los abogados[62]. En otras palabras, los individuos valoran que estos agentes tomen decisiones que se ajusten a los hechos y a derecho, analizando objetivamente las informaciones sobre el caso y sin entrar en valoraciones de carácter personal[63]. Además, numerosos autores han señalado que la calidad de la decisión también depende de factores como la participación y la honestidad, pues el sistema siempre debe hacer lo correcto y dar voz a todas las partes implicadas, sin olvidarse de proporcionar explicaciones que permitan entender por qué y cómo se ha llegado a las mismas[64]. Esto nos lleva irremediablemente a preguntarnos si el uso de la IA podría afectar a la imparcialidad en la toma de decisiones, así como a la honestidad y a la participación en el proceso.

Una de las ventajas que se atribuyen a la IA es que su uso puede incrementar la eficacia de la justicia y agilizar los procesos en la toma de decisiones judiciales, ya que los algoritmos de justicia predictiva facilitarían la búsqueda de legislación y jurisprudencia utilizada anteriormente en casos similares[65]. Siguiendo a PÉREZ DAUDÍ, los operadores jurídicos pueden beneficiarse de estas nuevas tecnologías cuando tienen que analizar normativa, jurisprudencia y

---

[59] TYLER, *Why people obey the law*, 2006.

[60] Art. 6.1. CEDH. *«Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia».*

[61] FJ 5 STC 145/1988, *«(...) deben respetarse (...) las garantías constitucionales que impone la norma suprema. Entre ellas figura la prevista en el art. 24.2 que reconoce a todos el derecho a «un juicio público... con todas las garantías», garantías en las que debe incluirse, aunque no se cite en forma expresa, el derecho a un juez imparcial, que constituye sin duda una garantía fundamental de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho, como lo es el nuestro de acuerdo al art. 1.1 de la Constitución».*

[62] GREENE et al., *Canadian journal of Criminology and Criminal justice*, vol. 52(5), 2010, pp. 527 ss.; SHOOK et al., *Journal of Social Issues*, vol. 77(2), 2021, pp. 484 ss.

[63] GRIJALVA ETERNOD/FERNÁNDEZ MOLINA, *Revista Latinoamericana de Opinión Pública*, n.º 7, 2017, pp. 99 ss.

[64] FERNÁNDEZ MOLINA et al., *Youth justice*, vol. 21(2), 2021, pp. 192 ss.; GRIJALVA ETERNOD/FERNÁNDEZ MOLINA, *Revista Latinoamericana de Opinión Pública*, n.º 7, 2017, pp. 99 ss.; TERPSTRA/VAN WIJCK, *Journal of research in crime and delinquency*, vol. 60(3), 2023, pp. 344 ss.

[65] ABIODUN/LEKAN, *International Journal of Engineering Applied Sciences and Technology*, vol. 5(8), 2020, pp. 23 ss.

doctrina[66]. En el caso de los abogados, la IA puede servir para elaborar una línea de defensa sólida, así como para determinar si vale la pena o no iniciar un proceso judicial; y en el caso de los jueces y tribunales, el uso de la IA puede apoyar la toma de decisiones judiciales, ya que es necesario que fundamenten los hechos probados en base a las leyes y la jurisprudencia aplicadas en casos similares[67]. Por lo tanto, debemos entender la IA como una herramienta que puede ayudar a reducir el volumen de información jurídica que es necesario consultar, garantizando así una mayor previsibilidad de las decisiones[68]. Sus beneficios podrían traducirse en una mayor legitimidad del proceso para los individuos implicados en el juicio y, en general, en una mayor legitimidad pública de la justicia, al dotarla de un mecanismo adicional que tiene como finalidad afianzar el principio de seguridad jurídica[69].

Sin embargo, ello no quiere decir que se deba dejar en manos de la IA el proceso y la toma de decisiones de los agentes del sistema penal. Esto entraría en contradicción con el artículo 117.1 de la CE cuando establece que la justicia debe ser administrada por jueces y magistrados. Plantear que las nuevas tecnologías pueden sustituir la labor de la policía, los fiscales, los abogados y los jueces parece algo descabellado que afectaría gravemente a la rectitud y a la honestidad en todo el proceso de toma de decisiones. Es importante tener esto en cuenta, pues uno de los errores comunes en el uso de la IA es atribuirle capacidades que no tiene[70]. Los algoritmos de IA funcionan a través de reconocimientos de patrones en los datos, por lo que no piensan, no razonan, no entienden y no realizan silogismos lógicos[71]. Deben ser simplemente herramientas de apoyo para los operadores jurídicos, quienes no pueden caer en errores como, por ejemplo, utilizar una IA para elaborar por completo la fundamentación jurídica de una sentencia o de un escrito de acusación o de defensa[72]. No cumplir con esto puede suponer una grave vulneración del derecho a la defensa y del derecho a un juicio justo con todas las garantías[73].

---

[66] PÉREZ DAUDÍ, «El precedente judicial. La previsibilidad de la sentencia y la decisión automatizada del conflicto», *Revista General de Derecho Procesal,* n.º 54, 2021, pp. 1 ss.

[67] QUATTROCOLO, *Artificial intelligence, computational modelling and criminal proceedings*, Springer International Publishing, 2020.

[68] PÉREZ DAUDÍ, «El precedente judicial. La previsibilidad de la sentencia y la decisión automatizada del conflicto», *Revista General de Derecho Procesal,* n.º 54, 2021, pp. 1 ss.

[69] Una parte de la doctrina entiende que la IA puede dotar de una mayor previsibilidad a las decisiones judiciales, lo que aportaría una mayor seguridad jurídica. Véase, por ejemplo, PÉREZ DAUDÍ, *Revista General de Derecho Procesal,* n.º 54, 2021, pp. 1-30. No obstante, otros autores ponen de relieve que la seguridad jurídica puede verse afectada debido a la falta de control en los algoritmos de aprendizaje automático. Véase, por ejemplo, SIMÓN CASTELLANO, *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, 2021, n.º 33, pp.1 ss.

[70] XU, *Applied Artificial Intelligence*, vol. 36(1), e2013652, 2022, pp. 1025 ss.

[71] CAMPBELL, *Colorado Technology Law Journal,* vol. 18, 2020, pp. 323 ss.; JANIESCH et al., *Electronic Markets*, vol. 31(3), 2021, pp. 685 ss.; MIRÓ LLINARES, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 20, 2018, pp. 87 ss.; JOSHI, *Machine learning and artificial intelligence*, 2020.

[72] En este sentido, cabe mencionar el famoso caso del abogado Steven A. Schwartz de la firma Levidow, Levidow & Oberman de Nueva York, quien utilizó la IA chatGPT para realizar un escrito de demanda contra una compañía aérea. Todas las referencias a resoluciones judiciales y citas utilizadas para fundamentar el escrito fueron inventadas por la herramienta, hecho por el que le fue impuesta una multa. El abogado manifestó que no era consciente de que el contenido podía ser falso, lo cual pone de relieve el peligro que supone el desconocimiento que algunos profesionales tienen sobre el funcionamiento de la IA generativa. Las noticias relativas a este caso pueden consultarse en New York Times: WEISER, «Here's what happens when your lawyer uses chatGPT», *The New York Times*, 27/05/2023. Disponible en https://www.nytimes.com/2023/05/27/nyregion/avianca-airline-lawsuit-chatgpt.html; WEISER/SCHWEBER, «The chatGPT Lawyer explains himself», *The New York Times*, 08/06/2023. Disponible en https://www.nytimes.com/2023/06/08/nyregion/lawyer-chatgpt-sanctions.html

[73] CAMPBELL, *Colorado Technology Law Journal,* vol. 18, 2020, pp. 323 ss.

Otra de las limitaciones presentes en la IA, y que puede afectar a la neutralidad de las decisiones, es la cantidad de información requerida. Recordemos que se necesitan grandes volúmenes de datos para el entrenamiento de los algoritmos y, aunque esto a priori no parece un problema cuando hablamos del sistema de justicia, sí podría serlo para que el algoritmo considere casos de una rama concreta del derecho. El problema podría acentuarse en la rama penal si se pretende que la IA tenga en cuenta el tipo de delito cometido para obtener información de hechos similares, ya que la prevalencia delictiva es bastante baja en España atendiendo a los datos oficiales proporcionados por el Ministerio del Interior[74]. Si nos vamos también a las últimas estadísticas de condenados del Poder Judicial, las cifras de infracciones se reducen todavía más[75], siendo algunos tipos de prevalencia muy baja como, por ejemplo, el homicidio y sus formas[76]. Por lo tanto, cabe que nos preguntemos si habría suficientes datos para entrenar un algoritmo teniendo en cuenta que la delincuencia evoluciona a lo largo del tiempo y que las leyes pueden cambiar. No parece muy sensato entrenar un algoritmo con información de casos basados en legislación o jurisprudencia desactualizada por ser muy distante en el tiempo, simplemente por cumplir con el criterio de disponer de un gran volumen de información. En este sentido, XU menciona la experiencia fallida de China en el desarrollo de una herramienta de IA para predecir el homicidio intencional, pues el escaso tamaño de la muestra era, en buena parte, la causante de los errores de predicción en el modelo[77].

Otro de los temas ampliamente discutidos en la literatura internacional es la utilización de los resultados de la IA para predecir el riesgo de reincidencia y motivar medidas cautelares o condenas[78]. El debate gira en torno a dos cuestiones: si es posible determinar correctamente el riesgo de un sujeto en base a características y factores generales; y si se pueden perpetuar sesgos derivados de su aplicación[79].

En mi opinión, el hecho de que la IA funcione determinando probabilidades de riesgo no tiene por qué suponer un problema en sí. En el contexto forense, los profesionales de la psicología y de la criminología ya suelen utilizar en sus informes periciales diversos instrumentos de evaluación del riesgo para detectar elementos con peso probatorio, los cuales pueden servir al

[74] En el Portal Estadístico de Criminalidad del Ministerio del Interior se registraron en 2021 un total de 1.957.719 infracciones penales conocidas, de las cuales 183.590 fueron contra las personas, 139.867 contra la libertad, 17.016 contra la libertad sexual, 7.410 contra las relaciones familiares y 1.434.698 contra el patrimonio. Se puede consultar la serie anual completa de hechos conocidos en: «SERIES ANUALES», *Portal Estadístico de criminalidad-Ministerio del Interior*, Consultado el 26/07/2023. Disponible en https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/publico/portalestadistico/portal/seriesAnuales.html

[75] Tengamos en cuenta que no hay una correspondencia entre los datos oficiales proporcionados por el Ministerio del Interior y por el Poder Judicial, ya que los primeros hacen referencia a los hechos conocidos por las FFCCSE en 2021 y los segundos a la estadística de condenados adultos en 2021. Aunque los datos de denuncias representan una realidad más fiel de la delincuencia por su cercanía al hecho delictivo, puede ser relevante mencionar también para este caso las estadísticas judiciales de condenados, pues nos proporcionan una idea del volumen de casos con condena que se podrían utilizar para el entrenamiento de una IA predictiva.

[76] En 2021 se registraron un total de 410.842 condenados adultos, siendo 1.145 los condenados por homicidio y sus formas. Se pueden consultar los datos en: «DATOS PENALES, CIVILES Y LABORALES», *Poder Judicial España*, Consultado el 26/07/2023. Disponible en https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/

[77] XU, *Applied Artificial Intelligence*, vol. 36(1), e2013652, 2022, pp. 1025 ss.

[78] MIRÓ LLINARES, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 20, 2018, pp. 87 ss.

[79] ROA AVELLA et al., *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8(1), 2022, pp. 275 ss.

juez para fundamentar la pena impuesta[80]. Considerando los avances en el conocimiento sobre la delincuencia y las violencias y teniendo en cuenta factores de riesgo específicos en función del tipo de reincidencia, dichos instrumentos sirven para valorar este riesgo de manera probabilística y su capacidad predictiva ha sido evaluada en muestras amplias de sujetos con diferentes técnicas estadísticas[81]. Los instrumentos deben aplicarse a los sujetos peritados y los resultados siempre deben ser valorados y discutidos por los psicólogos o criminólogos que los utilicen. Por lo tanto, el juez que aplica una pena a un individuo basándose en los resultados de periciales que usen la evaluación de riesgo no estaría ignorando los principios jurídicos que sustentan la individualización de la pena. Lo preocupante sería dejar esta prueba pericial en manos de una IA sin la supervisión de un profesional que interprete y discuta los resultados sobre la valoración del riesgo. Antes hemos comentado que la IA necesita grandes volúmenes de datos en los que identifica patrones, pero también sabemos que estos patrones son correlacionales y que correlación no implica causalidad[82]. Por ello, los hallazgos derivados de estas tecnologías deben ser objeto de valoración por los profesionales discutiéndolas conforme a las evidencias teóricas previas existentes en la disciplina.

No obstante, es preciso mencionar un uso de la IA que sí podría afectar a la neutralidad de la decisión, ya que existe la posibilidad de que se introduzcan sesgos en el algoritmo que pueden ser perpetuados con el entrenamiento. En este punto sería necesario aludir al caso del software COMPAS *(Correctional Offender Management Proliling for Alternative Sanctions)*, una herramienta utilizada en el sistema penal de EEUU para predecir el riesgo de reincidencia de los sujetos envueltos en un proceso judicial para así valorar la posibilidad de aplicar medidas alternativas a la prisión[83]. Dicho software se aplica de una manera similar a otros instrumentos, ya que, para valorar el riesgo de un sujeto, éste debe contestar a una encuesta de 137 preguntas y someterse a una entrevista[84]. Las escalas que se introducen en el algoritmo miden factores de riesgo como la probabilidad de reincidencia violenta, el abuso de sustancias, el grupo de iguales delincuentes y problemas de educación o pobreza, entre otros[85].

La polémica con este sistema se produjo cuando un estudio de Propublica determinó que COMPAS presentaba sesgos con respecto a la raza, dado que el algoritmo otorgaba a las personas afrodescendientes una mayor probabilidad de riesgo de reincidencia. Esto sucedía a pesar de que la raza o etnia no era una variable considerada en la herramienta para realizar la evaluación de riesgo. Al tener las personas de raza negra, por circunstancias históricas y sociales, una mayor probabilidad de ser detenidas por las autoridades policiales, COMPAS amplificaba los sesgos o

[80] ANDRÉS PUEYO/REDONDO ILLESCAS, «Predicción de la violencia: entre la peligrosidad y la valoración del riesgo de violencia», *Papeles del psicólogo*, vol. 28(3), 2007, pp. 157 ss.

[81] ANDRÉS PUEYO/ECHEBURÚA, «Valoración del riesgo de violencia: instrumentos disponibles e indicaciones de aplicación», *Psicothema*, vol. 22(3), 2010, pp-403 ss.

[82] AGERRI, «Datos, teoría y causalidad: una breve aproximación al retorno a la teoría», en CASTRO TOLEDO (coord.), *La transformación algorítmica del sistema de justicia penal*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pp. 77 ss.

[83] XU, *Applied Artificial Intelligence*, vol. 36(1), e2013652, 2022, pp. 1025 ss.

[84] ROA AVELLA et al., *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8(1), 2022, pp. 275 ss.

[85] Para más información puede el lector consultar la guía de usuario de la herramienta COMPAS: NORTHPOINTE. *Practitioner's Guide to COMPAS Core*. Northpointe Inc, 2019. Disponible en https://www.equivant.com/wp-content/uploads/Practitioners-Guide-to-COMPAS-Core-040419.pdf

estereotipos existentes en la sociedad hacia este colectivo, abriendo un gran debate sobre el criterio de justicia y equidad utilizado en la evaluación[86].

La experiencia de EEUU pone de relieve la importancia de considerar las características de los datos de entrada utilizados para entrenar una IA. Si las personas de un determinado colectivo han sido arrestadas con mayor frecuencia por razones históricas y culturales, un algoritmo que utilice estos datos determinará un mayor riesgo de reincidencia para dicho colectivo, lo que podría acentuar todavía más una discriminación existente[87]. Además, en las investigaciones sobre justicia procedimental se ha hallado que determinados grupos, como las personas afrodescendientes o latinas, ya perciben una peor calidad de trato y decisiones menos justas por parte de los agentes del sistema de justicia[88] y, por ello, cabe preguntarse si estos algoritmos de IA podrían acentuar aún más esta percepción negativa, repercutiendo ello en la legitimidad que otorgan a la justicia penal.

Cabe decir que la motivación de las decisiones y el derecho a participar con todas las garantías en un proceso son aspectos que también pueden verse afectados por los algoritmos de caja negra[89]. Mientras que algunos modelos como la regresión lineal o logística sí son fácilmente interpretables, otros no permiten conocer qué peso ha tenido cada factor en la decisión, como por ejemplo los algoritmos de aprendizaje profundo[90]. Esto es debido al gran número de operaciones internas que pueden llegar a realizar, lo que provoca una gran pérdida de control en el aprendizaje del algoritmo[91]. En efecto, la interpretabilidad y explicabilidad del código de los algoritmos de aprendizaje es fundamental en derecho y para la justicia procedimental que estamos evaluando. Pensemos en una sentencia de condena justificada, en parte, por los tribunales en base a un algoritmo predictivo de IA. Posiblemente sea más lógico entender si esa decisión se ha tomado en base a variables como antecedentes penales, factores personales, familiares o educacionales, entre otras, determinando la importancia relativa de cada una de ellas. Esto no solo ayuda a fundamentar mejor la decisión por la vía penal, sino que tiene un valor añadido para que los profesionales puedan conocer qué factores son más relevantes para trabajar con dicho sujeto de cara a su reinserción social. De igual manera, puede suceder que la falta de transparencia sobre el funcionamiento interno de un sistema de IA sea consecuencia de su pertenencia a una empresa privada (como es el caso de COMPAS)[92], lo que plantea graves problemas en torno a la participación de los sujetos y la explicación de las decisiones tomadas en términos de la justicia procedimental tyleriana[93].

En síntesis, la IA parece tener indudables ventajas para el desarrollo del sistema de justicia penal, ya que la literatura revisada muestra claros indicativos de una mayor eficiencia y rapidez en la

---

[86] ANGWIN et al., «Machine bias: There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks», en *ProPublica,* [en línea], 23 de mayo de 2016. Disponible en https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing

[87] XU, *Applied Artificial Intelligence*, vol. 36(1), e2013652, 2022, pp. 1025 ss.

[88] METCALFE/BAKER, «Race, ethnicity, justice, and self-regulating beliefs among a sample of justice-involved men and women», *Race and Justice,* Publicado online el 25/01/2022.

[89] QUATTROCOLO, *Artificial intelligence, computational modelling and criminal proceedings*, 2020.

[90] JANIESCH et al., *Electronic Markets*, vol. 31(3), 2021, pp. 685 ss.; JOSHI, *Machine learning and artificial intelligence*, 2020.

[91] SIMÓN CASTELLANO, *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, 2021, n.º 33, pp.1 ss.

[92] ROA AVELLA et al., *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8(1), 2022, pp. 275 ss.

[93] TYLER, *Why people obey the law*, 2006.

toma de decisiones, así como una capacidad predictiva nunca antes vista. Sin embargo, sería necesario examinar hasta qué punto la implementación de la IA en el sistema de justicia puede mermar la calidad en la toma de decisiones. Aspectos como la neutralidad, la participación o la honestidad son valorados por los ciudadanos en sus interacciones con el sistema y deben ser tenidos en cuenta por sus beneficios para el cumplimiento futuro de las normas penales.

4.2. La calidad de trato con el uso de la IA

Según TYLER Y LIND, el trato con dignidad y respeto es el ingrediente clave de la justicia procedimental[94]. En el epígrafe anterior hemos mencionado que la posibilidad de tener voz en un procedimiento y que las autoridades expliquen las decisiones son criterios fundamentales que están presentes en los procedimientos justos. No obstante, estos dos factores tienen que estar ligados a un trato digno y respetuoso para que las personas no sientan que su participación es una farsa o un mero trámite[95]. Deben sentirse realmente escuchadas, experimentado así que su voz es significativa para las decisiones que se han tomado[96]. Entonces, no parece absurdo que nos preguntemos si el uso de la IA podría repercutir en la calidad de trato que perciben las personas en el sistema penal.

Según los estándares de la justicia procedimental, garantizar la dignidad y el respeto significa ejecutar las decisiones de una manera empática y considerada[97], porque ello, además de cumplir con los derechos humanos, puede amortiguar los efectos negativos generados por una decisión que, en principio, se considera injusta[98]. La dignidad humana se reconoce en los tratados de la UE, en la carta de la UE y en las demás normas internacionales de derechos humanos, por lo que se deben evitar a toda costa actos que impliquen su vulneración mediante el uso de la IA[99]. Teniendo en cuenta el contexto venidero, los agentes del sistema de justicia penal deberán otorgar todavía más importancia a cualidades como la empatía o la capacidad para expresar sus emociones, pues éstas solamente son atribuibles a los seres humanos y no a las máquinas.

La literatura ha analizado la regulación de emociones por parte de los operadores del sistema de justicia concluyendo que son relevantes para que sus decisiones sean legítimas o ilegítimas ante los ojos de los ciudadanos[100]. En este sentido, desde la literatura sobre regulación de emociones se ha indicado que actitudes como el desprecio y las distracciones constantes en juicio por parte de los agentes del sistema perjudican claramente su la legitimidad social[101].

---

[94] TYLER/LIND, *Handbook of justice research in law*, 2001, pp. 65 ss.

[95] GRIJALVA ETERNOD/FERNÁNDEZ MOLINA, *Revista Latinoamericana de Opinión Pública*, n.º 7, 2017, pp. 99 ss.; TERPSTRA/VAN WIJCK, *Journal of research in crime and delinquency*, vol. 60(3), 2023, pp. 344 ss.

[96] CHEN et al., «Having your day in Robot Court», *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 36(1), 2022, pp. 127 ss.

[97] XU, *Applied Artificial Intelligence*, vol. 36(1), e2013652, 2022, pp. 1025-1045.

[98] FERNÁNDEZ MOLINA, *Criminología Aplicada*, 2021, pp. 99 ss.

[99] Una discusión interesante sobre la afectación de la IA a los derechos fundamentales puede hallarse en VALLS PRIETO, «De los principios éticos a los derechos fundamentales», en CASTRO TOLEDO (coord.), *La transformación algorítmica del sistema de justicia penal*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pp. 53 ss.

[100] LEBEN, «Exploring the overlap between procedural-justice principles and emotion regulation in the courtroom», *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 9(5), 2019, pp. 852 ss.

[101] MARONEY, «Angry judges», *Vanderbilt Law Review*, vol. 65(5), 2012, pp. 1207 ss.

LEBEN expone el caso de un juez de Florida[102] que se enfadaba y expresaba malestar cuando una mujer a la que estaba interrogando pretendía justificar más sus respuestas para no decir simplemente un «sí» o un «no»[103]. En el contexto español nos encontramos con la investigación de FERNÁNDEZ MOLINA et al., que fue realizada en los juzgados de menores con el objetivo de analizar la implementación de los criterios de la *Child Friendly Justice*. En ella se muestran ejemplos de trato no respetuoso a partir de las emociones expresadas por los agentes del sistema. Aunque los casos fueron minoritarios, se pudo apreciar por parte del fiscal o de la policía miradas altivas, risas inapropiadas o enfados que terminaban con comentarios despectivos hacia los jóvenes y sus familias cuando no estaban presentes[104].

Por lo contrario, entre las emociones que parecen tener un efecto positivo en la legitimidad de la justicia se encuentran aquéllas que consisten en empatizar más con las partes implicadas en el conflicto[105]. Un ejemplo de ello se encuentra en el trabajo de MARONEY, que describe un caso en el que un juez no pudo evitar llorar al dictar una sentencia contra un asesino serial. Las víctimas indicaron que dicha emoción fue muy significativa para ellas al sentir que su sufrimiento era compartido y reconocido por la autoridad judicial[106]. La literatura también ha señalado que la explicación de las decisiones juega un importante papel en la regulación emocional fomentando la dignidad de los sujetos que participan en un proceso judicial[107]. En la investigación de FERNÁNDEZ MOLINA et al. se expone la importancia de garantizar la explicación de todo el proceso, sobre todo cuando se trata de personas jóvenes que no entienden el idioma español. En casos como estos los intérpretes también merecen una especial mención, pues deben actuar de una forma competente para que los derechos de los jóvenes no sean vulnerados[108].

Una de las principales preocupaciones en el contexto internacional no es que las máquinas estén empezando a pensar como humanos gracias a la IA, sino que los agentes del sistema de justicia se olviden de lo importantes que son ciertas habilidades que los caracterizan, como el juicio y la empatía, para la satisfacción de los usuarios y del público en general[109]. Siguiendo esta línea, si bien la introducción de la IA en el sistema penal posee beneficios para agilizar y mejorar la eficacia de los procedimientos, es crucial asegurarse de que dichos avances no nublen la importancia de la calidad de trato y la mejorar el paso de los usuarios por el sistema de justicia[110]. Es fundamental contar con una justicia equilibrada que aproveche el gran potencial de la tecnología sin perder de vista la dignidad y el respeto que solo los agentes del sistema con sus actuaciones pueden garantizar.

---

[102] LEBEN, *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 9(5), 2019, pp. 852 ss.

[103] La noticia puede consultarse en el Miami Herald: MADAN/MILLER, «Judge Who Bullied Woman in a Wheelchair–Stirring Outrage–Quits, Effective Now», *Miami Herald*, 23/04/2018. Disponible en http://www.miamiherald.com/news/local/community/broward/article2096636 59.html

[104] FERNÁNDEZ MOLINA et al., *Youth justice*, vol. 21(2), 2021, pp. 192 ss.

[105] LEBEN, *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 9(5), 2019, pp. 852 ss.

[106] MARONEY, «Angry judges», *Vand. L. Rev.*, vol. 65(5), 2012, pp. 1207 ss.

[107] LEBEN, *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 9(5), 2019, pp. 852 ss.

[108] FERNÁNDEZ MOLINA et al., *Youth justice*, vol. 21(2), 2021, pp. 192 ss.

[109] LEBEN, *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 9(5), 2019, pp. 852-864; XU, *Applied Artificial Intelligence*, vol. 36(1), e2013652, 2022, pp. 1025 ss.

[110] BURTON et al. «A systematic review of algorithm aversion in augmented decision making», *Journal of behavioral decision making*, vol. 33(2), 2020, pp. 220 ss.

Diversos autores ponen de relieve la afectación que puede tener la IA sobre la justicia interaccional. Concretamente, XU indica que la IA, aunque pueda hacer más eficiente la toma de decisiones, carece de emociones y de la capacidad para interactuar con las personas, por lo que es importante enfatizar el rol de los agentes para salvaguardar de una manera flexible los valores de la justicia en escenarios específicos[111]. De igual manera, autores como BURTON et al. introducen el concepto de aversión algorítmica, que es un sesgo que consiste en una desconfianza de los usuarios y del público general hacia las decisiones tomadas con herramientas algorítmicas por el simple hecho de que no son humanas. Esto sucede porque las personas toleran un margen de error en las decisiones tomadas por humanos, pero no en las tomadas a través de algoritmos[112]. Así, los problemas derivados de la insuficiencia de interacción humana pueden derivarse en una desconfianza generalizada hacia el sistema, por lo que sus agentes deben aprovechar el máximo el valor único que tienen para fortalecer y cuidar lo que la sociedad espera de ellos: un trato digno y respetuoso[113].

Los algoritmos de caja negra también pueden suponer un problema para fomentar la calidad de trato por parte del sistema penal debido a la falta de información necesaria para entender cómo se ha llegado a una decisión. De hecho, COLANER manifiesta que las explicaciones que debe proporcionar el sistema de justicia tienen un valor intrínseco y que las herramientas de IA que no son interpretables pueden llegar a ser deshumanizantes[114]. Por lo tanto, un proceso completamente transparente fomenta la dignidad y el respeto hacia los individuos al permitirles comprender, cuestionar e incluso impugnar una decisión. El papel de agentes como la policía, los abogados, los fiscales o los jueces es crucial, ya que pueden ayudar a reforzar la vertiente interaccional de la justicia para evitar que pueda deteriorarse por la introducción de las nuevas tecnologías.

En resumen, mientras que una decisión tomada con la ayuda de una herramienta de IA puede ser más eficiente, los operadores del sistema no pueden olvidar el papel que juegan sus propias emociones en la aceptación y satisfacción de los ciudadanos con el sistema de justicia. Precisamente en esta época de cambio donde las nuevas tecnologías pueden facilitar numerosas tareas del sistema, se debe tener en cuenta si la implementación de la IA puede representar alguna amenaza para la aceptación pública. La calidad de trato amparada por la justicia procedimental otorga importancia a la dignidad y el respeto de los usuarios que pasan por el sistema y ello conlleva unos beneficios para la legitimidad y la autorregulación innegables.

5. A modo de conclusión

El sistema de justicia penal es uno de los ámbitos que puede sufrir cambios con la implementación de la IA, puesto que los algoritmos predictivos hacen más fácil la tarea de agentes como abogados, jueces, fiscales o policías. Por ello, la finalidad del presente trabajo fue reflexionar acerca del impacto de la IA en la justicia penal utilizando el marco teórico de la justicia procedimental. El trabajo permite extraer las siguientes conclusiones:

---

[111] XU, *Applied Artificial Intelligence*, vol. 36(1), e2013652, 2022, pp. 1025 ss.

[112] BURTON et al., *Journal of behavioral decision making*, vol. 33(2), 2020, pp. 220 ss.

[113] VAN WINGERDEN/PLESNICAR, «Artificial Intelligence and Sentencing: Humans against Machines», en RYBERG/ROBERTS (eds.), *Studies in Penal Theory and Philosophy*, Oxford University Press, 2022, pp. 230 ss.

[114] COLANER, «Is explainable artificial intelligence intrinsically valuable?», *AI & SOCIETY*, vol. 37, 2022, pp. 231 ss.

En primer lugar, la perspectiva de la justicia procedimental, ampliamente estudiada en psicología y criminología, sostiene que cuando los agentes del sistema toman decisiones de calidad y justas, mostrando honestidad, neutralidad, promoviendo la participación y tratando a los ciudadanos con respeto y dignidad, éstos últimos perciben una mayor legitimidad del sistema penal y, en consecuencia, tienden a cumplir las normas. Por lo tanto, es una teoría que no solo aborda la garantía de derechos humanos, sino también beneficios autorregulatorios que hacen que el sistema penal sea más eficiente y justo. Esto evitaría la necesidad de destinar una gran cantidad de recursos a estrategias disuasorias.

En segundo lugar, los algoritmos de justicia predictiva pueden ser muy beneficiosos para la eficacia de los procedimientos al facilitar la búsqueda de legislación y jurisprudencia, por lo que su uso en el sistema de justicia penal podría tener un impacto positivo en la calidad de la toma de decisiones, incrementando su legitimidad pública. No obstante, es necesario que la labor de los agentes del sistema esté presente para garantizar la rectitud de todo el proceso, así como la neutralidad de las decisiones debido a los posibles sesgos del aprendizaje algorítmico y la falta de explicabilidad del código.

Por último, el uso de la IA en el sistema de justicia penal también puede tener un impacto en la calidad de trato. Los agentes del sistema no deben olvidar la importancia que tiene garantizar la dignidad y el respeto en sus interacciones con la ciudadanía. Cualidades como la empatía o la capacidad para mostrar emociones son todavía más relevantes en un contexto rodeado por las nuevas tecnologías. De esta manera se podría amortiguar un posible efecto de aversión algorítmica, evitando que la legitimidad del sistema penal decrezca por una desconfianza generalizada hacia las decisiones tomadas con la ayuda de las nuevas tecnologías. Futuras líneas de investigación que aborden la percepción pública de la IA en el contexto de la justicia ayudarían a comprender mejor este fenómeno y a conocer las expectativas de la sociedad en torno a esta cuestión.

6. Bibliografía

ABIODUN, Oloruntoba Samson/LEKAN, Akinode John, «Exploring the potentials of artificial intelligence in the judiciary», *International Journal of Engineering Applied Sciences and Technology*, vol. 5(8), 2020, pp. 23 ss.

ACIKGOZ, Yalcin et al., «Justice perceptions of artificial intelligence in selection», *International Journal of Selection and Assessment*, vol. 28(4), 2020, pp. 399 ss.

AGUERRI, Jesús C., «Datos, teoría y causalidad: una breve aproximación al retorno a la teoría», en CASTRO TOLEDO, Francisco Javier (coord.), *La transformación algorítmica del sistema de justicia penal*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pp. 77 ss.

ANDRÉS PUEYO, Antonio/ECHEBURÚA, Enrique, «Valoración del riesgo de violencia: instrumentos disponibles e indicaciones de aplicación», *Psicothema*, vol. 22(3), 2010, pp. 403 ss.

ANDRÉS PUEYO, Antonio/REDONDO ILLESCAS, Santiago, «Predicción de la violencia: entre la peligrosidad y la valoración del riesgo de violencia», *Papeles del psicólogo*, vol. 28(3), 2007, pp. 157 ss.

ANGWIN, Julia et al., «Machine bias: There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks», en *ProPublica,* [en línea], 23 de mayo de 2016. Disponible en https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing

BARYSE, Dovilė/SAREL, Roee, «Algorithms in the court: does it matter which part of the judicial decision-making is automated?», *Artificial intelligence and law*, Publicado online el 8 de enero, 2023, pp. 1 ss. https://doi.org/10.1007/s10506-022-09343-6

BAZ, Olalla/FERNÁNDEZ MOLINA, Esther, «An empirical approach to the study of legal socialization in adolescence», *European Journal of Criminology*, vol. 19(2), 2022, pp. 237 ss.

BECKMAN, Ludvig/HULTIN ROSENBERG, Jonas/JEBARI, Karim, «Artificial intelligence and democratic legitimacy», The problem of publicity in public authority», *AI & SOCIETY*, Open Forum, 2022, pp. 1 ss.

BOATENG, Francis D./DARKO, Isaac Nortey, «Perceived police legitimacy in Ghana: The role of procedural fairness and contacts with the police», *International Journal of Law, Crime and Justice*, vol. 65, 100458, 2021, pp. 1 ss.

BOTTOMS, Anthony/TANKEBE, Justice, «Beyond procedural justice: A dialogic approach to legitimacy in criminal justice», The *Journal of Criminal Law & Criminology*, vol. 102(1), 2012, pp. 119 ss.

BURTON, Jason W. et al., «A systematic review of algorithm aversion in augmented decision making», *Journal of behavioral decision making*, vol. 33(2), 2020, pp. 220 ss.

CAMPBELL, Ray Worthy, «Artificial intelligence in the courtroom: The delivery of justice in the age of machine learning», *Colorado Technology Law Journal,* vol. 18, 2020, pp. 323 ss.

CHEN, Benjamin Minhao et al., «Having your day in Robot Court», *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 36(1), 2022, pp. 127 ss.

CHENG, Kevin Kwok-yin, «Prosecutorial procedural justice and public legitimacy in Hong Kong», *British Journal of Criminology*, vol. 57(1), 2017, pp. 94 ss.

CHENG, Kevin Kwok-yin, «Legitimacy in a postcolonial legal system: public perception of procedural justice and moral alignment toward the courts in Hong Kong», *Law & Social Inquiry*, vol. 43(1), 2018, pp. 212 ss.

CIGÜELA SOLA, Javier, «Populismo penal y justicia paralela: un análisis político-cultural», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 22-12, 2020, pp. 1 ss.

COLANER, Nathan. «Is explainable artificial intelligence intrinsically valuable?», *AI & SOCIETY*, vol. 37, 2022, pp. 231 ss.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, «El nuevo modelo de seguridad ciudadana», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 06-03, 2004, pp. 1 ss.

FERNÁNDEZ MOLINA, Esther, «Percepciones y experiencias de una muestra de españoles hacia los tribunales penales», en ROMERO FLORES, Beatriz et al. (eds.), *Criminología Aplicada,* Bosch Editor, 2021, pp. 99 ss.

FERNÁNDEZ MOLINA, Esther et al., «Observing juvenile courtrooms: testing the implementation of guidelines on child-friendly justice in Spain». *Youth justice*, vol. 21(2), 2021, pp. 192 ss.

FINE, Adam D./VAN ROOIJ, Benjamin, «Legal socialization: Understanding the obligation to obey the law», *Journal of Social Issues*, vol. 77(2), 2021, pp. 367 ss.

GARLAND, David, *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Gedisa, Barcelona, 2005.

GAU, Jacinta, «The Convergent and Discriminant Validity of Procedural Justice and Police Legitimacy: An Empirical Test of Core Theoretical Propositions», *Journal of Criminal Justice,* vol. 39(6), 2011, pp. 489 ss.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, «Derechos fundamentales, proceso e inteligencia artificial: Una reflexión», En CALAZA LÓPEZ, Sonia/LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, Mercedes (eds.), *Inteligencia artificial legal y administración de justicia*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pp. 257 ss.

GREENE, Carolyn et al., «Punishing processes in youth court: Procedural justice, court atmosphere and youths' views of the legitimacy of the justice system», *Canadian journal of Criminology and Criminal justice*, vol. 52(5), 2010, pp. 527 ss.

GREWAL, Dhruv et al., «Artificial intelligence: The light and the darkness», *Journal of Business Research*, vol. 136, 2021, pp. 229 ss.

GRIJALVA ETERNOD, Áurea E./FERNÁNDEZ MOLINA, Esther, «La opinión de los reos sobre la justicia penal en México: explorando los efectos de la justicia procedimental», *Revista Latinoamericana de Opinión Pública*, n.º 7, 2017, pp. 99 ss.

HIGH LEVEL EXPERT GROUP ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE, *A definition of AI: Main capabilities and disciplines*, The European Commission, 2019. Disponible en https://ec.europa.eu/futurium/en/system/files/ged/ai_hleg_definition_of_ai_18_december_1.pdf

HOUGH, Mike et al., «Legitimacy, trust and compliance: An empirical test of procedural justice theory using the European Social Survey», en TANKEBE, Justice/LIEBLING, Alison (eds.), *Legitimacy and Criminal Justice: An International Exploration,* Oxford University Press, 2013, pp. 326 ss.

JACKSON, Jonathan/GAU, Jacinta M., «Carving up concepts? Differentiating between trust and legitimacy in public attitudes towards legal authority», en SHOCKLEY, Ellie et al., *Interdisciplinary Perspectives on Trust*, Springer International Publishing, 2016, pp. 49 ss.

JANIESCH, Christian et al., «Machine learning and deep learning», *Electronic Markets*, vol. 31(3), 2021, pp. 685 ss.

JOSHI, Ameet V., *Machine learning and artificial intelligence*, Springer, 2020.

LEBEN, Steve, «Exploring the overlap between procedural-justice principles and emotion regulation in the courtroom», *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 9(5), 2019, pp. 852 ss.

MARONEY, Terry A., «Angry judges», *Vanderbilt Law Review*, vol. 65(5), 2012, pp. 1207 ss.

MATSUEDA, Ross L. et al., «Deterring delinquents: A rational choice model of theft and violence», *American sociological review*, vol. 71(1), 2006, pp. 95 ss.

MCLEAN, Scott et al., «The risks associated with Artificial General Intelligence: A systematic review». *Journal of Experimental & Theoretical Artificial Intelligence*, vol. 35(5), 2023, pp. 649 ss.

METCALFE, Christi/BAKER, Thomas, «Race, ethnicity, justice, and self-regulating beliefs among a sample of justice-involved men and women», *Race and Justice,* Publicado online el 25/01/2022. Doi: 10.1177/21533687221075737

MIRÓ LLINARES, Fernando, «Inteligencia artificial y justicia penal: más allá de los resultados lesivos causados por robots», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 20, 2018, pp. 87 ss.

MIROWSKA, Agata/MESNET, Laura, «Preferring the devil you know: Potential applicant reactions to artificial intelligence evaluation of interviews». *Human Resource Management Journal*, vol. 32(2), 2022, pp. 364 ss.

MÜLLER, Vincent C./BOSTROM, Nick, «Future progress in artificial intelligence: A survey of expert opinion», en MÜLLER, Vincent C. (ed.), *Fundamental issues of artificial intelligence*, Springer, 2016, pp. 555 ss.

NAGIN, Daniel S., «Criminal deterrence research at the outset of the twenty-first century», *Crime and justice*, vol. 23, 1998, pp. 1 ss.

PÉREZ DAUDÍ, Vicente, «El precedente judicial. La previsibilidad de la sentencia y la decisión automatizada del conflicto», *Revista General de Derecho Procesal,* n.º 54, 2021, pp. 1 ss.

QUATTROCOLO, Serena, *Artificial intelligence, computational modelling and criminal proceedings*, Springer International Publishing, 2020.

ROA AVELLA, Marcela del Pilar et al., «Uso del algoritmo COMPAS en el proceso penal y los riesgos a los derechos humanos», *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8(1), 2022, pp. 275 ss.

SAMOILI, Sofia et al., *AI WATCH. Defining Artificial Intelligence,* EUR 30117 EN, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2020, ISBN 978-92-76-17045-7, doi:10.2760/382730, JRC118163.

SHOOK, Jeffrey J. et al., «Procedural justice and legal socialization among juvenile offenders: The role of defense attorneys», *Journal of Social Issues*, vol. 77(2), 2021, pp. 484 ss.

SIMÓN CASTELLANO, Pere, «Inteligencia artificial y Administración de Justicia ¿Quo vadis, justitia?», *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, 2021, n.º 33, pp.1 ss.

SKOGAN, Wesley G. et al., «Training police for procedural justice», *Journal of experimental criminology*, vol. 11, 2015, pp. 319 ss.

TAMBE, Prasanna et al., «Artificial intelligence in human resources management: Challenges and a path forward», *California Management Review*, vol. 61(4), 2019, pp. 15 ss.

TERPSTRA, Bo L./VAN WIJCK, Peter W., «The influence of police treatment and decision-making on perceptions of procedural justice: a Field Study», *Journal of research in crime and delinquency*, vol. 60(3), 2023, pp. 344 ss.

TRINKNER, Rick/COHN, Ellen S., «Putting the "social" back in legal socialization: Procedural justice, legitimacy, and cynicism in legal and nonlegal authorities», *Law and Human Behavior*, vol. 38(6), 2014, pp. 602 ss.

TRINKNER, Rick/TYLER, Tom R., «Legal socialization: Coercion versus consent in an era of mistrust», *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 12, 2016, pp. 417 ss.

TYLER, Tom R., *Why people obey the law*, Princeton University Press, 2006.

TYLER, Tom R., «Psychological perspectives on legitimacy and legitimation», *Annual Review of Psychology*, vol. 57, 2006, pp. 375 ss.

TYLER, Tom R./LIND, E. Allan, «Procedural justice», en SANDERS, Joseph/HAMILTON, V. Lee (eds.), *Handbook of justice research in law*, Springer, 2001, pp. 65 ss.

VALLS PRIETO, Javier, «De los principios éticos a los derechos fundamentales», en CASTRO TOLEDO (coord.), *La transformación algorítmica del sistema de justicia penal*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pp. 53 ss.

VAN WINGERDEN, Sigrid/PLESNICAR, Mojca M., «Artificial Intelligence and Sentencing: Humans against Machines», en RYBERG, Jesper/ROBERTS, Julian V. (eds.), *Studies in Penal Theory and Philosophy*, Oxford University Press, 2022, pp. 230 ss.

VÁZQUEZ, David et al., «ACA… All Coppers Are… an analysis of police legitimacy in Spain», *Policing and Society*, vol. 33(6), 2023, pp. 666 ss.

VÁZQUEZ, David/FERNÁNDEZ MOLINA, Esther, «Confianza en los tribunales penales: una vía normativa a la cooperación ciudadana con la justicia más allá de la amenaza y la coerción», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* n.º 15-18, 2013, pp. 1 ss.

WALL, Steven, «Democracy and equality», *The Philosophical Quarterly*, vol. 57(228), 2007, pp. 416 ss.

WALTERS, Glenn D./BOLGER, P. Colin, «Procedural justice perceptions, legitimacy beliefs, and compliance with the law: A meta-analysis», *Journal of experimental Criminology*, vol. 15, 2019, pp. 341 ss.

WU, Tim, «Will artificial intelligence eat the law? The rise of hybrid social-ordering systems». *Columbia Law Review*, vol. 119(7), 2019, pp. 2001 ss.

XIA, Qi et al., «Systematic literature review on opportunities, challenges, and future research recommendations of artificial intelligence in education», *Computers and Education: Artificial Intelligence*, vol. 4, 100118, 2022, pp. 1 ss.

XU, Zichun, «Human Judges in the Era of Artificial Intelligence: Challenges and Opportunities», *Applied Artificial Intelligence*, vol. 36(1), e2013652, 2022, pp. 1025 ss.

YALCIN, Gizem et al., «Perceptions of justice by algorithms», *Artificial Intelligence and Law,* vol. 31, 2023, pp. 269 ss.

YIN, Jiamin et al., «Role of artificial intelligence applications in real-life clinical practice: systematic review». *Journal of medical Internet research*, vol. 23(4), 2021, e25759.

7. Referencias complementarias

«DATOS PENALES, CIVILES Y LABORALES», *Poder Judicial España*, consultado el 26/07/2023. Disponible en https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/

MADAN, Monique/MILLER, Carol M., «Judge Who Bullied Woman in a Wheelchair–Stirring Outrage–Quits, Effective Now», *Miami Herald*, 23/04/2018. Disponible en http://www.miamiherald.com/news/local/community/broward/article2096636 59.html

NORTHPOINTE, *Practitioner's Guide to COMPAS Core,* Northpointe Inc, 2019. Disponible en https://www.equivant.com/wp-content/uploads/Practitioners-Guide-to-COMPAS-Core-040419.pdf

«SERIES ANUALES», *Portal Estadístico de criminalidad-Ministerio del Interior*, consultado el 26/07/2023. Disponible en https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/publico/portalestadistico/portal/seriesAnuales.html

WEISER, Benjamin, «Here's what happens when your lawyer uses chatGPT», *The New York Times*, 27/05/2023. Disponible en https://www.nytimes.com/2023/05/27/nyregion/avianca-airline-lawsuit-chatgpt.html

WEISER, Benjamin/SCHWEBER, Nate, «The chatGPT Lawyer explains himself», *The New York Times,* 08/06/2023. Disponible en https://www.nytimes.com/2023/06/08/nyregion/lawyer-chatgpt-sanctions.html

InDret
4.2023

Revista Crítica de Jurisprudencia Penal

Sección coordinada por Ramon Ragués i Vallès[*]

Fianzas y embargos para garantizar el pago de la pena de multa. Comentario a la STC 69/2023, de 19 de junio, por Sergi CARDENAL MONTRAVETA.

Retroactividad o irretroactividad de las leyes sobre suspensión o sustitución de las penas. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional español 54/2023, de 22 de mayo, por Guillermo Ramiro OLIVER CALDERÓN.

La colaboración premiada: justicia premial encubierta. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 507/2020, de 14 de octubre, sobre el «caso Gürtel», por Marina OLIVEIRA TEIXEIRA DOS SANTOS.

-

[*] La *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal* publica comentarios de sentencias recientes, con especial interés en aquellas que abordan cuestiones relacionadas con los fundamentos del Derecho penal, la teoría del delito y los conceptos comunes de la parte especial. Los autores interesados en publicar un comentario pueden ponerse en contacto con el coordinador de la sección en ramon.ragues@upf.edu.

InDret
4.2023

Fianzas y embargos para garantizar el pago de la pena de multa

Comentario a la STC 69/2023, de 19 de junio

Sergi Cardenal Montraveta
Universidad de Barcelona
cardenal@ub.edu

-

1. Introducción

La STC 69/223, de 19 de junio (ECLI:ES:TC:2023:69), declaró vulnerado el derecho del demandante a la presunción de inocencia y dejó sin efecto los autos de 5 de diciembre de 2019, 8 de enero y 25 de febrero de 2020, dictados por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Huesca, así como el auto de 11 de febrero de 2020, de la Sección Única de la Audiencia Provincial de Huesca. El primero decretó la apertura de juicio oral para el recurrente (don Lluís Puig), atribuyéndole la posible comisión de un delito de desobediencia (art. 410 CP). Por la comisión de dicho delito, el Ministerio Fiscal había interesado una pena de 11 meses de multa, con una cuota diaria de 18 € (total 3.960 €), con la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 CP, 2 años de inhabilitación especial para empleo o cargo público y el pago de las correspondientes indemnizaciones y de las costas. A su vez, la acusación particular (el Ayuntamiento de Villanueva de Sijena) solicitó una pena de 11 meses de multa, con una cuota diaria de 200 € (total 66.000 €), responsabilidad personal subsidiaria, la misma pena de inhabilitación especial que el Ministerio Fiscal, el abono de las indemnizaciones y el pago de las costas. Además de la apertura del juicio oral, sobre la base de lo dispuesto en los arts. 589 y 783.2 LECrim., el Juzgado acordó requerir al Sr. Lluís Puig para que prestara una fianza, «por la cantidad de 88.000 €, para asegurar las responsabilidades pecuniarias que, en definitiva, puedan imponerse, en cualquiera de las clases señaladas en el artículo 591 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), con el apercibimiento de que de no presentarla se le embargarán bienes en cantidad suficiente para asegurar la suma señalada». El auto de 8 de enero de 2020 desestimó el recurso de reforma presentado contra el anterior. A su vez, el auto de 25 de febrero desestimó la petición de que se planteara una cuestión de inconstitucionalidad en los siguientes términos: ¿La inclusión del importe de las penas de multa, dentro del concepto de responsabilidad pecuniaria, contenido en el artículo 589 LECrim, supone una vulneración del derecho a la presunción de inocencia previsto en el artículo 24.2 *in fine* de la Constitución Española, al tratarse de una pena anticipada? La Audiencia Provincial de Huesca desestimó luego el recurso de apelación, por considerar que contra el auto de apertura del juicio oral en el procedimiento abreviado y «las medidas cautelares anexas a dicho pronunciamiento» no procede recurso alguno, salvo el relativo a la situación personal del encausado.

El Tribunal Constitucional estimó el recurso de amparo. Concluye que «la instructora, al ponderar la posible condena del acusado para fijar el importe de la fianza, cuantificando esta en atención a la pena de multa interesada por la acusación particular, cuyo pago obliga a adelantar al acusado causando una restricción temporal de[l] poder de disposición de ese último sobre sus bienes, anticipa una pena que no ha sido declarada en sentencia y vulnera, de este modo, la presunción de inocencia del recurrente». Para justificar esta decisión, el Tribunal recuerda que el art. 589 LECrim. asigna a la fianza la finalidad de «asegurar las responsabilidades pecuniarias que en definitiva pudieran declararse procedentes», pero dicho precepto no aclara qué ha de entenderse por «responsabilidades pecuniarias». Así mismo, recuerda su doctrina sobre la compatibilidad del derecho a la presunción de inocencia con la adopción de medidas cautelares, y la negativa a admitir que la anticipación de la pena sea uno de los fines admisibles de la tutela cautelar. Finalmente, alude a las diferencias entre la multa y el resto de las responsabilidades pecuniarias mencionadas en el art. 126 CP, al fijar el orden de prelación: la reparación del daño causado e indemnización de los perjuicios, la indemnización al Estado por el importe de los gastos que se hubieran hecho por su cuenta en la causa, y las costas del acusador particular o de la propia defensa del procesado.

Como recuerda la sentencia que comentamos, la STC 108/1984, de 26 de noviembre (ECLI:ES:TC:1984:108), afirma que el derecho a la presunción de inocencia «es compatible con la aplicación de medidas cautelares siempre que se adopten por resolución fundada en Derecho, que cuando no es reglada ha de basarse en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, pues una medida desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar, sino que tendría carácter punitivo en cuanto al exceso».

El art. 589 LECrim. dispone: «Cuando del sumario resulten indicios de criminalidad contra una persona, se mandará por el Juez que preste fianza bastante para asegurar las responsabilidades pecuniarias que en definitiva puedan declararse procedentes, decretándose en el mismo auto el embargo de bienes suficientes para cubrir dichas responsabilidades si no prestare la fianza. […] La cantidad de ésta se fijará en el mismo auto y no podrá bajar de la tercera parte más de todo el importe probable de las responsabilidades pecuniarias». Las resoluciones que el recurrente impugna consideran que las «responsabilidades pecuniarias» a las que alude el art. 589 LECrim. también incluyen la pena de multa. La misma opinión mantienen otras muchas resoluciones judiciales, un sector de la doctrina y la Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2010, de 30 de diciembre, sobre las funciones del fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal. El Ministerio Fiscal apoyó la estimación del recurso de amparo que resuelve la sentencia que ahora comentamos. Pero en aquella circular se dice que «en las denominadas piezas de responsabilidad civil (…) se concreta su cuantía y, mediante la aplicación de las medidas cautelares de fianza y embargo reguladas en los arts. 589 y ss., 615, 764 y concordantes, se garantiza su efectividad, junto con [la de] el resto de las responsabilidades pecuniarias -costas y multas».

En cambio, como indicábamos antes, el Tribunal Constitucional afirma que, en relación con la pena de multa, la fianza y el embargo no satisfacen una finalidad cautelar, sino que suponen una pena anticipada. Esto se justifica indicando que la fianza se acuerda antes de declarar la culpabilidad del investigado y que, mientras el resto de las responsabilidades pecuniarias previstas en el art. 126 CP «comparten una naturaleza resarcitoria o indemnizatoria», «la multa tiene el carácter punitivo de cualquier pena». El Tribunal añade que la fianza y el embargo sí

pueden tener una finalidad asegurativa en relación con las responsabilidades civiles a declarar en la sentencia, y pueden servir así al buen fin del proceso. Pero ello no sucede en relación con la multa, que «como cualquier otra pena cumple una finalidad retributiva, rehabilitadora y de prevención, sin que la efectividad de la hipotética sentencia de condena requiera, en modo alguno, de su aseguramiento». Esto se explica afirmando que «precisamente la existencia de diversas situaciones alternativas al cumplimiento *in natura* de la pena de multa torna intrascendente uno de los presupuestos característicos de las medidas cautelares [...], la existencia del *periculum in mora*, pues en el caso de no hacerse efectiva en dinero podrá sustituirse por otras formas de ejecución». El Tribunal añade que, «al abarcar la cuantía de la multa solicitada como pena por las partes entre las partidas comprendidas en la fianza, tan solo podría pretenderse garantizar el cumplimiento de la pena de multa como sanción pecuniaria, en dinero, cuando aún no se ha celebrado el juicio con todas las garantías en que se declare la culpabilidad del acusado [...], pues, no podemos obviar que se adopta sobre la base de meros indicios antes del plenario». Estas afirmaciones, son ambiguas. Ni la fianza ni el embargo previstos en el art. 589 LECrim garantizan que la pena de multa se cumpla antes de que se haya dictado una sentencia condenatoria. Como afirma el Tribunal, ello supondría una anticipación de la pena, «por cuanto [se] equipara a acusado y culpable». Pero, como aquel precepto indica expresamente, lo que se intenta garantizar es un fin distinto y cuya legitimidad nadie discute: el cumplimiento de la condena o, dicho de otro modo, se busca garantizar que, en el caso de que llegara a dictarse una sentencia condenatoria, cuando esta sea firme podrán cumplirse las responsabilidades pecuniarias que allí se hubieran fijado, lo cual incluye el cumplimiento de la pena de multa mediante el abono de la correspondiente cantidad de dinero, siendo por ello innecesario que el condenado quede sujeto a una pena distinta, privativa de libertad y de carácter subsidiario, en el caso de que también le hubiera sido impuesta.

Tampoco discute nadie que las medidas cautelares se adoptan antes de que exista una sentencia condenatoria firme y que, por sí solo, esta circunstancia no determina que se hayan acordado ilícitamente, ni las convierte en penas anticipadas que vulneran el derecho a la presunción de inocencia. Y esto no depende del contenido de las medidas cautelares y su similitud con el de las penas que puedan llegar a imponerse.

Teniendo en cuenta las condiciones de cumplimiento de la pena de multa y las consecuencias de que no llegue a satisfacerse (arts. 50 a 53 CP), podrá discutirse si es *necesario* asegurar su cumplimiento mediante una fianza u otra medida cautelar, si el beneficio que ello pueda proporcionar es superior a su coste, y si el hecho de adoptar una medida cautelar innecesaria y desproporcionada supone anticipar la pena (o la responsabilidad civil), en lugar de garantizar su cumplimiento en un momento posterior. También podrá discutirse si la adopción de una medida cautelar innecesaria o que debe considerarse desproporcionada por otros motivos, vulnera el derecho a la presunción de inocencia (y/o vulnera otros derechos). Pero lo que sí está claro es que la inadmisibilidad de la fianza prevista en el art. 589 LECrim. (o la de cualquier otra privación cautelar de derechos) no puede justificarse por el sólo hecho de que se acuerde antes de haberse dictado una sentencia condenatoria, ni por el hecho de que su contenido pueda ser similar al de la pena de multa. Esto no es suficiente para afirmar que la fianza (o cualquier otra medida cautelar) «avanza los efectos jurídicos de una, tan solo eventual, sentencia condenatoria» y, por ello, supone la anticipación de la pena.

A continuación, procederemos a analizar la solidez de las dos premisas en las que la STS 69/2023, Penal, de 19 de junio (ECLI:ES:TC:2023:69), parece justificar la conclusión a la que llega. Analizaremos si el régimen jurídico de la pena de multa y de su incumplimiento hace innecesario el aseguramiento del pago de la misma e intrascendente el *periculum in mora*. También analizaremos si otros aspectos del principio de proporcionalidad impiden justificar el aseguramiento cautelar del cumplimiento de una pena de multa. En definitiva, se trata de examinar si una fianza (u otra medida cautelar) destinada a garantizar el pago de una pena de multa puede satisfacer dos de los requisitos generales de las medidas cautelares, que no son otra cosa que la concreción, en este ámbito, de los requisitos generales de la licitud de cualquier limitación o restricción coercitiva de los derechos de los particulares por parte del Estado. Finalmente, analizaremos si es acertado entender que una decisión judicial que acuerda injustificadamente una medida cautelar vulnera (o puede vulnerar) el derecho fundamental a la presunción de inocencia, especialmente cuando la falta de justificación de tal decisión no deriva de un error sobre los hechos, sobre la concurrencia de los presupuestos fácticos de las medidas cautelares, sino que deriva de una incorrecta interpretación de la regulación sobre las medidas cautelares, que conduce a afirmar que el legislador permite adoptar medidas cautelares en supuestos en los que no permite hacerlo.

El análisis de aquellas cuestiones parte de una premisa: El *tenor literal* de los arts. 589 y 783.2 LECrim. no representa un obstáculo para concluir que el legislador ha previsto la posibilidad de acordar una fianza o un embargo destinados a asegurar el cumplimiento de la pena de multa, si esta pena llegara a imponerse en la correspondiente sentencia.

2. ¿Puede estar justificado ordenar que se preste fianza y decretar un embargo, para asegurar el cumplimiento de la pena de multa?

2.1. El peligro de que el condenado no satisfaga la multa existe y es relevante

La sentencia que comentamos no niega que pueda existir un riesgo de incumplimiento de la pena de multa. Niega que ese riesgo pueda justificar la adopción de una medida cautelar para neutralizarlo y asegurar el pago de la correspondiente cantidad de dinero. Me parece que, en el caso concreto allí examinado, el riesgo de incumplimiento de la pena de multa no justificaba la medida cautelar acordada en las resoluciones recurridas en amparo. Pero en otros casos sí puede estar justificado ordenar que se preste fianza y acordar el embargo de bienes para asegurar el cumplimiento total o parcial de la pena de multa. Serán supuestos excepcionales, pero no puede negarse la posibilidad de que se presenten.

La multa es una pena pecuniaria que consiste en el pago de una cantidad de dinero, que puede determinarse según el sistema de días multa o bien según el sistema de multa proporcional. En el primer caso, la cuantía de la multa impuesta a las personas físicas se determinará partiendo de los límites previstos en el art. 50 CP, fijando primero el número de cuotas y luego el importe de cada una de ellas. El número de cuotas dependerá de la gravedad del delito cometido, mientras que el importe de las cuotas deberá fijarse teniendo en cuenta la situación económica del reo. En el sistema de multa proporcional, su importe se fijará en proporción al daño causado, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo (art. 52.1 CP). Ambos sistemas tienen en cuenta la gravedad del hecho, la situación económica del penado y la función preventiva de la multa. La consideración de la situación económica del penado trata de garantizar que pueda

pagarla y que aquella no condicione injustificadamente el efecto aflictivo de la pena de multa y, en definitiva, su eficacia preventiva. El art. 126 CP otorga preferencia al abono de la reparación del daño causado, la indemnización de los perjuicios y de las costas procesales, frente al pago de la pena de multa. Pero el régimen jurídico de esta sanción está orientado a permitir que el condenado pueda cumplirla. Ya hemos dicho que esta es una de las razones por las cuales la cuantía de la multa debe fijarse teniendo en cuenta la situación económica del penado, cuyo empeoramiento permitirá revisar su importe (arts. 51 y 52.3 CP). Además, el legislador permite aplazar y fraccionar el pago, si bien no oculta su preferencia por un único pago que se produzca lo antes posible (arts. 50.6 y 52.3 CP). La existencia de otras obligaciones pecuniarias, el internamiento del condenado en un centro penitenciario, la imposibilidad de obtener un préstamo u otras circunstancias, pueden dificultar el pago de la multa. Pero, en principio, el régimen jurídico de esta pena garantiza que el condenado *pueda* cumplirla. De no ser así, sería difícil de justificar la previsión de una responsabilidad personal subsidiaria para los supuestos en los que el penado no satisface la multa (ver STC 19/1988, de 16 de febrero [ECLI:ES:TC:1988:19]). Ya aquí debe destacarse que, por lo menos cuando es posible el cobro por la vía de apremio, el condenado no puede elegir entre pagar la multa o quedar sujeto a responsabilidad personal subsidiaria. La primera alternativa al pago voluntario de la multa es la vía de apremio (art. 53 CP). Lo que ahora me interesa destacar es que, a pesar de que su aplicación práctica lo atenúa a menudo hasta extremos injustificables, el régimen jurídico de la determinación de la cuantía de la multa y de la determinación de las condiciones de su cumplimiento no puede neutralizar el contenido aflictivo inherente a dicha pena y a cualquier otra. Pero, como apuntábamos antes, busca que su contenido aflictivo no sea desproporcionado, no dependa injustificadamente de la situación económica del penado, que este pueda satisfacer voluntariamente la multa y que sea precisamente esta la alternativa que elija. En caso contrario, solo quedará sujeto a la responsabilidad personal subsidiaria si la multa no puede cobrarse por vía de apremio.

Es razonable pensar que, como los otros aspectos del régimen jurídico de la multa, la amenaza de proceder subsidiariamente por la vía de apremio y de incurrir en responsabilidad personal subsidiaria, también favorecen su cumplimiento de forma voluntaria y, en definitiva, reducen el *riesgo de impago*. Pero negar la existencia de esta posibilidad es, sencillamente, desconocer la realidad. La consulta de la jurisprudencia muestra la existencia de supuestos de impago, de los que deriva la sujeción del penado a la responsabilidad personal subsidiaria, la imposibilidad de imponerla porque también se le ha impuesto una pena privativa de libertad superior a 5 años (art. 53.3 CP), la suspensión de la ejecución de aquella pena privativa de libertad (arts. 80 a 87 CP) o su extinción en virtud del tratamiento del concurso real previsto en los arts. 73, 75 y 76 CP. Tampoco cuesta encontrar resoluciones judiciales en las que el impago de la multa y otras circunstancias dan lugar a la prescripción de dicha pena, especialmente cuando se ha impuesto por delitos leves y el plazo de prescripción es de 1 año (art. 133.1 CP). Lo anterior permite concluir que ni el régimen jurídico sobre la determinación de la cuantía de la pena de multa, ni la regulación sobre las condiciones de su cumplimiento, ni la posibilidad de que el penado incurra en responsabilidad personal subsidiaria, eliminan la posibilidad de impago y, en definitiva, el *periculum in mora* y la posibilidad de neutralizarlo a través de una medida cautelar como la obligación de prestar fianza o el embargo, por lo menos cuando el investigado dispone de bienes para hacerla efectiva. En la medida en que limita la posibilidad de fijar el importe de la multa teniendo en cuenta la situación económica del condenado, el riesgo de impago será superior cuando su importe se fije tomando como referencia el daño causado, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado al mismo y, además, ese daño, valor o beneficio son elevados, p. ej.

cuando sea muy elevada la cantidad defraudada por el autor de un delito fiscal, o sea muy elevado el valor de la droga con la que se trafica ilícitamente. Otras circunstancias también pueden elevar el riesgo de impago: el hecho de que la capacidad económica del penado sea muy modesta; la ausencia de bienes que puedan embargarse; la comisión de una pluralidad de infracciones y la posibilidad de que el art. 76 CP dé lugar a que se declaren extinguidas algunas de las penas de multa o de responsabilidad personal subsidiaria; la posibilidad de que estas no lleguen ni siquiera a imponerse, porque, además de la pena de multa, se impuso al condenado una pena privativa de libertad superior a 5 años; y/o la posibilidad de que el penado confíe en la prescripción de la pena de multa o en que se acuerde la suspensión de la ejecución de la responsabilidad personal subsidiaria.

Si el riesgo de impago de la multa no existiera (o fuera irrelevante), no tendría sentido prever la posibilidad de que el penado quede sujeto a responsabilidad personal subsidiaria. Pero tan injustificado es negar la existencia de aquel riesgo, como afirmar que la previsión de esta pena privativa de libertad determina que pase a ser irrelevante. Sin embargo, la sentencia que comentamos afirma que el *periculum in mora* se torna *intrascendente*, por «la existencia de diversas situaciones alternativas al cumplimiento *in natura* de la pena de multa». El Tribunal no niega que pueda existir un riesgo de impago de la multa ni que podría neutralizarse a través de una fianza u otra medida cautelar. Pero ello se considera innecesario, porque tal riesgo es intrascendente. Y es intrascendente porque el legislador ha previsto «diversas situaciones alternativas». En los fundamentos jurídicos de la sentencia no se identifica esa diversidad de alternativas. Y, a pesar de que ello no es ni mucho menos evidente, allí tampoco se explica por qué esas alternativas determinan que el *periculum in mora* se torne intrascendente.

Las alegaciones del Ministerio Fiscal que se recogen en los antecedentes de la sentencia son más explícitas en relación con las alternativas al pago de la multa. Pero tampoco explican por qué su previsión torna intrascendente el *periculum in mora*. Allí se dice que el Ministerio Público considera que, a diferencia de la responsabilidad civil o las costas, como componente de las responsabilidades pecuniarias que se toman en cuenta para calcular el importe de la fianza, la multa no satisface el requisito relativo a la existencia de un *periculum in mora*. Y, a continuación, se dice que «[e]sta circunstancia resulta intrascendente a efectos de la ejecución de esta pena, pues en caso de no hacerse efectiva en dinero la ley penal prevé su sustitución por otras fórmulas alternativas, como puede ser la responsabilidad personal subsidiaria (art. 53 CP) o los trabajos en beneficio de la comunidad. Esa misma posibilidad de sustitución determina que no sea predicable de la multa el fin perseguido por las medidas cautelares de garantizar la efectividad de la resolución final».

Como apuntábamos antes, el Tribunal Constitucional, sostiene que el pago de la pena de multa no requiere, en modo alguno, de su aseguramiento, porque el *periculum in mora* se torna intrascendente, debido a la «existencia de diversas situaciones alternativas al cumplimiento *in natura* de la pena de multa». Sin embargo, el Tribunal no explica por qué la previsión de esas alternativas que el rubor (u otros motivos) le impiden mencionar expresamente, determinan que el *periculum in mora* que pueda existir se torne intrascendente y, por ello, «la efectividad de la hipotética sentencia de condena» no requiere, en modo alguno, de su aseguramiento.

El hecho de que el impago de la multa pueda comportar que el penado quede sujeto a una pena privativa de libertad sugiere que aquel no es irrelevante. Y, a su vez, el carácter *subsidiario* de la

responsabilidad personal a la que el penado queda sujeto cuando la multa no se satisface voluntariamente o por vía de apremio, sugiere que el recurso a aquella pena privativa de libertad tampoco es intrascendente. Simplemente, es un «mal menor», que, en principio, el Estado sólo considera innecesario en determinados supuestos en los que también se han impuesto otras penas al condenado (cfr. arts. 53.3 y 76 CP). Pero ni siquiera en estos casos el Estado renuncia al cobro de la multa, si ello fuera posible.

Si el legislador prevé una pena de multa y el juez la impone, y sólo se permite que el penado quede sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria cuando la multa no se satisface voluntariamente o por vía de apremio, de modo que aquel no puede elegir entre el pago de la multa y la responsabilidad personal subsidiaria (por lo menos cuando la multa puede hacerse efectiva mediante el embargo de los bienes del penado), lo más razonable parece concluir que el recurso a la pena de multa se hizo con la finalidad de que, *en la medida de lo posible*, dicha pena se cumpla y sea precisamente así como se satisface la función preventiva del derecho penal, de modo que ni su incumplimiento ni el hecho de que el penado quede sujeto a la responsabilidad personal subsidiaria es indiferente, irrelevante o intrascendente. Si lo fuera, el penado siempre podría elegir entre pagar voluntariamente la multa o quedar sometido a una responsabilidad personal subsidiaria. Y el legislador renunciaría a imponer penas de multa al condenado a penas de prisión de más de 5 años. Por el contrario, nuestro legislador no ha renunciado a ello, y ha descartado la posibilidad de aquella elección, por lo menos cuando el penado dispone de bienes para el cobro de la multa por vía de apremio. En la medida en que sea posible, la alternativa al impago voluntario de la multa es el cobro de la misma por vía de apremio. La posibilidad de que algunos delitos se castiguen con una pena de multa y otra de prisión superior a 5 años y, también, el hecho de que la responsabilidad personal siempre tenga carácter subsidiario, revelan que el legislador no ha previsto esta alternativa al cumplimiento *in natura* de la pena de multa porque considere intrascendente si el penado cumple una u otra pena. Como apuntábamos antes, la sujeción del penado a la responsabilidad personal subsidiaria no es otra cosa que un «mal menor» a través del cual se busca satisfacer la función preventiva del derecho penal cuando la primera opción (el pago de la multa) no puede hacerse efectiva, un «mal menor» que se quiere evitar a través de las vías ya indicadas: atendiendo a la capacidad económica del penado al fijar la cuantía de la multa, admitiendo la posibilidad de aplazar el pago o fraccionarlo y previendo que el condenado quede sujeto a una pena alternativa, salvo en algunos supuestos en los que debe cumplir otras penas.

Este panorama conduce a concluir que ni el impago de la multa ni el riesgo de que se produzca son irrelevantes (por eso se prevé la responsabilidad personal subsidiaria), ni es intrascendente el hecho de que el penado cumpla otra pena (por eso tiene carácter subsidiario). Es razonable pensar que la responsabilidad personal subsidiaria disminuye la probabilidad de que el condenado deje de pagar voluntariamente la multa y de que dificulte el cobro por la vía de apremio. Además, *disminuye* la gravedad, la relevancia, la trascendencia, del impago de la multa, porque aquella pena privativa de libertad asume la función preventiva que la imposición de la multa no ha podido desplegar. Pero la responsabilidad personal subsidiaria no torna intrascendente el impago ni el *periculum in mora*.

2.2. La fianza y el embargo no son siempre medidas desproporcionadas

Podría entenderse que el impago de la multa no es intrascendente, pero su trascendencia, su importancia, es *insuficiente* para que pueda estar justificado intentar neutralizar el riesgo de impago recurriendo a una medida cautelar. Dicho de otro modo: No se cuestiona la legitimidad de intentar asegurar el cumplimiento de la pena de multa, ni la ausencia de alternativas igual de eficaces para neutralizar el *periculum in mora* y que comporten una limitación de derechos menos intensa. Pero la justificación del recurso a la fianza prevista en el art. 589 LECrim. también exige que el beneficio sea superior al coste. El análisis de esta cuestión, que la sentencia que comentamos omite, exige profundizar sobre otra que tampoco se analiza con el rigor necesario: el coste que representa prestar una fianza o el embargo de los bienes. Allí se dice que la instructora fijó el importe de la fianza en atención a la pena de multa interesada por la acusación particular y que ello obligaba al acusado a adelantar el pago de la misma, «causando una restricción temporal del poder de disposición de ese último sobre sus bienes». La lectura de los arts. 589 a 614 LECrim. y de la legislación a la que estos preceptos remiten obliga a que, como mínimo, aquella afirmación deba matizarse. Basta con indicar aquí que, según el art. 591, «[l]a fianza podrá ser personal, pignoraticia o hipotecaria, o mediante caución que podrá constituirse en dinero efectivo, mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier medio que, a juicio del Juez o Tribunal, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad de que se trate». Y el propio art. 589 dispone que, si el acusado no prestara fianza, se procederá al embargo, el cual tampoco comporta necesariamente una restricción temporal del poder de disposición sobre sus bienes.

Además, debe tenerse en cuenta que el art. 783.2 LECrim. dispone que el Juez de Instrucción resolverá sobre la adopción, modificación, suspensión o revocación de las medidas cautelares interesadas, matizando así el carácter aparentemente imperativo de lo dispuesto en el art. 589 LECrim. Y es posible entender que este último también permite que las medidas cautelares que regula solo garanticen una parte del importe de la multa que se estime que pueda llegar a imponerse, de la misma manera que la prisión provisional puede garantizar sólo el cumplimiento de una parte de la pena de prisión, y debe dejarse sin efecto cuando no hacerlo infringiría el principio de proporcionalidad (art. 504 LECrim.). Al respecto, tampoco está de más recordar aquí que, antes de su reforma mediante la LO 13/2003, de 24 de octubre, para acordar la prisión provisional no bastaba la concurrencia de los requisitos entonces previstos en el art. 503 LECrim. Y también conviene destacar que el importe de la multa que se estime que pueda llegar a imponerse puede ser inferior al de la multa solicitada por la acusación particular.

Es imposible analizar aquí todas las posibles situaciones. Pero lo dicho permite afirmar que el peligro de impago y el beneficio de acordar una medida cautelar para neutralizarlo pueden ser muy diversos. También la carga que la fianza o el embargo comportan pueden ser muy distintos. Entre otros factores, aquel peligro dependerá de la posibilidad de que el impago pueda comportar la sujeción del penado a responsabilidad personal subsidiaria, del plazo de prescripción de la pena, de la cuantía de la multa, de si se ha fijado por el sistema de días multa o el de multa proporcional, del resto de las obligaciones pecuniarias del condenado. A su vez, el perjuicio que la fianza o el embargo comportan dependen de la cuantía de aquella, de la situación económica del investigado, del tipo de fianza que preste, de los bienes que se embarguen, de la necesidad de enajenarlos, etc. Sin desconocer el carácter excepcional y provisional propio de todas las medidas

cautelares y la posibilidad de que el *fumus bonis iuris* y el *periculum in mora* varíen en función del cambio de las circunstancias y, con ello, el juicio sobre su proporcionalidad, me parece que, en determinados supuestos, sí puede estar justificado acordar una fianza o embargo para intentar garantizar así el pago de la multa o de una parte de su importe. Sin embargo, aun admitiendo que la fianza acordada en el caso que analiza la STC 69/2023, de 19 de junio (ECLI:ES:TC:2023:69), no hubiera impedido al recurrente disponer del importe de aquella (88.000 €), teniendo en cuenta el régimen jurídico de las penas de multa cuya cuantía se determina según el sistema de días multa, el plazo de prescripción de la multa prevista para el delito de desobediencia y que su comisión no comporta la imposición de una pena de prisión, de modo que, en el caso de que la multa impuesta no pudiera hacerse efectiva, ello comportaría la sujeción del penado a la responsabilidad personal subsidiaria, puede afirmarse que el riesgo de impago era escaso y aquella fianza era claramente desproporcionada y, por lo tanto, no estaba justificada.

3. ¿Puede vulnerar el derecho a la presunción de inocencia una medida cautelar dirigida a garantizar el pago de la pena de multa?

El art. 24.2 CE reconoce a todos el derecho a la presunción de inocencia. Pero aquel precepto no fija el contenido de este derecho. Nadie discute que prohíbe que una sentencia declare la culpabilidad del acusado por la realización de un hecho delictivo cuando ello no ha quedado debidamente probado. Tampoco se discute que las personas investigadas o acusadas tienen también otros derechos que pueden verse limitados en el marco de un proceso penal y que algunos de ellos son derechos fundamentales (derecho a la libertad ambulatoria, a la intimidad, al honor, a la tutela judicial efectiva, etc.). Lo que ya no me parece tan evidente es que deba entenderse que los actos que limitan tales derechos limitan, también, el derecho a la presunción de inocencia reconocido en el art. 24.2 CE.

El Tribunal Constitucional y un sector de la doctrina consideran que el derecho a la presunción de inocencia rige a lo largo de todas las fases del proceso penal y, por lo tanto, no se vulnera sólo cuando se dicta una sentencia condenatoria sin que haya quedado debidamente probado que el acusado realizó el correspondiente hecho delictivo. Por lo menos cuando no se vulnera así otro derecho fundamental, el derecho a la presunción de inocencia se infringiría siempre que los derechos del investigado o del acusado se limiten injustificadamente porque no existen indicios suficientes de su participación en un hecho delictivo o porque se infringe el principio de proporcionalidad (ver, p. ej., SSTC 28/2020, de 24 de febrero [ECLI:ES:TC:2020:28], FFJJ 3 y 4; 217/2001, de 29 de octubre [ECLI:ES:TC:2001:217], FJ 5; y 47/2000, de 17 de febrero [ECLI:ES:TC:2000:47]), FJ 6. Tampoco faltan sentencias que consideran que el derecho a la presunción de inocencia «no puede entenderse reducido al estricto campo del enjuiciamiento de conductas presuntamente delictivas, sino que debe entenderse también que preside la adopción de cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional, que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado sancionatorio para las mismas o limitativo de sus derechos» (STC 13/1982, de 1 de abril [ECLI:ES:TC:1982:13]). Más recientemente, atendiendo a lo dispuesto en el art. 10.2 CE y a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el contenido de aquel derecho, el Tribunal Constitucional le reconoce una dimensión extraprocesal, como regla de tratamiento. En este sentido, en la STC 77/2023, de 20 de junio (ECLI:ES:TC:2023:77), FJ 5 se dice: «[A] pesar de que este tribunal había considerado aplicable el derecho a la presunción de inocencia únicamente a los procesos penales o administrativo-sancionadores pendientes –en los que se dirime la imposición de una pena o

una sanción administrativa– en las SSTC 8/2017, de 19 de enero, y 10/2017, de 30 de enero, se acogió la doctrina elaborada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y se amplió el ámbito de aplicación del derecho a la presunción de inocencia en un doble sentido: (i) no se limita a los procesos penales o contencioso-administrativos sancionadores, sino que se extiende a los procesos administrativos y contencioso-administrativos seguidos por responsabilidad patrimonial del Estado por prisión preventiva; y (ii) no se limita a los procedimientos penales que estén pendientes, sino que se amplía a los procedimientos judiciales resultantes de la absolución definitiva del acusado, en la medida en que las cuestiones planteadas en dichos procesos constituyan un corolario y un complemento de los procesos penales en cuestión, en los que el demandante ostentaba la calidad de acusado».

Me parece que semejante comprensión del derecho a la presunción de inocencia es demasiado amplia. También me lo parece la tesis más restrictiva que entiende que este derecho se vulnera siempre que los derechos del investigado o del inculpado se limiten sin que hayan quedado debidamente acreditados los *hechos* que la ley exige que concurran para poder limitarlos. El derecho a la presunción de inocencia se vincula, así, con el derecho a que los hechos que justifican la limitación de los derechos del investigado o del acusado hayan quedado debidamente probados, con independencia de si la decisión que limita los derechos es una sentencia condenatoria, una sentencia que acuerda la imposición de una medida de seguridad a un inimputable, una decisión que acuerda una medida cautelar o una que acuerda una diligencia de investigación. Todas estas decisiones cuestionan la inocencia de la persona cuyos derechos limitan y pueden ser decisiones ilícitas, pero sería mejor entender que nunca vulneran el derecho a la presunción de inocencia.

Cualquiera de aquellas dos formas de interpretar restrictivamente el derecho a la presunción de inocencia llevaría a negar su infracción por parte de las resoluciones de las que se ocupó la sentencia que comentamos, pues la antijuricidad de estas resoluciones deriva de una interpretación insatisfactoria del ámbito de aplicación de los arts. 589 y 783.2 LECrim. y, en definitiva, de los supuestos en los que estos preceptos permiten acordar una fianza y el embargo de los bienes del investigado o acusado. Pero ya se ha dicho que el Tribunal Constitucional viene manteniendo una concepción más amplia de aquel derecho fundamental, que es coherente con la conclusión allí alcanzada.

4. Conclusiones

El régimen jurídico de la pena de multa está diseñado para que pueda satisfacer su función preventiva, para que la situación económica del condenado no condicione injustificadamente su contenido aflictivo y para que aquel pueda cumplirla. Pero ello no elimina por completo el riesgo de que no lo haga y deje de satisfacer la multa voluntariamente o por vía de apremio. La previsión de que, en estos casos, el condenado quede sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria, contribuye a disminuir el riesgo de incumplimiento de la pena de multa y, además, disminuye la gravedad del mismo. Pero no comporta que ese riesgo de incumplimiento sea irrelevante, especialmente cuando su cuantía se determina de acuerdo con el sistema de multa proporcional, es elevada, se impone junto con una pena de prisión superior a 5 años y la situación económica del penado no es holgada.

La relevancia del riesgo de incumplimiento de la multa no siempre justifica la decisión de neutralizarlo ordenando al acusado que preste fianza y acordando el embargo de sus bienes. Solo en casos excepcionales podrá afirmarse que esta limitación de los derechos del acusado prevista en los arts. 589 y 783.2 LECrim. respeta las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad (adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto). No es así en el caso de las resoluciones que analiza la STC 69/2023, de 19 de junio (ECLI:ES:TC:2023:69). La concepción amplia del derecho a la presunción de inocencia que mantiene el Tribunal Constitucional admite su vulneración mediante decisiones que cuestionan injustificadamente la inocencia de una persona, aunque no se trate de una sentencia que declare probada la comisión por el acusado de un hecho delictivo. Una concepción tan amplia es discutible, pero es coherente con la afirmación de que aquellas resoluciones vulneraron dicho derecho fundamental.

InDret
4.2023

Retroactividad o irretroactividad de las leyes sobre suspensión o sustitución de las penas

Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional español 54/2023, de 22 de mayo

Guillermo Ramiro Oliver Calderón
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile)
guillermo.oliver@pucv.cl

-

1. Antecedentes

Por sentencia de 20 de julio de 2018, la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona condenó a dos sujetos por hechos cometidos entre los años 2005 y 2006, como autores de un delito de apropiación indebida en concurso medial con un delito de falsedad contable, a las penas, a cada uno de ellos, de cuatro años y medio de prisión y multa de once meses con cuota diaria de veinte euros; y como autores de otro delito de falsedad contable, a las penas, a cada uno de ellos, de un año y medio de prisión y multa de ocho meses con cuota diaria de veinte euros. Dicha resolución alcanzó firmeza al desestimarse por la Sala Segunda del Tribunal Supremo el recurso de casación interpuesto en su contra, por sentencia de 21 de octubre de 2020.

Al tiempo en que los mencionados delitos fueron cometidos, el artículo 88.1 del Código Penal español, en sus dos primeros párrafos, rezaba así:

> «Art. 88. 1. Los jueces o tribunales podrán sustituir, previa audiencia de las partes, en la misma sentencia, o posteriormente en auto motivado, antes de dar inicio a su ejecución, las penas de prisión que no excedan de un año por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, y en los casos de penas de prisión que no excedan de seis meses, también por localización permanente, aunque la Ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo o por un día de localización permanente. En estos casos el juez o tribunal podrá además imponer al penado la observancia de una o varias obligaciones o deberes previstos en el artículo 83 de este Código, de no haberse establecido como penas en la sentencia, por tiempo que no podrá exceder de la duración de la pena sustituida.
>
> Excepcionalmente, podrán los jueces o tribunales sustituir por multa o por multa y trabajos en beneficio de la comunidad, las penas de prisión que no excedan de dos años a los reos no habituales, cuando de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquéllas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social. En estos casos, la sustitución se llevará a cabo con los mismos requisitos y en los mismos términos y módulos de conversión establecidos en el párrafo anterior para la pena de multa».

Durante la tramitación del proceso que concluyó con la referida sentencia de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona, se publicó la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, con entrada en vigor el 1 de julio de 2015, la que, entre otras cosas, suprimió el artículo 88 del Código Penal.

Mediante escritos presentados el 8 de abril de 2021 ante el mencionado tribunal, la representación de los condenados solicitó la sustitución de la pena de un año y seis meses de prisión por un año de trabajos en beneficio de la comunidad y un año de multa, conforme al artículo 88 del Código Penal, pero en su redacción anterior a la reforma operada por la citada Ley Orgánica.

Por auto de 20 de abril de 2021, el tribunal desestimó la solicitud de sustitución, argumentando que el citado artículo 88 no se encontraba vigente, que por tratarse de una materia procesal debía observarse el principio *tempus regit actum* y que, conforme a jurisprudencia del Tribunal Supremo, la normativa aplicable a la sustitución de penas ha de ser la vigente en el momento de modificarse las operaciones correspondientes a su ejecución. Contra dicho auto los condenados interpusieron un recurso de súplica, el cual fue desestimado mediante auto de 20 de mayo de 2021.

Contra los indicados autos, la representación de cada uno de los condenados interpuso un recurso de amparo, aduciendo una vulneración de sus derechos a la libertad, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva y a la legalidad penal. Ambos recursos de amparo, que se acumularon, fueron estimados por el Tribunal Constitucional mediante sentencia de 22 de mayo de 2023. En esta, después de reseñar el contenido, el alcance y las manifestaciones del principio de legalidad penal, consagrado en el artículo 25.1 de la Constitución española; de resumir el fundamento y la extensión de la prohibición de retroactividad de las normas penales desfavorables, y de describir la evolución de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el contenido de aquel principio –conforme a la cual se entiende que contenidos tradicionalmente calificados de ejecución o aplicación de la pena, actualmente integran el concepto de pena para los efectos del artículo 7.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos– el Tribunal Constitucional afirmó que se había vulnerado el derecho a la legalidad penal de los recurrentes de amparo, por haberse infringido la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal desfavorable, y anuló los mencionados autos, ordenando retrotraer el procedimiento al momento inmediatamente anterior al de dictarse la primera de las resoluciones anuladas, para que la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona pronunciara una nueva resolución que fuera respetuosa con el derecho fundamental reconocido.

2. Consideraciones sobre el fundamento de la irretroactividad de la ley penal y sobre su extensión a los cambios desfavorables en la normativa sobre ejecución penal[1]

El análisis del caso resuelto por el Tribunal Constitucional representa una invitación para reflexionar acerca de si el principio (mejor, la regla) de irretroactividad penal comprende o no las modificaciones que experimenta la regulación sobre ejecución penal, materia que no suele ser

[1] Algunas de las explicaciones ofrecidas en esta sección han sido extraídas, en ocasiones en forma literal, de OLIVER CALDERÓN, *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales*, 2007, pp. 123 ss.

muy tratada en los manuales de Derecho penal. Para abordar este tema parece ineludible una toma de postura previa acerca del fundamento de la prohibición de retroactividad penal.

Tengo para mí que el fundamento del postulado de la irretroactividad penal es la seguridad jurídica. Es imposible que las personas puedan calcular la valoración jurídica de sus actuaciones, tomando en cuenta una legislación inexistente en el momento en que estas tienen lugar. No podrían prever la calificación jurídico-penal que sus actos recibirán ni cómo se llegará a asignar dicha calificación, a partir de leyes que aún no han sido promulgadas. Si se permitiera la retroactividad de las leyes penales, las personas no podrían tener la seguridad de que no serán sancionadas por un hecho que, en el momento de su realización, no constituye delito, ni con penas más graves que las contempladas en la ley vigente al tiempo de su ejecución, cuando el hecho sí es delictivo. Esta idea corresponde a lo que se conoce con el nombre de concepción *subjetiva* de la seguridad jurídica o certeza del derecho, esto es, el conocimiento del Derecho por parte de sus destinatarios; la denominada concepción *objetiva* de la seguridad jurídica, en cambio, la entiende como una exigencia de regularidad estructural y funcional del sistema jurídico a través de sus normas e instituciones.

No obstante, es común (y correcto) afirmar que el conocimiento del Derecho es más un mito que una realidad. Distintas razones explican que esto sea así. Verbigracia, se menciona el hecho de que los medios que producen el contacto entre las normas jurídicas y sus destinatarios son sólo indirectos, por lo que únicamente es posible aspirar a un conocimiento aproximado del ordenamiento jurídico y, por ello, impreciso. Se alude también al lenguaje excesivamente técnico en que muchas veces las leyes son redactadas, lo que dificulta que las personas puedan comprender su sentido. Asimismo, se hace referencia a la falta de claridad de algunas leyes, a la complejidad y la equivocidad del lenguaje con que se redactan, a su falta de taxatividad y a su constante mutación en un breve lapso, entre otras causas que obstruyen el conocimiento del Derecho.

Estas dificultades tornan necesario realizar un ajuste en la llamada concepción subjetiva de la seguridad jurídica. Con leyes penales irretroactivas, por las razones mencionadas, no se puede asegurar que las personas tengan pleno conocimiento del ordenamiento jurídico, pero la posibilidad de aplicar retroactivamente las leyes penales supone un incremento cuantitativamente radical de tales dificultades. Dicho con otras palabras, si con leyes irretroactivas ya es difícil conocer el Derecho y calcular la calificación jurídico-penal de futuras actuaciones, con leyes retroactivas ello sería prácticamente imposible. Por ello, en vez de conocimiento del Derecho, debería hablarse de cognoscibilidad de este, es decir, la circunstancia de que no sea imposible para las personas poder conocer el Derecho vigente, para prever los efectos jurídicos de sus actuaciones. Lo importante no es, entonces, que los ciudadanos cuenten con dicho conocimiento, sino que no carezcan de la posibilidad de acceder al mensaje normativo. La irretroactividad de las leyes penales, en consecuencia, no garantiza su efectivo conocimiento por los ciudadanos, pero sí contribuye a la posibilidad de dicho conocimiento o, mejor, a evitar que sea imposible su ignorancia.

Si este es el fundamento de la prohibición de retroactividad penal, resulta obligado concluir que las disposiciones que regulan la forma en que las consecuencias jurídico-penales de las actuaciones de las personas deben ejecutarse no pueden aplicarse retroactivamente. Las modificaciones en la regulación sobre ejecución penal que inciden perjudicialmente en el modo

en que se cumplen las penas forman parte del contenido de dicho postulado. De muy poco sirve que no se excluya la posibilidad de que los ciudadanos sepan con antelación qué penas se les podría imponer si cometen un delito, garantizando la irretroactividad de estas, si adicionalmente no se evita la imposibilidad de que conozcan con anticipación en qué se podría traducir su cumplimiento, por no asegurarse la irretroactividad de la normativa sobre ejecución penal. Dicho con otras palabras, si las personas no pueden saber qué implica la ejecución de una pena, tampoco pueden saber realmente *cómo se castiga* un delito. Para no excluir la posibilidad de prever en qué se traduce el cumplimiento de una pena, es necesario garantizar la irretroactividad de las normas que indicen en su ejecución, lo que cubre no sólo aquellas cuya aplicación forma parte del contenido de las sentencias condenatorias, sino también aquellas cuya aplicación queda entregada a la administración penitenciaria.

En el nivel constitucional, el sistema jurídico español ofrece argumentos de derecho positivo en favor de la irretroactividad de las modificaciones desfavorables en materia de ejecución penal. Por una parte, el artículo 9.3 de la Constitución, además de garantizar la seguridad jurídica –lo que ya bastaría para negar retroactividad a tales modificaciones–, asegura «la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales». Dentro de la expresión «disposiciones sancionadoras no favorables» pueden entenderse incluidos los cambios perjudiciales de la regulación sobre ejecución penal. Dado que las penas son sanciones, es razonable calificar como «sancionadoras» las disposiciones que desarrollan aquellas. Y en todo caso, su irretroactividad queda igualmente garantizada, pues se trata de disposiciones «restrictivas de derechos individuales».

Por otra parte, el artículo 25.1 de la Constitución, al señalar que «[na]die puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento», también parece brindar cobertura a la prohibición de aplicar retroactivamente modificaciones desfavorables en materia de ejecución de penas, siempre que se acepte que la garantía penal del principio de legalidad, pese a que no se encuentra expresamente consagrada en esta norma, está implícitamente reconocida en ella. Máxime si se adhiere a la opinión que entiende que la garantía de ejecución del principio de legalidad penal también se puede desprender de este precepto constitucional, a pesar de la ausencia de referencia expresa a ella en su texto.

3. Valoración de la sentencia del Tribunal Constitucional

La sentencia objeto del presente comentario merece una valoración positiva, pues representa una acertada forma de enfrentar el problema de determinar el fundamento y alcance de la irretroactividad en materia penal. En su fallo, el Tribunal Constitucional, correctamente, pone de relieve la obligación de garantizar la irretroactividad de los cambios perjudiciales en la normativa que permitía a los recurrentes de amparo prever todas las consecuencias jurídico-penales de los actos que ejecutaron. En sus palabras,

> «[D]ebe tomarse en consideración que la regulación sobre las penas vigentes en el momento de los hechos, aquella que los recurrentes podían prever, que garantizaba su derecho a la seguridad y a la libertad, y que determinaba la función intimidatoria y motivadora de su conducta, se integraba por la pena prevista en el tipo penal de falsedad contable tipificado en el art. 290 CP –esto es, de uno a tres años y multa de seis a doce meses–, y por las normas –en lo que ahora interesa–, relativas a "la sustitución de las penas privativas de libertad", que se contenían en la Sección 2ª, del Capítulo III,

> del Título III del Código Penal. Este era el marco normativo que realmente determinaba la pena impuesta [...]» (f. j. 6°).

Además, el Tribunal Constitucional destaca que la regulación vigente cuando los recurrentes de amparo cometieron los delitos por los cuales fueron condenados, era más favorable que la que regía al momento de la sentencia condenatoria, al señalar que

> «[l]a aplicación de las reglas de sustitución de las penas vigentes cuando cometieron los delitos (art. 88 CP), podía evitar que el tiempo de estancia en prisión se alargara un año y seis meses, al prever la posibilidad de que la pena de prisión impuesta por el delito de falsedad contable, por no exceder de los dos años, se sustituyera por una pena de trabajos en beneficio de la comunidad y una pena de multa».
>
> «La aplicación de la sobrevenida reforma del Código Penal, por más que dicha reforma estuviera justificada para aumentar la eficacia de la justicia penal, podía suponer –al evitar una eventual sustitución de la pena de prisión– la imposición de una pena realmente más grave que la aplicable al tiempo de cometerse la infracción, sin que con su imposición se lograra satisfacer la finalidad de prevención general de la pena, pues el delito ya se había cometido».
>
> «En tal sentido, el marco legal previsto en el momento de los hechos –modificado por la necesidad de aumentar la eficacia de la justicia penal– permitía –si el órgano judicial entendía que concurrían los requisitos del art. 88 CP– que los recurrentes en lugar de cumplir la pena privativa de libertad impuesta por el delito de falsedad contable, tuvieran la posibilidad de cumplir una pena privativa de derechos junto con una pena de multa –de menor gravedad y carga aflictiva, así lo entendieron también los recurrentes– evitando de este modo un mayor tiempo de estancia en prisión [...]» (f. j. 6°).

Por otra parte, aludiendo al fundamento de la prohibición de retroactividad de las modificaciones penales desfavorables, con una argumentación que gira en torno a la idea de la seguridad jurídica, casi coincidente con explicaciones ofrecidas en la sección anterior de este comentario, el Tribunal Constitucional agrega que

> «[e]l órgano judicial, al aplicar la reforma prevista en la LO 1/2015 a hechos anteriores, cercenó la exigencia de previsibilidad de los recurrentes frente a la reacción estatal, esto es, frente a la pena que realmente se les podía imponer. Éstos no pudieron tomar en consideración, ni conocer, el cambio legislativo desfavorable que se avecinó, menoscabándose la garantía de predeterminación normativa de la pena que les amparaba. En efecto, los recurrentes pudieron creer en la posibilidad de evitar el ingreso en prisión, mediante la aplicación de las reglas que regulaban la sustitución de la pena. Dicha expectativa razonable, se vio quebrada por la aplicación de la legislación posterior desfavorable. La LO 1/2015, eliminó la institución de la sustitución de la pena, por lo que modificó sustancialmente la pena que eventualmente los recurrentes debían cumplir por el delito cometido. De este modo se impidió la posibilidad de sustitución de la pena privativa de libertad y, con ello, se ocasionó la eventual prolongación retroactiva de la pena de prisión» (f. j. 6°).

Adicionalmente, el Tribunal Constitucional indica que para determinar el alcance del postulado de la irretroactividad en materia penal, es necesario abandonar el criterio puramente formal consistente en desentrañar la naturaleza de la institución que experimenta algún cambio normativo y reservar la prohibición de retroactividad sólo para las modificaciones en institutos de naturaleza claramente sustantiva, negando su aplicación para instituciones cuya naturaleza sea discutida o claramente distinta, como la procesal. Así lo da a entender, al afirmar lo siguiente:

> «A lo anterior no se le pueden oponer los argumentos formales dados por el órgano judicial, por los que al considerar la sustitución de la pena como una institución propia de la ejecución penal tenía naturaleza procesal y por ello no se encontraba afectada por la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal desfavorable. No es posible abordar la cuestión desde un prisma meramente formal o procedimental, desprovisto de su enfoque material o desatendiendo a los intereses jurídicos implicados. Lo esencial no es la naturaleza procesal o adjetiva de las normas, sino si de las mismas, de su inaplicación, podía resultar la existencia o no de una efectiva e imprevisible limitación de la libertad personal de los condenados o un alargamiento de la pena de prisión que los recurrentes debían cumplir, al excluir toda posibilidad de sustitución de la pena» (f. j. 6°).

Debe saludarse particularmente esta forma de determinar la extensión de la prohibición de retroactividad en materia penal. Esta manera de enfrentar el tema, la cual apunta a verificar si la aplicación retroactiva del cambio normativo en alguna institución, cualquiera sea su naturaleza, vulnera el fundamento que se atribuya a dicha prohibición, es acertada. Su generalización permitiría poner término a discusiones doctrinales y jurisprudenciales existentes desde antiguo sobre el alcance del postulado de la irretroactividad penal, como, por ejemplo, la pregunta acerca de si modificaciones desfavorables en el instituto de la prescripción están sujetas a la referida prohibición, debate en el que todavía se suele operar con un criterio simplemente formal, afirmando que la respuesta depende de si esta institución tiene naturaleza sustantiva –en cuyo caso sí estaría comprendida en el postulado de la irretroactividad– o adjetiva –caso en el cual no quedaría cubierta por la prohibición.

En todo caso, el Tribunal Constitucional, para fundar mejor su decisión de estimar los recursos de amparo, añade una argumentación aparentemente paradójica:

> «A los argumentos de las resoluciones impugnadas podrían oponérsele (sic) también otros –algunos de los cuales han sido alegados por los recurrentes–, que no fueron examinados por el órgano judicial, y que alejarían la sustitución de la pena de su catalogación de institución propia de la ejecución, tales como: (i) que la sustitución se puede decidir en la misma sentencia o con posterioridad, antes de dar inicio a la ejecución de la pena; (ii) que la institución de la sustitución de la pena tiene una función retributiva no ausente de carácter preventivo, aspectos estos –retribución y prevención– que son esenciales de la pena, y que resultaban de la propia literalidad del art. 88.2.II CP; (iii) que para decidir la procedencia o no de la sustitución se atendía a aspectos que no pertenecen al ámbito de la ejecución de la pena o a la conducta del penado, sino que son previos como "las circunstancias del hecho y del culpable" o que no se trate de reos habituales; (iv) así como que en el supuesto de incumplimiento en todo o en parte de la pena sustitutiva, la pena de prisión inicialmente impuesta se ejecutará descontando, en su caso, la parte de tiempo a que equivalgan las jornadas de trabajo en beneficio de la comunidad o la (sic) cuotas de multa cumplidas (art. 88.2 CP); (v) y, por concluir, que se entendía extinguida la pena por el cumplimiento de la pena sustitutiva, comenzando a computarse el plazo de cancelación de los antecedentes penales (art. 136.3 CP)» (f. j. 6°).

Sin perjuicio de que esta última argumentación es plausible, ya que efectivamente hay buenas razones para afirmar que la sustitución de la pena posee una naturaleza sustantiva –de hecho, cuando se la aplica se habla de *penas* sustitutivas–, su esgrimidura puede hacer perder fuerza a la idea manifestada previamente por el mismo tribunal en la sentencia comentada, en el sentido de que para determinar el alcance de la prohibición de retroactividad en materia penal no es decisiva la naturaleza de la institución que experimente un cambio normativo, sino que lo es la consideración de si la aplicación retroactiva de tal modificación vulnera o no el fundamento de dicha prohibición. La argumentación del Tribunal Constitucional que se acaba de transcribir

puede verse como un retroceso en el camino correctamente iniciado, pues parece sugerir que, si la sustitución de la pena fuera catalogada como una institución propia de la ejecución, no quedaría cubierta por el postulado de la irretroactividad penal.

InDret
4.2023

La colaboración premiada: justicia premial encubierta

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 507/2020, de 14 de octubre, sobre el «caso Gürtel»

Marina Oliveira Teixeira dos Santos
Universidad de Salamanca
marinaots@usal.es

-

1. Introducción

La sentencia del Tribunal Supremo 507/2020, de 14 de octubre[1], marca una importante etapa en lo que se conoce como la «primera fase» del caso Gürtel. Confirma, en líneas generales, la sentencia inicialmente dictada por la Audiencia Nacional (sentencia de la Audiencia Nacional 20/2018, de 17 de mayo[2]).

El caso se centra en una amplia trama que involucra a políticos y empresarios, liderada por Francisco Correa, con el propósito de recaudar fondos de autoridades políticas en violación de las disposiciones legales vigentes. Para lograr este objetivo, se estableció una estructura que se basaba en personas jurídicas pertenecientes al denominado grupo «Correa», desde la cual los miembros de la trama se beneficiaron a través de la obtención de contratos con las administraciones públicas y la apropiación indebida de entidades públicas.

Implicó a muchas personas condenadas, empresas pantallas y la condena por delitos contra la Hacienda Pública, cohecho, malversación, y otros. Delitos de naturaleza político-económica[3] para los cuáles el legislador dispone la existencia de subtipos atenuados en el caso de la colaboración con la justicia, aunque de manera limitada a ciertos tipos delictivos y vinculada a una cooperación bastante específica[4]. Esta colaboración también es alentada por diversos

[1] STS 507/2020, Penal, de 14 de octubre (ECLI:TS:2020:3191), en adelante STS 507/2020.

[2] SAN 20/2018, Penal, de 17 de mayo (ECLI:AN:2018:1915), en adelante SAN 20/2018.

[3] Cfr. Barona Vilar, *Proceso penal desde la historia. Desde su origen hasta la sociedad global del miedo*, 2017, pp. 578 y ss.; Sarrabayrouse, «Recensión a *El concepto del delito económico-político* de Wolfgang Naucke (Berlin, 2012)», *Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales*, (2-4), 2013, pp. 339-372.

[4] Específicamente, en los delitos de alteración de precios en concursos y subastas públicas, los delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social, los delitos contra la salud pública, el delito de cohecho y malversación, los delitos de organizaciones y grupos criminales y los delitos de terrorismo. *Cfr.* Lamarca Pérez, «Atenuación por abandono y colaboración. Requisitos (artículo 376.1 CP). Delimitación con la atenuante 4.ª del artículo 21 CP», en Álvarez García, (ed.), *El delito de tráfico de drogas*, 2009, pp. 280 ss.; Ortiz Pradillo, *Los delatores en el proceso penal*, 2018, p. 230; Cuerda Arnau, *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, 1995; Quintanar Díez, *La justicia penal y los denominados arrepentidos*, 1997.

documentos y convenciones internacionales[5]. En el sistema penal español, suele ser promovida a través de la interpretación analógica de la atenuante de confesión del art. 21.4 CP.

Para el análisis de este trabajo, nos centramos en la interpretación realizada con relación a la colaboración con la justicia realizada por distintos coacusados y que fue debidamente examinada por el Tribunal Supremo, confirmando mucho de lo anteriormente expuesto por la Audiencia Nacional. El objetivo de este análisis crítico es establecer los parámetros jurisprudenciales para los distintos actos de cooperación con la justicia, especialmente a partir de lo dispuesto en la legislación penal y procesal penal sobre el tema. Partiendo, por consiguiente, del principio de legalidad y de sus garantías criminales (*nullum crimen sine lege*), penales (*nulla poena sine lege*)[6] y jurisdiccionales[7].

2. Contexto previo: la Sentencia de la Audiencia Nacional (SAN 20/2018, de 17 de mayo)

El caso narrado deriva de la denuncia formulada por uno de los acusados, José Luis Peñas Domingo, «quien, desde el primer momento, ha colaborado de forma esencial en la investigación, exponiendo el modo de operar del grupo liderado por Francisco Correa»[8]. Habiendo, además, aportado junto con su denuncia «numerosas grabaciones de conversaciones mantenidas con otros acusados, que la corroboran y han sido de gran ayuda para un mejor esclarecimiento de los hechos y partícipes en ellos»[9].

Posteriormente, la Audiencia Nacional vuelve a destacar la colaboración de José Luis Peñas Domingo, relatando de manera extensa todas sus declaraciones sobre los acontecimientos, las que advierte fueron útiles para conformar los hechos probados. Y, aunque la Audiencia Nacional afirme que José Luis Peñas Domingo haya intentado eludir su implicación en los hechos de que fue acusado, porque ha habido credibilidad en sus respuestas relacionadas con las grabaciones aportadas, se le fue apreciada la atenuante de confesión del art. 21. 4 CP, alegada como muy calificada por el Ministerio Fiscal y respecto de todos los delitos[10].

---

[5] Desde la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional de 2000, la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción de 2003, el Convenio Penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa de 1999, la Resolución del Consejo de la Unión Europea relativa a las personas que colaboran con el proceso judicial en la lucha contra la delincuencia internacional organizada de 1996, entre otros.

[6] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «¿Legalidad penal líquida?», *InDret*, (3), 2015, pp. 2 y 3.

[7] MONTERO AROCA define los tres principales sentidos de la garantía jurisdiccional del principio de legalidad (MONTERO AROCA, «Lección Primera. Los conceptos iniciales», en EL MISMO *et al.*, *Derecho jurisdiccional III: proceso penal,* 27ª ed., 2019, p. 34).

[8] SAN 20/2018, Antecedentes Procesales, octavo; Hechos Probados, n.º 5.

[9] La discusión en el folio 186 de la Sentencia confirma la efectividad y esencialidad de la colaboración de José Luis Peña Domingo: «su colaboración ha sido esencial para la averiguación y esclarecimiento de los hechos, en lo que a él y quienes con el participaron en los mismo se refiere, tanto por la aportación de determinadas conversaciones que grabó, como por la descripción de esos hechos y partícipes, en particular en lo relativo a la actividad desarrollada por Francisco Correa» (SAN 20/2018).

[10] SAN 20/2018, Antecedentes Procesales, octavo; Hechos Probados, n.º 5.

El propio José Luis Peñas Domingo, conforme la sentencia de la Audiencia Nacional, habría señalado la relevancia de la cooperación de otro condenado, Juan José Moreno, para las grabaciones con las que instruyó su denuncia. Según la sentencia, José Luis Peñas Domingo declara que desde que «tuvo la convicción de que tenía que grabar, Juan José Moreno estuvo con él 100 por 100, dos años, siendo la colaboración de este absolutamente igual a la suya»[11]. Sin embargo, señalamos que no solamente su propia defensa elevó sus conclusiones provisionales a definitivas, sin alegar circunstancia modificativa alguna[12], sino tampoco se le ha aplicado ninguna circunstancia modificativa o mencionado otra vez su supuesta colaboración en la sentencia. En noticias de la época[13], no obstante, se puede confirmar que Juan José Moreno, aunque hubiera auxiliado durante la grabación, no firmó la denuncia juntamente con José Luis Peñas Domingo, lo que justificaría el trato diferenciado dado a ambos por la Audiencia Nacional.

En el mismo apartado de «colaboración con la justicia», se aclara que Roberto Fernández Rodríguez, Jacobo Gordon Levenfeld y Alfonso García Pozuelo «reconocieron al inicio del presente juicio los hechos que les imputaba el Ministerio Fiscal, lo que ha servido de importante ayuda para formar el criterio del tribunal». Por lo tanto, se ha impuesto a Jacobo Gordon Levenfeld una pena con la atenuante analógica de confesión conforme apreciado por el Ministerio Fiscal y solicitado por la defensa[14]. A los otros dos condenados, Roberto Fernández Rodríguez y Alfonso García Pozuelo, la sentencia destaca que el Ministerio Fiscal apreció la circunstancia analógica de confesión como muy calificada y se menciona expresamente que «con ambos llegó a un acuerdo [el Ministerio Fiscal], que respetamos»[15]. Este posicionamiento de la Audiencia Nacional, a favor de respetar un acuerdo entre el Ministerio Fiscal y los acusados es confirmado posteriormente, cuando la Audiencia Nacional reconoce que «la condena por este delito que se solicita para Alfonso García Pozuelo, con la atenuante analógica de confesión muy calificada que le aplica el MF, ha de ser respetada en los términos que acordaron las partes»[16].

El último investigado sobre el que se menciona la colaboración con la justicia de manera favorable es Francisco Correa. Con relación a él, la Audiencia Nacional valora que no puede caber la circunstancia atenuante de reparación invocada del art. 21. 5º del CP, pero sí «está en línea con esta dinámica de colaboración que ha venido mostrando, como hizo cuando reconoció los hechos en su declaración prestada en el juicio oral»[17]. Por consiguiente, se le aplica la atenuante analógica a la confesión como a Roberto Fernández Rodríguez, Jacobo Gordon Levenfeld y

---

[11] SAN 20/2018, FD I.

[12] SAN 20/2018, FD III.

[13] CHICOTE, «*Los concejales que grabaron a Correa* "nos han destrozado la vida, pero volveríamos a hacerlo"», *ABC España*, 30 de mayo 2018 [consulta: 11 marzo 2021]. Disponible en: <https://www.abc.es/espana/abci-concejales-grabaron-correa-destrozado-vida-pero-volveriamos-hacerlo-201805300306_noticia.html?ref=https:%2F%2Fwww.google.com%2F>. Cfr., además: LÓPEZ-FONSECA, *La dispar fortuna de los arrepentidos de la Gürtel*, *El país*, 24 de mayo 2018 [consulta: 11 marzo 2021]. Disponible en: <https://elpais.com/politica/2018/05/24/actualidad/1527158183_672205.html>

[14] SAN 20/2018, FD III.

[15] SAN 20/2018, FD III.

[16] SAN 20/2018, FD III.

[17] SAN 20/2018, Introducción, 3.A.

Alfonso García Pozuelo[18]. Y, por primera vez en la sentencia, la Audiencia Nacional elucida la interpretación que dio lugar a dicha atenuante.

En los términos de la sentencia: «[la] atenuante analógica a la de confesión, cuando tiene lugar una vez el proceso en marcha, sobre la base de que, partiendo de un reconocimiento de hechos cuya veracidad ha de valorar la Audiencia Nacional, las declaraciones que preste quien confiesa sean decisivas para el esclarecimiento de la mayor parte de los mismos, en el caso de complejos delitos de corrupción económico-política y de blanqueo de capitales, en que la prueba resulta verdaderamente difícil. Así, vinculada dicha valoración con el principio de inmediación y, al no tratarse de aplicar la atenuante específica del nº 4 del art. 21 CP, sino la analógica, en relación con la anterior, y no siendo su fundamento otro que el basado en razones de política criminal, que sirven para facilitar la investigación y prueba de los hechos, que comparte con la primera, si esto es así, no hay por qué negar su aplicación»[19].

De esta manera, en un primer momento la Audiencia Nacional admite la imposibilidad de aplicación de la atenuante de confesión, legalmente prevista en el art. 21.4 CP, al condenado Francisco Correa, así como la imposibilidad de su aplicación por una vía análoga. Para, en un segundo momento, afirmar que no pueden negar la «mucha importancia que ha tenido la declaración prestada en juicio por Francisco Correa, de cara a un mejor esclarecimiento de los hechos, y de gran ayuda a la hora de valorar la muy abundante y compleja prueba, en particular, documental que hemos tenido que manejar, nos hubiera llevado en este específico caso a la aplicación de esa atenuante analógica de confesión que fue solicitada por la defensa, en todo caso compensada con la especial gravedad de las conductas que se le reprochan y el muy importante perjuicio, fundamentalmente, económico que con ellas ha ocasionado»[20].

Por consiguiente, se le aprecia a Francisco Correa la atenuante analógica de confesión de manera restringida, sin extenderse a todos los delitos por los que fue condenado, con el fin de reflejar la gravedad de las conductas perpetradas por él. La incidencia de la atenuante analógica de confesión exclusivamente en relación a uno de los delitos por los que fue condenado, sin embargo, será examinada más detenidamente en el proceso de casación ante el Tribunal Supremo.

En relación con el acusado Luis Bárcenas, quien más recientemente ha demostrado su voluntad de colaborar con la justicia en el caso de la existencia de una caja B en el Partido Popular[21], la sentencia es muy clara al resaltar su falta de cooperación al evaluar la posibilidad de una reducción de su pena como «arrepentido colaborador». Se establece que Luis Bárcenas, al tomar conocimiento de las primeras detenciones en el caso en febrero de 2009, «consciente de su presumible implicación en ella [la causa] y los efectos que podía tener sobre su patrimonio, continuó con su estrategia de seguir ocultando sus rentas, mediante la apertura de nuevas

[18] Recordando que, en el caso de José Luis Peñas Domingos, al ser el primer denunciante y debido a su situación en concreto, el tribunal no le concedió la atenuante analógica de confesión, sino la propia atenuante de confesión del art. 41, 4 CP, como muy calificada.

[19] La propia sentencia cita como fallos que también aplican la atenuante analógica a la confesión para la colaboración con la justicia: el FJ 266º STS 508/2015, Penal, de 27 de julio (ECLI:TS:2015:3699), llamado caso Malaya (SAN 20/2018, p. 660-661).

[20] SAN 20/2018, Introducción, 3.A.

[21] Cfr. SAN 21/2021, de 28 de octubre.

cuentas»[22]. Esas cuentas le permitieron administrar su patrimonio, blanquear el capital procedente de la caja B del Partido Popular, realizar una evasión fiscal y utilizar esos recursos posteriormente junto con su esposa, quien también fue condenada en la misma sentencia Gürtel. En otras palabras, Bárcenas, al tener conocimiento de la apertura de la causa penal y de la detención de los primeros implicados, buscó blanquear los activos en su posesión mediante la retirada de fondos de bancos suizos[23] y a través de de diversas maniobras, como préstamos, donaciones, presuntas retribuciones por contratos de prestación de servicio, el pago de estudios a personas que sabían o no del origen ilícito, así como operaciones de compra y venta de obras de arte llevadas a cabo por su esposa, quien también resultó condenada, Rosalía Iglesias.

La (falta de) colaboración con la justicia se menciona con relación a otro condenado: Pablo Crespo. Mientras se evalúa el valor probatorio del material informático (en particular, de un pen-drive) por la supuesta quiebra de la cadena de custodia, la Audiencia Nacional afirma que Pablo Crespo, aunque hubiera dicho que quería ofrecer una colaboración, no sólo intentó sembrar dudas sobre lo suyo que estaba presente en este material informático, como también admitió información contenida en él[24]. Así que, en lo que respecta a ese condenado, la única mención que tenemos es acerca de su inicial voluntad de colaborar con la justicia y su posterior comportamiento, que contradecía cualquier voluntad de cooperación.

En la misma situación que Pablo Crespo y Luis Bárcenas se encontraron Isabel Jordán y Luis de Miguel Pérez. En cuanto a la primera, su defensa solicitó la atenuante analógica de confesión, pero la Audiencia Nacional optó por no concederla, a pesar de que había presentado una denuncia ante la guardia civil el 16 de octubre de 2017 y había aportado un disco duro con informaciones útiles para la investigación. Esto se debió a que su colaboración, según la sentencia, fue muy escasa y la actitud mostrada por la acusada no fue «muy respetuosa con la verdad, a la que, cuando no ha faltado, la ha relatado a conveniencia, derivando responsabilidades hacía otros»[25]. Por otro lado, en el caso de Luis de Miguel Pérez, cuya defensa también solicitó una atenuante, concretamente la atenuante de colaboración del art. 305 del Código Penal, la Audiencia Nacional señaló que «no acabamos de ver con qué presupuesto fáctico la sostiene». La Audiencia Nacional afirmó que no pudieron «apreciar ningún tipo de colaboración en este acusado que, siendo asesor de distintos acusados y colaborado en la creación de entramados para facilitarles la evasión fiscal y el blanqueo, a lo largo de todo lo actuado, en particular, en el acto del juicio oral ha mantenido una postura negativa en la participación de los delitos que se le acusa, y mantenido unos planteamientos absolutamente formales frente a la realidad defraudatoria que se trataba de encubrir con esa formalidad creada por él»[26]. En este sentido, se destaca la importancia de un reconocimiento de los hechos y una confesión veraz, mantenida a lo largo del procedimiento y acorde a la actitud colaborativa de los acusados para justificar la aplicación de la atenuante analógica de confesión.

---

[22] SAN 20/2018, IV.-Castilla y León, II.

[23] La retirada de fondos por Bárcenas de las cuentas suizas es razonable considerando la importancia de la colaboración de Suiza con el proceso Gürtel, habiendo aportado datos de las cuentas que Luis Bárcenas había estado ocultando (SAN 20/2018, p.1169).

[24] SAN 20/2018, FD, V.

[25] SAN 20/2018, Introducción, 3.C.

[26] SAN 20/2018, FD III, Penas a imponer.

3. La Sentencia del Tribunal Supremo (STS 507/2020, de 14 de octubre)

El Tribunal Supremo, desde los primeros folios de la sentencia, expresa la relevancia de la denuncia formulada por José Luis Peñas Domingo y de su colaboración para la investigación[27]. Consecuentemente, el propio Tribunal Supremo se ve obligado a desestimar el motivo décimo alegado por José Luis Peñas Domingo en su recurso relacionado con la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia. De esta forma, la posición del Tribunal Supremo nos permite llegar a una conclusión fundamental en lo que respecta a la colaboración con la justicia por parte de un acusado: cuando no sólo se reconozca la participación en los hechos que se le imputan, como también la de otros coacusados y se aporten pruebas que respalden las acusaciones contra ellos, a tal punto que el propio Ministerio Fiscal solicite la atenuante como muy cualificada, no se puede considerar que se vulnere la presunción de inocencia[28].

Asimismo, y de gran importancia para nuestro análisis, Jesús Sepúlveda Recio argumenta en su decimoquinto motivo que se ha vulnerado el precepto constitucional «del derecho a un proceso con todas las garantías en su vertiente de protección judicial de los derechos e intereses legítimos sin que pueda producir indefensión en el derecho a un proceso equitativo, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 6 del CEDH y el Art. 14 PIDCP»[29]. Según el recurrente, no se llevó a cabo un procedimiento con todas las garantías ya que la acusación se basó en pactos «alcanzados por la Fiscalía, fuera del procedimiento contradictorio, sin intervención ni conocimiento del recurrente, conformando el procedimiento, en la fase del juicio oral, a los acuerdos previos obtenidos extraprocesalmente, mediante premios, propuestas, intimidaciones o beneficios en convenios privados y ocultos a las declaraciones incriminatorias contra el mismo»[30]. Es decir, y como mencionado previamente en la sentencia de la Audiencia Nacional, el recurrente se fundamenta en los acuerdos extraprocesales realizados entre el Ministerio Fiscal y los acusados Alfonso García Pozuelo y Roberto Fernández, sin tener en cuenta el principio de igualdad establecido en el art. 14 de la Constitución Española y la lealtad y buena fe procesal.

El Tribunal Supremo desestima este recurso. Por lo tanto, ratifica los acuerdos extraprocesales que habían sido expresamente respetados por la Audiencia Nacional. El Tribunal Supremo lo argumenta destacando que la derivación de beneficios penológicos de una declaración o delación no genera automáticamente la negación de su valor probatorio, sino que sólo puede «empañar

[27]«Fue aperturada el 29/07/2014, dimanante de las DP 275/08, incoadas por auto de 06/08/2008, con motivo de la denuncia formulada por el acusado José Luis Peñas Domingo, quien, desde el primer momento, ha colaborado de forma esencial en la investigación, exponiendo el modo de operar del grupo liderado por Francisco Correa. Asimismo, aportó junto con su denuncia numerosas grabaciones de conversaciones mantenidas con otros acusados, que la corroboran y han sido de gran ayuda para un mejor esclarecimiento de los hechos y partícipes en ellos» (STS 507/2020, Antecedentes de Hecho, n.º5). Otra vez: «ha sido esencial para la averiguación y esclarecimiento de los hechos, en lo que a él y quienes con él participaron en los mismos se refiere, tanto por la aportación de determinadas conversaciones que grabó, como por la descripción de esos hechos y partícipes, en particular en lo relativo a la actividad desarrollada por Francisco Correa» (STS 507/2020, Antecedentes de Hecho, III).

[28] STS 507/2020, FD n.º 179. El fallo del Tribunal Supremo con relación a este acusado es el siguiente «DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a José Luis Peñas Domingo como autor de un delito continuado de fraude en concurso medial con un delito continuado de malversación (apartado Majadahonda) concurriendo la atenuante muy cualificada de confesión» (STS 507/2020, Fallo)

[29] STS 507/2020, FD n.º 219.

[30] STS 507/2020, FD n.º 219.

su fiabilidad». Además, señala que este posicionamiento está de acuerdo con las líneas jurisprudenciales de la propia corte según la que «el testimonio obtenido mediante promesa de reducción de pena no comporta una desnaturalización del testimonio que suponga en sí misma la lesión de derecho fundamental alguno (AATC 1/89, de 13 de enero; 899/2013, de 13 de diciembre)»[31]. Es más, para denegar este recurso el Tribunal Supremo se fundamenta en las permisiones legislativas relacionadas con los acuerdos entre acusación y defensas en el sumario y en el procedimiento abreviado[32], «que pueden abocar, en algunos supuestos, a sentencias de conformidad», así como en el Código Penal, que permite una atenuación relevante en delitos contra salud pública y terrorismo cuando haya colaboración activa y abandono voluntario de sus actividades. El Tribunal Supremo concluye que «ninguna queja constitucional se ha planteado contra esta regulación, de modo que las alegaciones de quiebra de un juicio justo, desequilibrio, tutela judicial, igualdad y demás vulneraciones que se denuncian carecen de fundamento»[33].

Por consiguiente, exclusivamente a partir de estos argumentos, el Tribunal Supremo cierra este apartado y deniega el pedido del recurrente, admitiendo, por lo tanto, un acuerdo extraprocesal no fundamentado directamente en ninguna permisión legal y posteriormente concedido debido a una interpretación analógica de la confesión (la que ha pasado a incluir el beneficio penal para las confesiones que ocurrieran tras el conocimiento del culpable sobre el proceso penal para la colaboración con la justicia)[34].

Francisco Correa, en su segundo motivo de recurrir[35] adujo que la atenuante analógica de confesión debe ser extendida a todos los delitos y penas en todos sus apartados, extensión no realizada por la Audiencia Nacional, la que, llegando a justificar la aplicación de la atenuante, «luego no llega a aplicar la rebaja penológica, imponiendo las mismas penas al recurrente que a aquellos a quienes no aprecia la concurrencia de la atenuante». Así, «el recurrente discrepa de tal razonamiento por cuanto ninguna regla penológica permite la no aplicación de una circunstancia atenuante por la gravedad objetiva de los hechos. Y por ello dada la especial intensidad y utilidad de la confesión para la investigación, esta atenuante debe ser considerada como muy cualificada con rebaja en todas las penas impuestas en dos grados»[36].

A raíz del recurso presentado por Francisco Correa, el Tribunal Supremo se refiere a la sentencia proferida en el 2000, la que habría hecho una exposición minuciosa de los requisitos integrantes de la atenuante de confesión: «1) Tendrá que haber un acto de confesión de la infracción; 2) El sujeto activo de la confesión habrá de ser el culpable; 3) la confesión habrá de ser veraz en lo

---

[31] Citan, además, la posición del propio Tribunal Supremo en otros fallos donde «ha expresado que la búsqueda de un trato de favor no excluye el valor de la declaración del coimputado, aunque en estos casos exista una mayor obligación de graduar la credibilidad (SSTS 29-10-90; 28-5-91; 14-2-95; 23-6-98; 3-3-2000)».

[32] Respectivamente arts. 655,688 y 694 LECrim y los artículos 779.5º, 784.3º, 787 y 801 LECrim.

[33] STS 507/2020, FD n.º 819.

[34] Manjón-Cabeza Olmeda, *Las excusas absolutorias en Derecho Español: doctrina y jurisprudencia*, 214, p. 35; Faraldo Cabana, «Comentario al Artículo 21.7», en Cuerda Arnau (ed.), *Comentarios al Código Penal. Tomo I,* 2023, p. 304; Garro Carrera/Asúa Batarrita, *Atenuantes de reparación y de confesión: equívocos de la orientación utilitarista*, 2008, p. 127; Ortiz Pradillo, *Los delatores en el proceso penal*, p. 230.

[35] Al amparo del N.º 1 del art. 849 LECrim, por indebida inaplicación de los arts. 21. 7º y 4º CP, y art. 66.1 y 2 CP (STS 507/2020, p.146).

[36] STS 507/2020, FD n.º 63.

sustancial; 4) La confesión habrá de mantenerse a lo largo de las diferentes manifestaciones realizadas en el proceso, también en lo sustancial; 5) La confesión habrá de hacerse ante Autoridad, Agente de la Autoridad o funcionario cualificado para recibirla; 6) Tendrá que concurrir el requisito cronológico, consistente en que la confesión tendrá que haberse hecho antes de conocer el confesante que el procedimiento se dirigía contra él, habiendo de entenderse que la iniciación de Diligencias Policiales ya integra procedimiento judicial, a los efectos de la atenuante. Por «procedimiento judicial» debe entenderse, conforme a la jurisprudencia de esta Sala, las diligencias policiales que, como meras actuaciones de investigación necesariamente han de integrarse en un procedimiento judicial (SSTS. 23.11.2005, 19.10.2005, 13.7.98, 27.9.96, 31.1.95)»[37].

Por lo tanto, en la sentencia Gürtel, el Tribunal Supremo respalda que, para que una atenuante sea análoga, no se puede exigir una correspondencia absoluta ni pueden faltar requisitos básicos para la atenuante general[38]. El Tribunal Supremo reafirma su propia posición al aceptar «como circunstancia analógica de confesión la realización de actos de colaboración con los fines de la justicia cuando ya se ha iniciado la investigación de los hechos con el acusado»[39].

Así, la aplicación de la atenuante por analogía está fundamentada en el fundamento de la atenuante usada como referencia. Y, concretamente en las atenuantes *ex post facto,* el fundamento de la atenuación se encuadra en consideraciones de política criminal, orientadas a impulsar la colaboración con la justicia[40]. Se exige, para ello, *(i)* una cooperación eficaz, seria y relevante; *(ii)* que aporte a la investigación datos «especialmente significativos para esclarecer la intervención de otros individuos en los hechos enjuiciados», *(iii)* una confesión veraz, aunque no coincida en todo[41]; *(iv)* que no sea, de manera alguna, tendenciosa, equívoca y falsa; y *(v)* que no añada falsamente otros diferentes, ni ofrezca una versión irreal que demuestre la intención del acusado de eludir sus responsabilidades[42].

Por consiguiente, el Tribunal Supremo señala que no cabe duda de la gran utilidad de Francisco Correa para «el mejor esclarecimiento de los hechos y de gran ayuda a la hora de valorar la muy abundante y compleja prueba, en particular, documental, al reconocer no solo su propia autoría sino la participación de los otros acusados, conducta que tendría encaje en la atenuante analógica de colaboración». De manera que el Tribunal Supremo concluye que el recurrente tiene razón en este punto y afirma que la gravedad de los hechos y el perjuicio sólo pueden ser considerados circunstancias para determinar la base de la pena o factores de individualización

[37] STS 507/2020, FD n.º 63.

[38] STS 507/2020, FD n.º 63.

[39] Cita el propio tribunal Supremo las SSTS: 20.10.97, 30.11.96, 17.9.99 y 10.3.2004. Cfr. STS 507/2020, FD n.º 63.

[40] En el mismo sentido vuelve a señalar el Tribunal Supremo que ya está superada la antigua configuración de la atenuante analógica de confesión vinculada al arrepentimiento del culpable, estando fundada en razones de política criminal (FD n.º 77).

[41] Pero sí exigen, de manera específica, que la confesión supone un reconocimiento de la vigencia de la norma, de manera que su finalidad tiene que ser posibilitar la actuación instructora y no la defensa personal del acusado ante un hecho delictivo, para que cumpla con la finalidad que fundamenta la atenuación (STS 507/2020, FD n.º 77).

[42] Interpretación dada por el Tribunal Supremo según su propia jurisprudencia en las SSTS 14.5.2001; 24.7.2002; 136/2001 de 31.1; 51/97 de 22.1 y 888/2006 de 20.9. Cfr. STS 507/2020, FD n.º 77.

de la misma, pero no pueden determinar la no aplicabilidad de la atenuante analógica de colaboración. De lo contrario, se crearía una paradoja en la que en «los delitos más graves o cometidos por organizaciones, aquellos en los que la investigación es más compleja y dificultosa, como sería el caso presente, nunca se aplicaría la atenuante de confesión»[43].

Respecto a la cualificación de la atenuante, el Tribunal Supremo evalúa que para que una atenuante por analogía sea considerada muy calificada «se exige que se acredite una mayor intensidad, superior a la normal respecto a la atenuante correspondiente, teniendo en cuenta todos los datos y elementos que prueban la menor antijuridicidad o culpabilidad del agente, que le hagan merecedor de un trato más benévolo». Así, tendrá mayor intensidad cuando la cooperación es activa y decisiva para el esclarecimiento de los hechos y de la participación del resto de los acusados en operación de relevante entidad. Y, volviendo al caso en concreto de Francisco Correa, el Tribunal Supremo señala que no ha habido dicha excepcionalidad en la cooperación del coacusado, «por lo que deberá aplicarse la atenuante analógica ordinaria de colaboración»[44], siendo sus efectos penológicos determinados en la segunda sentencia[45].

Tras esta línea argumentativa el Tribunal Supremo fundamenta las razones por las que negó apreciar la misma atenuante en el recurso de Isabel Jordán, señalando que no puede reclamar dicha atenuante una persona que invoca la presunción de inocencia y solicita su absolución por los delitos cometidos. Esto se debe a que, como referido anteriormente, la atenuante analógica de confesión requiere el reconocimiento de los hechos junto con la cooperación activa y efectiva. Elementos que, en el caso de la recurrente, no ocurrieron dado que ella habría dejado de reconocer su culpabilidad y derivado responsabilidades a terceros, aunque hubiese entregado un disco duro con informaciones esenciales[46]. Por consiguiente, no planteó colaboración alguna y rechazó cualquier relación con las actividades ilícitas por las que había sido acusada, negando también su participación y el carácter ilícito del hecho[47], mostrando una falta de colaboración y una actitud obstruccionista[48].

Juan José Moreno Alonso recurre debido a la no aplicación de la atenuante analógica del art. 21.4 CP y de la atenuante analógica de colaboración del art. 21.7 CP. El Supremo Tribunal desestima

[43] STS 507/2020, FD n.º 64.

[44] STS 507/2020, FD n.º 64.

[45] En ese sentido el Tribunal Supremo también estima el motivo segundo del recurso interpuesto por Francisco Correa y señala que la multa, al igual que la pena de prisión impuesta, habrá de serlo en su mínima extensión debido a la concurrencia de la atenuante analógica de colaboración (STS 507/2020, Fallo). En la página 1825 el Tribunal Supremo afirma que «tal como se ha razonado en el motivo segundo del recurso interpuesto por Francisco Correa Sánchez, al concurrir una atenuante las penas deberán serles impuestas en su límite mínimo» y, nuevamente en la página 1840 condenan a Francisco Correa, «concurriendo la atenuante de colaboración, y manteniendo las penas que la sentencia de instancia impone en el límite mínimo».

[46] Sobre la esencialidad de la prueba aportada por Isabel Jordán, por lo tanto, el Tribunal Supremo no está de acuerdo con la Audiencia Nacional, la que había negado la esencialidad de su colaboración en este punto (STS 507/2020, FD n.º 77).

[47] Aunque el Tribunal Supremo mantiene la no concesión de la atenuante de colaboración a Isabel Jordán, sí entiende que su actuación puede ser tenida en cuenta como un factor de individualización penológico, por lo que «considera la Sala que resulta procedente efectuar una nueva individualización penológica» (STS 507/2020, FD n.º 77)

[48] STS 507/2020, FD n.º 278.

ambos recursos dada la actitud del recurrente. Aunque hubiera ratificado los encuentros y avalado el contenido de las conversaciones, no compareció a denunciar formalmente junto con las grabaciones y, junto con este recurso, presentó otro de casación en el que alegó la vulneración de la presunción de inocencia. Paradoja que, sumada a su actitud en juicio, durante el que introdujo elementos que distorsionaban los hechos probados, no permitirían siquiera la aplicación de la atenuante ordinaria. De manera que, no siendo admisibles atenuantes incompletas, por incurrir en «burlar la voluntad de legislador», no sería posible estimar su recurso[49].

Para terminar, además de Juan José Moreno Alonso e Isabel Jordán, el Tribunal Supremo desestima los recursos[50] de Ángel Sanchis Herrero debido a la no aplicación de la atenuante de colaboración calificada dado que «el recurrente ha negado cualquier relación con las actividades ilegales de las que era acusado, cuestionando no sólo su participación en los hechos, sino el carácter ilícito penal de los mismos»[51]. Asimismo, aunque no en sede de recurso, el Tribunal Supremo da la razón a la Audiencia Nacional en lo que respecta a la incompatibilidad de la actitud de Pablo Crespo con la voluntad de colaboración que había manifestado previamente[52].

4. Reflexión final

A pesar de que existe un marco legal que permitiría otorgar un beneficio penal, exclusivamente al final del debido proceso legal, a aquellos que colaboren con la justicia en el ámbito de ciertos tipos de delitos, y a aquellos que confiesen de manera espontánea antes de tener conocimiento de los procedimientos judiciales, los tribunales españoles tienden a emplear una interpretación analógica expansiva (en al menos dos niveles) que les permite atenuar la pena en relación a todos los delitos cometidos por un colaborador, facilitando así la valoración de su confesión, su colaboración y su abandono de las actividades delictivas. Esta expansión es doble, ya que, en un primer nivel, la interpretación analógica es necesaria para permitir valorar la confesión realizada después de adquirir conocimiento del proceso. Y, en un segundo nivel, fomenta la colaboración procesal, sin limitarse a los supuestos de colaboración establecidos en el Código Penal para los tipos penales específicos.

No obstante, cabe señalar que el propio Tribunal Supremo ya lleva años, si no décadas, permitiendo la aplicación de la atenuante de confesión cuando existe un aporte relevante para la investigación de los hechos. De esta manera, esta «expansión» no resulta inesperada ni novedosa, sino más bien un posicionamiento contundente con respecto a la necesidad, de naturaleza político-criminal, de fomentar una colaboración que garantice una mayor eficacia en la persecución penal.

Además, en lo que respecta a esta colaboración, observamos el uso de la atenuante analógica a la confesión, que permite tanto una atenuación de la pena en todos los delitos por los que uno sea condenado, como la aceptación de una colaboración amplia que no necesariamente se ajuste a los objetivos expresamente establecidos en los subtipos atenuados del Código Penal. En este

[49] STS 507/2020, FD n.º 191.

[50] STS 507/2020, Motivos aducidos en nombre del recurrente Ángel Sanchis Perales.

[51] STS 507/2020, FD n.º 336.

[52] STS 507/2020, FD n.º 55

sentido, la colaboración de los condenados en el caso Gürtel no tiene necesariamente que conducir al completo esclarecimiento de los hechos o a la captura de otros responsables, como dicta el artículo referente al delito de malversación. Puede, por otro lado, tratarse de una colaboración que, por razones de oportunidad, el Juez o Tribunal (o el Ministerio Fiscal si realizados eventuales acuerdos extraprocesales) consideren que aporta valor a la investigación y persecución penal.

A todos aquellos a quienes expresamente se les negó la atenuante de confesión se les citó por su falta de colaboración, negación de los hechos cometidos y derivación de los hechos a otros responsables. Por lo tanto, la confesión (como parte esencial de la atenuación) sigue siendo extremadamente importante a la hora de conceder cualquier beneficio, en relación con la previsión genérica del art. 21 CP. Este hecho confirma el análisis de la interpretación analógica de la atenuante general, en el sentido de que para que exista analogía deben persistir elementos fundamentales de la atenuante original, en este caso, la confesión.

La concesión de beneficios penales a los colaboradores no se produce exclusivamente en sentencias motivadas y en el marco del contradictorio y la amplia defensa. Esto se debe a que estos beneficios se concretan extraprocesalmente a través de acuerdos previos entre el investigado y el Ministerio Fiscal. Respecto a estos acuerdos, no disponemos de más información que la confirmación de su existencia y su posterior respecto por parte de los Tribunales al otorgar el beneficio penal, a pesar de que su celebración no esté prevista legalmente en las disposiciones sustantivas o procesales penales[53].

Además de la falta de previsión legal que los respalde, la celebración de estos acuerdos va en contra los principios de actuación del propio Ministerio Fiscal, que debe de actuar en virtud del principio de legalidad, «con sujeción a la Constitución, a las leyes y a las demás normas del ordenamiento jurídico vigente» sin que pueda guiarse por criterios de oportunidad basados en consideraciones de política criminal o circunstancias personales del investigado, especialmente en delitos similares a los procesados en el caso Gürtel, que no se encuadran dentro de la categoría de delitos de bagatela[54].

Basándonos en la investigación, podemos concluir que la negociación en torno a la colaboración parece inevitable, y así lo considera el propio Tribunal Supremo español. Esta inevitabilidad, en contra de lo que sostiene el propio Tribunal, acaba por menoscabar varios principios básicos del sistema jurídico penal nacional y, en particular, los derechos fundamentales de los acusados. En este sentido, en primer lugar, se ve mermada la garantía de igualdad, ya que no es posible determinar si estos acuerdos extraprocesales se hicieron en igualdad de condiciones para todos o si la colaboración fue esencialmente similar (especialmente analizando el motivo del recurso de Jesús Sepúlveda Recio). Además, se reduce el grado de protección de la garantía fundamental

[53] Con excepción de la oportunidad concedida a las partes acusadoras y acusadas de llegar a un acuerdo sobre la conformidad negociada en el ámbito del procedimiento abreviado. *Cfr.* GÓMEZ COLOMER, «La competencia penal», en GÓMEZ COLOMER/BARONA VILAR, *Proceso penal: Derecho procesal III*, 3ª ed., 2023, pp. 393 y 394; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, 2004, p. 662; RODRÍGUEZ-GARCÍA, *El consenso en el proceso penal español*, 1997, p. 90.

[54] MORENO CATENA, *Derecho Procesal Penal*, 7ª ed., 2015, p. 104.

de la legalidad, que no puede ser sino un derecho fundamental del justiciable, al evitar el abuso de poder por parte del Estado[55].

Asimismo, se concluye que el reglamento procesal español es insuficiente para tutelar todas las situaciones de colaboración o concesión de beneficios que la justicia requiere en su día a día. El hecho de que la legislación penal todavía se mantenga cerrada y sólo permita la atenuación de la pena a quienes confiesen de manera espontánea antes de conocer que el proceso judicial se dirige en su contra, por ejemplo, parece ser uno de los déficits que podrían replantearse para que la jurisprudencia se ajuste de mejor manera al principio de legalidad. Por otro lado, la colaboración premiada prevista para los delitos específicos, con requisitos difícilmente alcanzables en casos concretos, acaba cayendo en desuso. En este sentido, observamos en el caso Gürtel como la Audiencia Nacional no analiza los requisitos de la atenuante del art. 305 CP, para los delitos contra la Hacienda Pública, solicitada por el recurrente Luís de Miguel Pérez y simplemente destaca su actitud contraria a la de colaboración, al no reconocer completamente los hechos, lo que impedide la atenuación por vía analógica a la de confesión.

Respecto a las perspectivas para el futuro de la colaboración del investigado, el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, permite el cese de una investigación por parte del Ministerio Fiscal por delitos cometidos en el seno de una organización criminal cuando *(i)* el investigado abandone voluntariamente las actividades, se presente a confesar los hechos y colabore activamente para impedir la producción del delito o *(ii)* cuando colabore eficazmente en la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir las actividades de las organizaciones criminales a las que pertenecía o con las que colaboraba (art. 179 LECrim 2020). Este archivo de la investigación, después de transcurrir cinco años, resultará en el sobreseimiento del procedimiento archivado con plenos efectos de cosa juzgada. Este mecanismo pone en cuestión otro derecho fundamental y garantía procesal básica, que es la obligación de iniciar la acción penal cuando se cumplen los supuestos legales en virtud del principio de oficialidad[56].

En conclusión, subrayamos que la legalidad es el camino que debe prevalecer, siempre en el marco constitucional de un Estado de Derecho y de acuerdo con los principios básicos del Derecho penal y procesal penal. De esta manera, sin perder de vista la importancia político-criminal de premiar la colaboración de los encausados en casos de delitos graves como la corrupción político-económica, el blanqueo de capitales, etc., a fin de garantizar la persecución penal, es necesario buscar un enfoque más transparente, legal y respetuoso con las garantías individuales y con el artículo 24 de la Constitución Española.

---

[55] En este sentido, MIR PUIG concluye que el principio de legalidad no sólo es una exigencia de seguridad jurídica (formal), como también una garantía política «de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no admita el pueblo» (MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, 5ª ed., 1998, p. 76. Cfr. BECCARIA, *Dos delitos e das penas*, 2013, pp. 33 y ss.

[56] MONTERO AROCA, *Principios del Proceso Penal. Una explicación basada en la razón*, 2016, p. 46; MONTERO AROCA, «Los principios del proceso penal, un intento de exposición doctrinal basada en la razón», en INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal Penal*, 1998, p. 381; ARMENTA DEU, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, 3ª ed., 2007, p. 31; GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal,* 2015, p. 273.

InDret
4.2023

ExLibris

Sección coordinada por *Pablo Sánchez-Ostiz*

Recensiones:

Recensión a Nicola LACEY, *Estudios críticos sobre responsabilidad penal y política criminal comparada* (edición de Alejandro Chehtman e Íñigo Ortiz de Urbina), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2021, 340 páginas, por CARLOS PÉREZ DEL VALLE

Recensión a Laurens LAVRYSEN/Natasa MAVRONICOLA (eds.): *Coercive Human Rights. Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR*, Hart Publishing, Oxford etc., 2020, 307 páginas, por Lucía MARTÍNEZ GARAY

Recensión a Clara MOYA GUILLEM (dir.), *La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, 318 páginas, por Adrián GÓMEZ CONESA

Recensión a Ramon RAGUÉS I VALLÈS, *La prisión provisional como* ultima ratio, Marcial Pons, Madrid, 2023, 238 páginas, por Rolando MÁRQUEZ CISNEROS

-

InDret
4.2023

Nicola Lacey, Estudios críticos sobre responsabilidad penal y política criminal comparada*, (edición de Alejandro Chehtman e Iñigo Ortiz de Urbina), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2021, 340 páginas*

Carlos Pérez del Valle
Universidad Abat Oliba CEU-CEU Universities
perezdelvalle@ceu.es

-

En el debate sobre los fundamentos del derecho penal, pero también de algunos de sus conceptos esenciales, es creciente el interés por la discusión en el mundo anglosajón de la doctrina española, asentada sobre las bases de su relación con la alemana. No es frecuente, sin embargo, una integración en el debate –lo que podría denominarse un «debate comparado»– que supere ciertas barreras conceptuales o, en ocasiones, puramente terminológicas. Para esto es esencial la difusión de las ideas de personas de referencia en el derecho penal de lengua inglesa, como es el caso de Nicola LACEY. Esta es la razón por la que promover esta publicación es un pleno acierto de los editores (Alejandro CHEHTMAN e Íñigo ORTIZ DE URBINA), y –este olvido es una injusticia frecuente, incluso cuando se valoran méritos académicos– de los traductores (María Victoria KRISTAN, Julieta RÁBANOS, Nieves MARTÍNEZ FRANCISCO, Héctor GARCÍA DE LA TORRE, de nuevo Íñigo ORTIZ DE URBINA, Vicente VALIENTE IVÁÑEZ y Gustavo BEADE). Como son nada menos que diez estudios los que contiene el volumen, haré una referencia separada a cada uno de ellos para, posteriormente, efectuar una valoración de conjunto.

El primer estudio ya indica en su título («En búsqueda del sujeto responsable: historia, filosofía y ciencias sociales en la teoría del derecho penal») que su objetivo es fundamentalmente señalar las premisas metodológicas de la autora: «construir un diálogo entre la teoría del Derecho penal de carácter doctrinal y filosófico y los estudios socio-históricos de la justicia penal» (p. 24). Subraya el relieve que ha adquirido, en una doctrina penal en manos de sociólogos y filósofos –se refiere a la doctrina de lengua inglesa– la discusión sobre el contenido y los límites, el «principio de responsabilidad» y el acento sobre un «estado mental subjetivo» (p. 28). No pasa por alto ni la «crítica interna» o las perspectivas sociológicas (pp. 29-30), pero se centra en el examen del enfoque histórico. Precisamente en este punto intenta romper la idea de que la modernidad sólo apunta a la idea del ciudadano como agente racional y autónomo como sujeto de la responsabilidad (pp. 32-33) que lleva al predominio de la parte general (pp. 34-35). A partir de lectura de BLACKSTONE (1760), STEPHEN (1880) y WILLIAMS (1953), llega a la conclusión de que, como tal, sólo en Williams es preeminente la parte general. La explicación de que BLACKSTONE o STEPHEN no se movían en nuestro esquema de responsabilidad, sino –en palabras de FLETCHER– en la «criminalidad manifiesta» (p. 37) se confirma en el estudio de dos visiones modernas, muy distintas, pero con una clara fundamentación histórica: lo que denomina «el cuento del historiador cultural» de WIENER, (pp. 43-44); y el «cuento del historiador jurídico» de SMITH (pp. 45-46). Las implicaciones para la teoría del derecho penal son metodológicas (ante todo, en la base del estudio histórico), como se ve con claridad, pero repercuten conceptualmente en las formas de responsabilidad, y en la evolución del *mens rea*.

En el segundo ensayo («La historización de la criminalización: problemas conceptuales y empíricos»), tras reconocer el mérito de HART en el desarrollo teórico de los «principios generales», LACEY muestra lo que, a su juicio, supone una carencia esencial: la teorización de la Parte especial como un todo, que es lo que caracteriza como criminalización, y cuyo aspecto esencial es, en palabras de Leo KATZ, la distinción entre «la maldad criminal y no criminal» (p. 54). Sobre todo, la idea de sobrecriminalización de HUSAK, pero también la tesis de la «cultura del control» de GARLAND constituyen un «renacimiento» de la criminalización «como objeto de interés teórico», pero carecemos de la base teórica que sólo proporcionaría «una agenda multidisciplinar (…) informada por los métodos y perspectivas de la historia, la ciencia política y la sociología, como por los del Derecho, la criminología y la filosofía analítica» (pp. 56-60). Un diagrama en el que diferencia «la criminalización como patrón o como resultado» y la «criminalización como práctica social», con la distinción en cada una de ellas de lo formal y lo sustantivo (p. 61) es el punto de partida del estudio de patrones y prácticas en una perspectiva normativa (pp. 67 ss.) y patrones y prácticas en una perspectiva socio-histórica (pp. 70 ss.). La cuestión planteada era metodológica, y metodológica es la respuesta: «necesitaremos tanto un consenso sobre las herramientas conceptuales a utilizar, como una comprensión histórica más profunda de cómo nuestros entes políticos han llegado a la actual forma y extensión de la criminalización» (p. 82).

«¿A qué llamamos derecho penal?», que es el siguiente trabajo, parte de la comprensión del derecho penal como un proceso que se va desarrollando en contextos históricos, nacionales e institucionales específicos y, por esa razón, sus reflexiones se limitan a Gran Bretaña. Comienza con el interrogante sobre la relativización del concepto de delito motivada por la diversidad social y el pluralismo moral desde el S. XIX, y en los debates sobre la responsabilidad y sobre el reparto de funciones –por ejemplo, entre juristas y médicos, cuando se trataba de la demencia– en las decisiones (pp. 86-87). Aborda después la tardía profesionalización del proceso penal en el derecho inglés, donde también en el S. XIX se mostraba la resistencia a la intervención de abogados y la convicción de que las decisiones sobre la culpabilidad eran sólo un problema de sentido común (pp. 93-94). Regresa luego a su tesis de cómo la democracia parlamentaria hace aparecer como problemático el vínculo directo entre presiones electorales y política criminal (p. 100) y su propuesta, en relación con la criminalización, de crear procesos consultivos y/ de deliberación democrática alejados de la presión electoral como medio para atemperar el populismo penal (p. 103).

A responder a Philip PETTIT, en *Rules, Reason and Norms*, dedica LACEY el cuarto estudio («Crimen, responsabilidad y diseño institucional»). Por un lado, defiende la necesidad de atemperar la «estrategia de gestión» de PETTIT sobre las bases del desarrollo histórico y del contexto institucional (pp. 107 ss.). Posteriormente, somete a crítica el concepto de responsabilidad de PETTIT sobre la base de la capacidad (pp. 115 ss.) y defiende, aunque en ese marco, un enfoque en que las atribuciones particulares de responsabilidad se centren en la disposición o actitud manifestada (p. 118). De estos presupuestos surge la explicación de la finalidad regulatoria del derecho penal: en un mundo en que no se puede confiar siempre en la internalización de las normas sociales para reforzar el comportamiento de «caballeros», ha de recurrirse a sistemas de castigo dirigidos al «canalla» (en la terminología de PETTIT), aunque es preciso considerar hasta qué punto esta estrategia se dirige a sus destinatarios como (aquí los términos son de LE GRAND) «damas» (agentes capaces de autodeterminación) o como «peones» (sujetos pasivos de las políticas sociales) (pp. 122-124).

El siguiente trabajo, «La criminalización como regulación», sigue esta línea: el derecho penal no es entendido sino como una forma más de regulación; por eso, su eficacia depende del entrelazamiento de la justicia penal con otros sistemas de regulación (pp. 126-128). LACEY constata, por otra parte, que, aunque el derecho penal define estándares de conducta de forma jerárquica, éstos fracasan si se alejan de los estándares comunitarios (p. 131). Incide de nuevo aquí en la motivación: la cuestión es qué condiciones se necesitan (de nuevo sobre los términos de PETTIT) para fomentar la regulación de los «canallas» –aquí, en la traducción, se habla de «bribones»– sin minar la de los «caballeros» (pp. 132-135). Examina dos niveles: la definición de estándares en la parte especial del derecho penal (p. 135), aunque la eficacia de la mera criminalización formal es incierta; y, en la parte general, el asentamiento de la responsabilidad individual a través del *mens rea*. Pero el aspecto que, a mi juicio, es aquí dominante, es la criminalización formal, cuya evolución en el derecho inglés de las últimas décadas explica, destacando el intento –que denomina «quijotesco»– de los jueces para diferenciar entre el delito «de verdad o real» y el delito meramente «regulatorio» (p. 148). Quiero destacar lo que me parece una lectura original del conocido caso de la Mignonette (Regina versus Dudley y Stephens, 1884): LACEY subraya, sobre la idea, ya conocida, de que la fiscalía pretendía combatir la costumbre marítima que admitía el canibalismo en casos de naufragio, que los acusados nunca pensaron que serían perseguidos por ello (p. 144).

En el sexto ensayo («Sistemas políticos y justicia penal: el dilema del prisionero después de un gobierno de coalición»), LACEY desarrolla sus tesis sobre la relación entre sistemas políticos y criminalización, y especialmente de sus relaciones con el populismo penal. Como es sabido, parte de la distinción entre «variedades del capitalismo», defendida por HALL y SOSKICE, que diferencian entre economías de mercado liberales y coordinadas, y en estas últimas, entre socialdemocracias y países corporativos conservadores, que se corresponderían con distintos sistemas parlamentarios y también con diferentes políticas penales; especialmente en las economías coordinadas, la existencia de políticas penales inclusivas (pp. 160-166). En lo que afecta al derecho penal, los sistemas mayoritarios facilitarían un sistema más punitivo, porque, en la aplicación del dilema del prisionero, ninguna de las partes podría permitirse cesiones en posturas firmes; en cambio, un sistema proporcional produce una amortiguación de la demanda popular de castigo, porque lo exigirían los acuerdos de coalición (p. 167), aunque el resultado del dilema del prisionero depende también del bipartidismo. Examina dos casos concretos (Nueva Zelanda y Escocia) donde, sin embargo, las modificaciones en el régimen electoral no han producido este resultado, y las causas de que haya sido así (pp. 168 ss.). La conclusión ya había sido anticipada en el tercer ensayo: sólo alejando los aspectos de política penal de la responsabilidad directa ante los electores, lo que implica una innovación institucional, puede contenerse el populismo penal (p. 189).

En «Criminalización: perspectivas históricas, jurídica y criminológica», que publicó con ZEDNER, aborda de nuevo los aspectos metodológicos: «la relación que media entre construcciones jurídicas y criminológicas» (p. 193). LACEY trata algunos de los aspectos que considera en otros trabajos del libro, aunque en esta perspectiva: la distinción entre la criminalización como resultado y como práctica y entre criminalización formal y material (pp. 195 ss.); o su perspectiva histórica, ahora como ángulo de análisis del criminólogo (pp. 198 y s, 200). Precisamente en este sentido analiza la formalización del concepto de delito, como consecuencia del proceso de modernización, y reconoce las dificultades del principio del daño como definitorio del delito (p. 203). Como el derecho penal es un sistema dirigido a sujetos en tanto responsables de su conducta y no un mero sistema de coerción (p. 207), define y analiza los fundamentos de la

responsabilidad penal: capacidad, conducta, responsabilidad/culpa y eximentes (pp. 204-206). Pero el derecho penal, con «límites cambiantes», recurre, por un lado, a alternativas al proceso; y, por otra, al aumento del número de delitos y de la severidad de las penas (p. 210). De ahí que defienda, para la criminología, la función de «identificar las condiciones contextuales y estructurales que favorecen e impiden la criminalización» (p. 212).

El siguiente estudio («¿Por qué los verdaderamente desfavorecidos son estadounidenses, cuando el Reino Unido ya es bastante malo?»), que publicó con David SOSKICE, intenta explicar la razón por la que, aunque la relación entre sistema político y criminalización son muy parecidos en los Estados Unidos y en el Reino Unido (pp. 221 ss.), la situación en Estados Unidos es más negativa, lo que se manifiesta en las tasas crecientes de encarcelamiento masivo (véase el gráfico 2, 267). Resumo sus conclusiones sobre las causas, que son opuestas a la opinión, muy extendida, de que tiene más que ver con una hiperactividad legislativa federal: por una parte, lo atribuye a una descentralización del poder –a mi juicio, lo que describe es más bien una concentración de poder local– que hace la política penal especialmente rentable desde un punto de vista electoral (pp. 228, 233); por otra, la segregación residencial, que no deja de estar vinculada al poder local (pp. 235 ss., 253). No es tanto la raza o la federalización, ni el impacto electoral de las políticas de ley y orden en ese ámbito, sino «el grado de autonomía cedido al poder local» (p. 262) lo que explica la excepcionalidad del caso de los Estados Unidos.

En «La institucionalización de la responsabilidad: implicaciones para la teoría del derecho», LACEY aborda la cuestión de la responsabilidad, a la que se ha hecho referencia al aludir a ensayos del mismo volumen, para reforzar su propuesta metodológica (pp. 281 ss.). Algunas de las reflexiones sobre aspectos teóricos en relación con la capacidad o sobre el *mens rea* (pp. 287 s.) y sobre el carácter (p. 290) han sido ya indicadas; de lo que se trata, fundamentalmente, es de conocer «las condiciones que facilitan –o dificultan– su realización institucional» (p. 291). Para la cuestión de la naturaleza del derecho (qué es), en la que, con razón, LACEY ha de examinar las ideas de RAZ y de GARDNER, esto significa que no deberíamos «aceptar sin más argumento la proposición de que la modalidad del Derecho deber ser tomada como una cualidad analítica o una verdad inmutable» (p. 296). «La concepción de universalidad está en sí misma ligada (…) a la aparición de cierta idea de gobierno limitado» (p. 297). Pero ciertos contornos cambiantes se deben a las «precondiciones institucionales para ponerlo en práctica» (p. 298). Por eso, LACEY, que admite, con GARDNER, que la teoría del derecho no es un mero juicio descriptivo, entiende, no obstante, que la naturaleza del derecho está determinada por «intereses e inquietudes más amplias» (p. 300). Por eso, y aquí regresa a la responsabilidad criminal, entender que su paradigma pueda cambiar en el tiempo, no socava la teoría, sino que aporta transparencia.

Por último, en «¿Del consultorio a los tribunales? Llevar el modelo clínico de responsabilidad sin reproche al ámbito jurídico», que escribió con la profesora de Filosofía y Bioética Hanna PICKARD, el punto central está definido claramente en el título: un modelo de responsabilidad que aproxime las ideas de retribución o censura, de un lado, y de rehabilitación, por otra (p. 304). La constatación del alto porcentaje de hechos delictivos cometidos por personas con trastornos diagnosticados, aunque sobre la base de decisiones voluntarias, y la evidencia que este diagnóstico depende de sus acciones u omisiones (pp. 314 s.), lleva a las autoras a proponer el modelo clínico: asumir la responsabilidad sin reproche, con consecuencias negativas (p. 316). No es la evaluación moral, sino la motivación para el cambio, lo que se persigue a través de estas consecuencias derivadas de un «reproche indiferente», como el que se practica en el tratamiento (p. 324). Esta es la alternativa a trasladar, tanto en los procedimientos, admitiendo ciertos límites

de los procesos penales, pero evitando el reproche afectivo (pp. 325 ss.); como en las cárceles y en las secuelas del castigo, evitando que sean excluyentes (pp. 331 ss.). Se trata, por tanto, de una integración «del ideal rehabilitador y el modelo de justicia» aprendiendo del modelo clínico (p. 334).

Como se puede observar, algunas de las ideas de LACEY –sobre todo, las más conocidas– aparecen en varios de los trabajos, aunque contempladas a veces en distintas dimensiones. Por esa razón, abordaré el examen de este volumen de forma conjunta, y expondré mi visión en tres niveles, en los cuáles, desde mi punto de vista, se apoya aquí, pero también –y esto es mérito de los editores– todo su pensamiento, hasta donde yo puedo alcanzar. Definiré el ámbito, concretaré el mérito y añadiré una reflexión –no siempre demasiado– crítica.

Por un lado, LACEY propone explícitamente una reorientación metodológica del estudio del derecho penal, que parte ya de su visión desde la idea de criminalización. Lo original es que no se trata de una reivindicación de lo empírico, sino del estudio «socio-histórico». Fundamentalmente, reivindica un espacio para la comprensión de las instituciones en la perspectiva de su conformación a lo largo del tiempo en sociedades con contornos específicos. En realidad, ésta y no otra era la propuesta de SAVIGNY, cuando centraba en el pueblo el punto crucial del derecho. Pero esto no resta originalidad a LACEY: aunque muchos autores citaron en este punto a SAVIGNY, pocos siguieron su propuesta metodológica en el derecho penal. Tan sólo un primer ABEGG, y decididamente –y muy tarde– Richard LOENING, entendieron que la historia de las instituciones y de los conceptos en el marco de un pueblo podían clarificar de modo determinante su dimensión real. Ni siquiera en el ámbito anglosajón, CARDOZO o POUND –como en el alemán, el movimiento del derecho libre, tal vez con la excepción de KANTOROWICZ– se dio suficiente relieve a la historia en su enfoque sociológico del derecho. Pero ha de valorarse no sólo la idea, sino el dinamismo con que se desarrolla: como «el Derecho en los libros no es lo mismo que el Derecho en movimiento» (p. 131), puede LACEY captar aspectos tan decisivos como la distinción entre el patrón o resultado de la criminalización y su práctica social (p. 83).

No creo que pueda objetarse nada a esta propuesta. Sólo pienso que, en su concreción, hay una innecesaria limitación a los procesos históricos del Reino Unido y que, tal vez, una reflexión histórica e institucional comparada podría llevar a resultados no muy distantes. Me parece que los ejemplos que maneja LACEY son aplicables en ese sentido. El proceso de definición de la responsabilidad a través del *mens rea* no es tan diferente de la evolución de la imputación subjetiva desde la presunción de dolo, que está vigente en los primeros momentos de la codificación europea; y su dependencia conceptual de la estructura del proceso y del razonamiento sobre la prueba, aunque no es idéntico en el derecho británico y en el continental, sí permite observar un cierto paralelismo. Pero lo mismo sucede con la responsabilidad y el carácter o la «actitud disposicional», cuya aproximación propone LACEY (pp. 115, 290) –según creo– con razón, pese a que estas reflexiones sobre la actitud se esconden, en ocasiones, como aspectos vinculados a la prueba.

En segundo término, y aunque –como es mi caso– no se compartan todas sus conclusiones, ha de reconocerse que LACEY discute científicamente y con rigor sobre política penal, precisamente porque entiende que la ciencia política es aquí la piedra angular. Se trata, de nuevo, de un punto de partida metodológico. En efecto, este es el gozne en el que se fija su conocida interpretación del dilema del prisionero, a partir de la distinción entre diferentes «variedades de capitalismo» (HALL/SOSKICE), que aceptarían otros estudiosos de la criminalización, aunque tal vez sin todos

sus matices. Lo esencial en LACEY es, precisamente, la relación de esta dimensión con el sistema de elección parlamentaria y el gobierno, y la honestidad intelectual con qué examina las excepciones tanto a las conclusiones positivas (pp. 168 ss.) como negativas (pp. 228 ss.). Especialmente en esta última cuestión, al estudiar el caso de los Estados Unidos y sobre todo en el examen de la incidencia del urbanismo sobre la política penal, pone en jaque, en mi opinión, algunos de los estudios más difundidos sobre el tema. La valoración de aspectos residenciales explica, por ejemplo, que, frente a lo afirmado en relación con las políticas de ley y orden y el efecto sobre los votantes, LACEY sostenga que «no era irracional para estos votantes temer el impacto de la criminalidad, tanto en su vida cotidiana, como en el valor de sus activos, ganados con mucho sacrifico» (p. 261).

Por esa razón, creo que tal vez LACEY es demasiado prudente al valorar otras explicaciones de la criminalidad, porque su análisis demuestra, no sólo que los puntos de atención de algunos autores que estudian la criminalización, como GARLAND o WACQUANT, pueden ser insuficientes o incorrectos, sino que esto sucede por una razón de método. Lo que se deriva de la lectura de LACEY –aunque ella no lo dice así– es que estos autores se saltan un paso esencial: el examen de lo que la ciencia política tiene que decir al respecto. El estudio científico de la política penal o, si se quiere, de la política criminal, requiere –así lo he defendido al tratar el tema del populismo penal– planteamientos que sean aceptables desde la ciencia política, aunque estos puedan ser muy diversos y, por ello, lleven también a conclusiones distintas según sea el adoptado. No veo con claridad, por ejemplo, la idea de que gobiernos de coalición limitan necesariamente tendencias punitivistas y que sistemas bipartidistas las abonan; pero la tesis de LACEY es razonable en un examen limitado al juego de los partidos en el sistema parlamentario. Sin embargo, creo que esta visión es demasiado restrictiva, porque no tiene en cuenta que el populismo penal –que no ha de ser sólo punitivismo– no es sólo una tendencia de partidos tradicionales. Como muestra la ciencia política moderna, existen partidos populistas, que lo son también en la perspectiva del derecho penal, y que pueden ser –a izquierda o a derecha– sujetos de las coaliciones, imponiendo, por tanto, su punto de vista.

En tercer y último lugar, no puede dejarse de lado que estos presupuestos metodológicos conllevan un posicionamiento concreto respecto a la filosofía del derecho, y esto es algo que, aunque está presente en toda la obra de LACEY, se evidencia de modo particular en el penúltimo de los trabajos traducidos. Los presupuestos metodológicos de LACEY, tanto en lo relativo al enfoque sociohistórico como a la lectura de la criminalización desde la ciencia política, apuntan críticamente hacia una teoría del derecho puramente analítica, como reconoce al indicar que ésta «goza de una indebida primacía» (p. 280). Por otro lado, y aunque no es el objeto de los estudios ahora publicados, LACEY disiente con DUFF en una cuestión de principio, precisamente por considerar que éste mantiene una «versión altamente moralizada de la comunidad política», que le impide apreciar el valor de disidencia en una sociedad pluralista (LACEY, «Approaching or Re-thinking the Realm of Criminal Law?», *Criminal Law and Philosophy*, (14), 2020, p. 317), y porque, «a pesar de su compromiso con la promoción de la reforma y de la reconciliación, DUFF insiste en que el trato duro es intrínseco a la teoría comunicativa del castigo» (p. 311). Todo esto recae –y, aunque se vislumbra en algunos de los anteriores, es evidente en los dos últimos trabajos del volumen– de forma directa en su concepción de la responsabilidad, que intenta salvar, no sólo con la idea del carácter como actitud disposicional, sino también con el interesante traslado del modelo clínico a la imputación de responsabilidad en el derecho penal.

En este punto es mayor mi discrepancia con LACEY, porque sí creo que, precisamente, es básica para el derecho penal su «necesidad moral». En el diálogo «entre la teoría del Derecho penal de carácter doctrinal y filosófico y los estudios sociohistóricos de la justicia penal» que propone LACEY, sale perdiendo, según creo, la fundamentación filosófica. A mi juicio, el posicionamiento de LACEY respecto a la filosofía moral y frente a lo que considera moralismo del derecho penal no tiene en cuenta que los modelos de responsabilidad, o de atribución de responsabilidad, son precisamente los de la filosofía práctica. No puede discutirse, por ejemplo, que la actitud disposicional a la que LACEY se refiere, se encuentra en la ética aristotélica, y por eso no me parece adecuada la equiparación de visiones de la filosofía práctica opuestas (ARISTÓTELES o KANT), sencillamente porque coinciden en la existencia del libre albedrío. Incluso en su crítica a DUFF sobre la visión de la piedad como algo extrínseco al derecho penal, citando precisamente a TASIOULAS, que lo defiende como intrínseco (p. 311), no puede olvidarse esta relación. Nótese que DUFF es aquí –digo aquí porque en otros aspectos, como la responsabilidad, reconoce una eficacia, aunque limitada, a la teoría aristotélica de la virtud y el vicio– kantiano y TASIOULAS aristotélico, porque, en KANT la equidad aparece como un anexo a la teoría del derecho (por cierto, junto al derecho de necesidad y la tabla de CARNÉADES, como formas del *ius aequivocum*) y en ARISTÓTELES es parte de la misma justicia.

Hasta aquí mi visión global de los problemas que plantea y de las propuestas de solución que formula LACEY. Concluyo con una valoración general de la edición de estos artículos. Me parece que la discusión metodológica, en la que he insistido en esta recensión, es todavía necesaria, como lo es la que se refiere al ejercicio del poder penal desde la política. Y si se quiere abordar estas cuestiones de modo riguroso, Nicola LACEY es imprescindible, y lo es en los trabajos aquí reunidos. Aunque, en ocasiones, sea para discrepar.

InDret
4.2023

Laurens Lavrysen/Natasa Mavronicola (eds.), Coercive Human Rights. Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR, *Hart Publishing, Oxford etc., 2020, 307 páginas*

Lucía Martínez Garay
Universitat de València
lucia.martinez@uv.es

-

Esta obra colectiva reúne una serie de contribuciones que examinan la jurisprudencia elaborada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) acerca de las obligaciones positivas que tienen los Estados de tutelar a través del sistema de justicia penal los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH).

Estas obligaciones positivas de tutela penal constituyen, según creo, una de las evoluciones más importantes –y quizá más preocupantes– de la política criminal de los últimos lustros, sin la cual no se pueden comprender en toda su complejidad las transformaciones que el Derecho penal está experimentando desde el inicio del siglo XXI. El cambio que comportan estas obligaciones se percibe con claridad si se reflexiona sobre el modo en que tradicionalmente la doctrina penal ha considerado los derechos fundamentales: como límites al *ius puniendi*, que funcionan como obstáculo o freno a las políticas criminales que buscan intensificar la prevención de manera excesiva (sea mediante una intimidación general reforzada, o a través de la inocuización selectiva, etc.). Para comprobar que en la doctrina penal mayoritaria éste sigue siendo el enfoque predominante basta pensar en cómo han sido analizados muchos de los fenómenos que en los últimos veinte años más han concentrado la atención de los penalistas: el Derecho penal del enemigo, el populismo punitivo, o el Derecho penal de la peligrosidad, por ejemplo, se han estudiado (y denunciado) desde la perspectiva del peligro que suponen para las garantías penales, muchas de ellas reconocidas como derechos fundamentales en nuestra Constitución y/o como derechos humanos en tratados y convenios internacionales ratificados por España.

Sin embargo, desde finales de la década de 1990 el TEDH– y aún con más contundencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)– ha ido construyendo un cuerpo de jurisprudencia según el cual la protección efectiva de determinados derechos fundamentales –especialmente el derecho a la vida reconocido en el art. 2 del CEDH, pero también otros como los reconocidos en los arts. 3, 4 u 8– necesitan que el Estado active el Derecho penal, criminalizando determinados comportamientos, asegurando que las denuncias se investigan, y que los culpables son castigados con penas suficientemente efectivas y disuasorias. En otras palabras: hace ya bastantes años que para el TEDH los derechos humanos no son sólo un escudo (*shield function*, en la terminología que utiliza el libro que comentamos, p. 1) del particular frente al uso excesivo de la fuerza por parte del Estado, sino que tienen también la función de ser una espada (*sword function*), que ha de utilizar el Estado frente a ciertos tipos de criminalidad grave para proteger a los ciudadanos de agresiones por parte de terceros. En opinión del Tribunal, los derechos humanos se pueden vulnerar no sólo cuando el Derecho penal se utiliza demasiado, sino también cuando se utiliza demasiado poco.

Estas obligaciones positivas de tutela penal, cuya existencia defienden no sólo el TEDH y la CIDH sino también diversos documentos de organismos supranacionales, suponen un cambio trascendental en el significado de los derechos fundamentales y de los principios limitadores del *ius puniendi*, que desde esta perspectiva deja en buena medida de ser entendido como un *ius* para transformarse en un *officium* (tal como lo ha expresado GIL GIL), lo que suscita numerosos interrogantes. En la doctrina penal española son todavía pocos –aunque de gran calidad– los trabajos que han analizado directa y específicamente esta cuestión, valorando su fundamento, alcance e implicaciones (por ejemplo: SILVA SÁNCHEZ, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, GIL GIL o MACULAN). Sin embargo, es cada vez más frecuente encontrar, en monografías y artículos sobre muy diversos temas, alusiones a conceptos muy ligados a este cambio de enfoque en la función de los derechos fundamentales: por ejemplo las menciones a un supuesto derecho a la seguridad, especialmente en el contexto de la lucha contra el terrorismo, o la existencia de un derecho a una vida libre de violencias en el marco de la protección legal de las mujeres, así como, también en este último campo o en el de la trata de personas, la existencia de unos estándares de diligencia debida que los Estados deben cumplir. Además, la influencia de las obligaciones positivas de tutela penal no se percibe sólo a nivel doctrinal, sino también jurisprudencial: por ejemplo, en la STC 169/2021, sobre la constitucionalidad de la prisión permanente revisable, destaca la referencia a una serie de sentencias del TEDH según las cuales «*los Estados tienen la obligación, de conformidad con el Convenio, de tomar medidas para proteger a sus ciudadanos ante los delitos violentos*», y «El mero hecho de que [los condenados a prisión permanente] hayan cumplido ya un periodo largo de pena de prisión no debilita la obligación positiva del Estado de proteger a la sociedad; los Estados *deben cumplir con esta obligación manteniendo en prisión a estos reclusos mientras continúen representando un peligro para la sociedad*» (FJ 4 a, todas las cursivas añadidas).

En mi opinión, antes de asumir sin más este trascendental cambio de sentido en el significado de los derechos humanos en el contexto del Derecho penal, como algo que nos vendría impuesto por nuestra vinculación al CEDH (o a otros instrumentos internacionales), es imprescindible hacer una reflexión sobre su sentido, su fundamentación, su alcance y sus consecuencias. Y a analizar estos problemas está dedicada la obra que comentamos.

El libro consta en total de trece capítulos divididos en cuatro partes, y está precedido de un prólogo firmado por Françoise TULKENS (que fue durante más de diez años juez en el TEDH). Los coordinadores y los autores de los diversos capítulos (de los que se ofrece una breve reseña curricular en las primeras páginas del libro) son de procedencia diversa: alguno es juez o abogado especializado en derechos humanos, y aunque la mayoría son académicos (algunos jóvenes y otros con una larga trayectoria), varios tienen experiencia práctica por haber trabajado en o intervenido ante organismos o tribunales de protección de derechos humanos.

El primer capítulo (pp. 1-26) es un –denso– texto introductorio elaborado por los coordinadores, Natasa MAVRONICOLA y Laurens LAVRYSEN, que sitúa la doctrina de las obligaciones positivas de tutela penal en su contexto histórico e internacional, introduce brevemente el resto de los capítulos, y destaca los temas centrales alrededor de los cuales gira la obra.

Los capítulos 2 (pp. 29-53) y 3 (pp. 55-67) integran la primera parte, titulada «Puntos clave en la doctrina del TEDH» (*Key threads in ECtHR doctrine*), y describen el contenido de las obligaciones de criminalizar, investigar y castigar. En el Capítulo 2 Laurens LAVRYSEN ofrece una sistematización de la jurisprudencia que ha ido desarrollando las obligaciones positivas de criminalizar y de castigar en relación con los arts. 2 (derecho a la vida), 3 (prohibición de la

tortura), 4 (prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado) y 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar), obligaciones que considera, respectivamente, de tipo sustantivo y de tipo procesal (pp. 30-32), si bien reconoce que se trata de una distinción difícil de trazar. Concluye que si bien hasta ahora en su opinión el desarrollo de estas obligaciones se ha mantenido en confines bastante razonables («*are still fairly well contained*», p. 53) hay un riesgo real de que estándares que se han desarrollado en relación con fallos sistémicos de la justicia penal o con culturas de impunidad terminen siendo aplicados al manejo de casos micro, por lo que considera necesario dotar a estas obligaciones de una fundamentación más sólida que la que hasta ahora ha sido capaz de proporcionar el TEDH.

El capítulo 3, co-redactado por Paul LEMMENS y Marie COURTOY (el primero, Juez actualmente en ejercicio en el TEDH) sistematiza también las distintas obligaciones de tutela relacionadas con el Derecho penal, pero desde una perspectiva menos crítica que el anterior. Uno de los aspectos más destacables de esta contribución es, a mi juicio, que frente a las críticas que se han dirigido al TEDH por no haber explicado con suficiente detalle la justificación de estas obligaciones (un ejemplo de lo cual es en esta obra el capítulo 7), los autores afirman que la función de un tribunal es distinta a la de los académicos, y que su enfoque, por tanto, debe ser también diferente: «a veces podría ser preferible no decir demasiado en una sentencia, cuando cualquier argumento puede abrir nuevas discusiones» (p. 56). En esta misma línea, y en relación con el argumento del efecto intimidatorio del Derecho penal como justificación de las obligaciones positivas de tutela penal (que los propios autores reconocen que es central, por ej. en pp. 57, 67), LEMMENS y COURTOY sostienen que valorar el efecto intimidatorio de una determinada medida puede ser complicado, pero que el Tribunal no está en situación de llevar a cabo un estudio empírico al respecto, ni de argumentar sobre la base de ninguna teoría criminológica en concreto (p. 59).

La segunda parte del libro (capítulos 4 a 6) se titula «Perspectivas en torno a la protección y reparación de las víctimas» (*Perspectives on victims' protection and redress*) y comprende los trabajos que valoran de una manera más positiva las obligaciones de tutela penal, destacando sus beneficios para las víctimas y para la protección de grupos vulnerables.

En el capítulo 4 (pp. 71-92), Alina BALTA defiende que establecer obligaciones para los Estados de investigar y de castigar a los responsables de graves violaciones de los derechos humanos puede entenderse como una forma de reparación a la víctima de estos crímenes. Advierte que su análisis está limitado a los casos de graves violaciones de los derechos humanos en el sentido de crímenes equiparables al genocidio, a los crímenes contra la humanidad o a los crímenes de guerra (p. 72). Asume que estudios empíricos han demostrado que las expectativas de justicia de las víctimas en estos casos incluyen el castigo de los responsables, y que además al castigo le es inherente un componente simbólico y comunicativo, todo lo cual produce consecuencias positivas para las víctimas (pp. 78-80). La autora utiliza la expresión «respuesta retributiva» (*retributive response*) para referirse a las obligaciones de persecución y castigo penal, pero advierte que ello no implica que asuma una postura «retribucionista» sobre la justificación y finalidad de esas respuestas (p. 73). En mi opinión no queda del todo claro, tampoco, hasta qué punto con esa expresión se refiere sólo a las obligaciones de castigar penalmente, o también (o sobre todo) a las obligaciones de compensación y reparación del daño que el TEDH también impone en ocasiones, cuando declara que el Estado ha violado por insuficiente protección un derecho reconocido en el Convenio.

En el capítulo 5 (pp. 93-116), Corina HERI analiza hasta qué punto el concepto de vulnerabilidad es relevante a la hora de configurar los deberes de proteger los derechos humanos a través del Derecho penal. Tras destacar que se trata de un concepto invocado con frecuencia en la jurisprudencia del TEDH, pero que éste no define, analiza cómo opera en los casos de niños, víctimas de violencia sexual y doméstica, y miembros de la comunidad LGTBIQA+, especialmente en el marco del art. 3 del Convenio. Según HERI, pertenecer a uno de estos colectivos favorece al demandante, porque el Tribunal considera que tiene especial derecho a una intimidación efectiva y a ser protegido frente a agresiones, y porque la vulnerabilidad puede contribuir a imputar el conocimiento del riesgo o del maltrato que se sufría. En las pp. 111 a 116 la autora analiza los riesgos que algunos han señalado, en el sentido de que la obligación de proteger a estos colectivos mediante el Derecho penal podría conducir a un exceso de coerción (*coercive overreach*), pero concluye que tal cosa no se da, porque según el TEDH la vulnerabilidad no siempre requiere el recurso al Derecho penal, y porque el Tribunal tampoco exige a los Estados castigar a una persona concreta ni imponer una sanción determinada.

En el Capítulo 6 (pp. 117-138), Stephanos STAVROS analiza la reciente jurisprudencia del TEDH que considera necesaria la intervención del Derecho penal para proteger adecuadamente el derecho a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH) frente al discurso de odio. Estudia cuatro casos resueltos entre los años 2015 y 2017 en los que existía un riesgo inminente de violencia física y que representan, en opinión del autor, una evolución positiva (p. 130) frente a la jurisprudencia anterior, en la que el TEDH sólo había considerado el discurso del odio como un supuesto que permite restringir el derecho a la libertad de expresión, pero no como un supuesto en que fuera obligado hacerlo, y además a través del Derecho penal. Es más, STAVROS apunta que sería deseable que las obligaciones de tutela penal en casos de discurso de odio se extendieran a situaciones en las que dicho riesgo inminente de violencia no exista (pp. 133-135), siempre que afecten a colectivos vulnerables y dependiendo del contexto del caso concreto, y sostiene que ello no tendría por qué derivar en un exceso de coerción.

La tercera parte de libro (capítulos 7 a 11) engloba, bajo la rúbrica «Reflexiones críticas: teoría, impacto, limitaciones», los estudios más críticos con diversos aspectos de la doctrina de los deberes positivos de tutela penal.

En el capítulo 7 (pp. 141-159), Nina PERSAK aborda una cuestión central: la confianza que demuestra el TEDH en que, para una protección efectiva de los derechos humanos frente a graves abusos, es necesario el Derecho penal porque sólo este garantiza una intimidación (*deterrence*) efectiva. La autora pone de relieve que el TEDH expresa este convencimiento sin ningún tipo de soporte empírico en cuanto a la capacidad de las penas para alcanzar una disminución de los delitos graves (pp. 150-152), y además destaca también diversos problemas lógicos y normativos que presenta esta argumentación. Así, alude entre otras cosas, a que las menciones expresas a la intimidación, si bien parecen enmarcar el debate en una perspectiva preventiva, bien podrían estar enmascarando tras terminología utilitarista lo que quizá no son sino argumentos relacionados con la capacidad expresiva de las penas. Y subraya la difícil compatibilidad de toda esta construcción con el principio de *ultima ratio*.

En el capítulo 8 (pp. 161-182), Mattia PINTO denuncia que las obligaciones de proteger mediante el Derecho penal los derechos consagradas en el CEDH tienen el riesgo de potenciar en los Estados una «cultura de la condena» (*a culture of conviction*) porque, si bien el TEDH las configura en principio como obligaciones de medios y no de fines, que no necesariamente tienen que

conducir a una condena en todos los casos, sin embargo su preocupación por la protección efectiva de los derechos humanos acaba llevando al Tribunal a examinar si se ha impuesto un castigo adecuado, en el sentido de suficientemente severo (pp. 162, 168, 169). En opinión del autor, esto ofrece una nueva legitimidad a la tendencia crecientemente punitiva ya presente en muchos Estados occidentales desde los años 70, intensificada desde el 11 de septiembre de 2001, y que ha sido analizada por GARLAND, SIMON o WACQUANT, entre otros. PINTO insiste en diversas ocasiones en que el creciente recurso al Derecho penal como solución para los más diversos y complejos problemas sociales es un fenómeno complejo y multifactorial, del que en modo alguno cabe hacer responsable al TEDH, el cual además sigue manteniendo, junto a esta doctrina justificadora del expansionismo punitivo, la línea más tradicional orientada a limitar los excesos coercitivos de los Estados. Pero sostiene que la jurisprudencia del TEDH permite a los Estados presentar el endurecimiento del control penal y la restricción de libertades bajo el favorecedor manto de la protección de los derechos humanos, alineándose con el discurso según el cual los problemas sociales pueden resolverse combatiendo las conductas individuales de abuso y violencia, y restando importancia a vías alternativas de solución (pp. 180-181). Y lo ejemplifica con el caso de la *Modern Slavery Act* introducida en Inglaterra y Gales en 2015, que a su juicio, ha endurecido tremendamente el control penal sin mejorar la situación de las víctimas, y renunciando a explorar soluciones alternativas probablemente más eficaces, como la modificación de las políticas migratorias o la regulación del mercado laboral.

En el capítulo 9 (pp. 183-202), Natasa MAVRONICOLA sostiene que el énfasis puesto por el TEDH en que los deberes de protección deben articularse a través del Derecho penal produce una confusión entre los criterios y los estándares propios de la responsabilidad penal individual, y los que caracterizan la responsabilidad del Estado por la vulneración de Derechos humanos, confusión que en opinión de la autora conduce por un lado a un exceso coercitivo, y por otro a debilitar la protección de los derechos que se quieren tutelar. Según MAVRONICOLA, el enfoque jurídico-penal tiene en cuenta circunstancias que pueden (y deben) excluir o atenuar la responsabilidad individual, como errores de juicio explicables habida cuenta de la tensión del momento, formación o entrenamiento insuficientes, verse obligado a actuar en una operación mal planificada o coordinada, etc. Pero afirma que no tiene sentido que estos factores operen cuando se valora la responsabilidad del Estado como aparato u organización, donde deben aplicarse criterios estrictamente objetivos de absoluta necesidad, y donde además los derechos reconocidos en los arts. 2 o 3 del CEDH pueden resultar vulnerados por deficiencias estructurales o sistémicas (entrenamiento insuficiente o equipamiento inadecuado de los agentes de policía, planificación inadecuada de los efectivos necesarios o valoración equivocada de los riesgos, condiciones paupérrimas de los lugares de custodia, etc.), sin que necesariamente un individuo concreto haya cometido dolosamente un delito. Confundir ambas cosas puede llevar (y ha llevado ya, en opinión de la autora, que aduce ejemplos en las pp. 190, 194, 195) a que el TEDH no considere vulnerado el derecho a la vida en casos en que el uso de la fuerza letal no era absolutamente necesario en términos objetivos, pero la conducta concreta del agente actuante podía ser considerada excusable, lo que debilita la protección del derecho a la vida en lugar de mejorarla. La autora también defiende que el hecho de que el TEDH dé por supuesto que el castigo penal es la vía de protección más eficaz evita que el tribunal examine (y, eventualmente, exija a los Estados adoptar o corregir) otras alternativas para mejorar la protección de los derechos, como la política migratoria, los servicios sociales disponibles, el racismo institucional, el acceso efectivo a la justicia, etc. (pp. 198-201).

Vladislava STOYANOVA analiza en el capítulo 10 (pp. 203-222) las sentencias que han derivado del art. 4 CEDH obligaciones positivas para el Estado en casos de servidumbre, trabajo forzado o trata. Explica primero por qué en su opinión la regulación vigente –constituida por el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos– exige que los Estados ofrezcan protección a las víctimas de trata, pero con independencia de que estas intervengan en un procedimiento penal ni de que se haya iniciado alguno (pp. 204-207). Sin embargo, explica que los Estados, a pesar de ello, tienden a ofrecer protección sólo a las víctimas que les resultan útiles porque les ayudan a obtener pruebas y lograr condenas. A continuación, plantea que el TEDH, cuando valora si los Estados disponen de un marco legal apropiado para ofrecer protección efectiva, atiende sólo a la normativa jurídico-penal, lo que hace que queden sin analizar otros aspectos de la regulación nacional, y que no se examinen problemas sistémicos que bien pueden condicionar el que las víctimas no reciban la protección que necesitan (pp. 218-219). Y señala que probablemente tarde o temprano el TEDH tendrá que abordar el espinoso problema de si las obligaciones positivas derivadas art. 4 CEDH incluyen la de no deportación (pp. 221 y s.).

Esta tercera parte del libro concluye con el capítulo 11 (pp. 223-245), a cargo de Bryce DICKSON, que examina hasta qué punto puede ser inapropiado utilizar el Derecho penal en contextos de justicia transicional; en concreto, cuándo puede ser coherente con los estándares internacionales de derechos humanos no castigar a los responsables de homicidios cometidos en graves conflictos internos. Partiendo de la base de que forzar o alterar (*tamper with*) el Derecho penal es casi siempre esencial en los procesos de resolución de conflictos si se pretende que estos puedan tener éxito (p. 226), y utilizando sobre todo el ejemplo del proceso de paz en Irlanda del Norte, concluye que en contextos de justicia transicional el TEDH no exige que la persecución penal, si ha cumplido las exigencias de ser una investigación efectiva en los términos del art. 2 del Convenio, necesariamente tenga que desembocar en una condena penal, siempre que se den determinadas circunstancias (pp. 244-245).

En la cuarta parte (capítulos 12 y 13), titulada «Territorios inexplorados en la doctrina sobre deberes coercitivos del TEDH» (*Unchartered waters for the ECtHR's coercive duties doctrine*), se analizan dos cuestiones que, según los coordinadores de la obra, son temas poco explorados hasta ahora, pero en los que la doctrina de las obligaciones positivas de tutela penal podría influir de manera preocupante sobre las políticas internas de los Estados miembros del Convenio. En el capítulo 12 (pp. 249-266), Liora LAZARUS examina no las obligaciones de criminalizar o investigar, sino la de tomar medidas preventivas para evitar un riesgo que se conoce o se debería conocer, es decir, el ámbito operativo de las fuerzas y cuerpos de seguridad. Y sostiene que la jurisprudencia del TEDH no ha abordado el problema de cómo debe establecerse el equilibrio entre las obligaciones positivas de prevenir riesgos para un derecho reconocido en el Convenio, y los derechos de los sujetos afectados por tales medidas de prevención, es decir, aquellos de los que se teme el daño, que tienen derechos igualmente reconocidos en el CEDH de los que derivan obligaciones negativas para el Estado de no vulnerarlos (libertad, intimidad, etc.) (p. 252). Teniendo en cuenta que las autoridades y las fuerzas de seguridad tienden ya de por sí a dar prioridad a las necesidades de seguridad colectiva sobre los derechos individuales, y que vivimos desde hace tiempo en una cultura de aversión al riesgo, LAZARUS sostiene que el no subrayar expresamente que las obligaciones de tutela deben cohonestarse con los derechos individuales a no sufrir injerencias por parte del Estado, y el no establecer la manera en que ambas cosas deben ponderarse, está favoreciendo excesos de coerción, de los que pone varios ejemplos.

Por último, en el capítulo 13 (pp. 267-291), Kelly PITCHER pone de manifiesto que la exclusión de pruebas obtenidas de manera ilícita puede confligir con las obligaciones positivas de tutela penal, en la medida en que puede impedir condenar a responsables de graves violaciones de derechos humanos. Analiza el alcance de las obligaciones procedimentales de realizar una investigación efectiva que permita llegar a una condena en la jurisprudencia del TEDH, así como el estado de esta cuestión en los Países Bajos (donde dichas obligaciones positivas se han incluido en la regulación de las reglas de exclusión de evidencias), y pone de relieve que si bien existe un núcleo duro en el que el TEDH prohíbe en todo caso la utilización de este tipo de pruebas (cuando derivan de vulneraciones del art. 3 CEDH), aun cuando ello obligue a absolver, hay otro ámbito menos claro en el que las obligaciones positivas de investigar y castigar tienen que ser ponderadas con los intereses que subyacen a la regla de la exclusión de la evidencia ilícitamente obtenida, y que existe el riesgo de que el resultado derive en un exceso de coerción.

El libro concluye con un breve *post scriptum* (pp. 293-295) en el que los coordinadores ponen en relación las obligaciones positivas de tutela con las medidas de protección adoptadas por los Estados ante la pandemia de Covid (no se olvide que la obra está publicada en 2020), en el que alertan de que estas medidas, aun animadas por el loable objetivo de proteger los derechos a la vida y a la integridad física, pueden vulnerar otros derechos también importantes reconocidos en el Convenio, y terminar resultando abusivas y desproporcionadas. En especial, subrayan que la pandemia ha puesto de manifiesto la importancia de no identificar las obligaciones positivas de proteger los derechos fundamentales exclusivamente con obligaciones de incrementar la coerción penal, y la necesidad de tomarse más en serio los derechos económico-sociales, en particular el derecho a la salud.

Como puede apreciarse, todos los temas abordados en el libro son de un notable interés, y a mi juicio se consigue que el lector pueda formarse una idea bastante completa del estado de la cuestión, que es, efectivamente, compleja y polémica. Los diversos problemas analizados en los distintos capítulos se estudian además de manera documentada y rigurosa; las contribuciones aportan abundantes citas tanto de doctrina como de jurisprudencia, por lo que constituyen un muy buen punto de partida para quien esté interesado en profundizar en cualquiera de los diferentes temas que se abordan en la obra, si bien, y puesto que el libro está publicado en 2020, las fuentes citadas llegan sólo hasta 2019 (el capítulo 5 ha tenido en cuenta sentencias hasta diciembre de 2018, el cap. 6 hasta octubre de 2019, y, al menos en el capítulo 2, la mayoría son bastante anteriores).

Me parece además un mérito de la obra el reunir contribuciones tanto favorables como críticas con las obligaciones positivas de tutela penal; de hecho, los coordinadores destacan que éste era uno de los objetivos del libro (pp. 4, 16-21). Si bien a mi juicio predominan los trabajos redactados desde una perspectiva más crítica, la combinación de los diversos puntos de vista es estimulante y enriquecedora: resulta interesante confrontar, por ejemplo, la manera opuesta en que se aborda la cuestión de la eficacia intimidatoria del Derecho penal en los capítulos 3 y 7, o cómo en los capítulos 4 y 11 se ofrecen perspectivas bastante distintas sobre las expectativas de las víctimas en relación con situaciones de justicia transicional, y con el papel que el Derecho penal puede/debe jugar en estos contextos.

Además de los aspectos directamente analizados en cada capítulo, hay temas muy interesantes que aparecen de manera intermitente en las distintas contribuciones, por ejemplo, el de hasta qué punto las obligaciones de investigar con diligencia y posibilitar el castigo de los responsables

son sólo –como sostiene el TEDH– obligaciones de medios, o llegan a constituir obligaciones de resultados, es decir, de alcanzar una condena suficientemente grave (cfr. por ej., pp. 156, 162, 275 y ss.). También la cuestión de si el énfasis puesto por el TEDH en el Derecho penal como medio más efectivo para proteger determinados derechos humanos frente a ataques graves puede favorecer (o justificar) la desatención a medidas alternativas de protección (por ej. en pp. 26, 143 ss., 163, 181, 198, 289).

Una cuestión a la que se alude de pasada en algunos de los capítulos, pero en la que ninguno de ellos profundiza (y que en mi opinión habría resultado muy relevante en este contexto), es si son aplicables los mismos argumentos –ya sea a favor o en contra– de las obligaciones positivas de tutela penal cuando se trata de agresiones cometidas entre particulares, o bien de agresiones realizadas por agentes de la autoridad, funcionarios u otro tipo de personal al servicio o actuando en nombre del Estado. Es cierto que en el capítulo 2 se alude en diversos momentos (pp. 58, 63, 65) a que las exigencias del TEDH son más estrictas cuando se trata de actos cometidos por agentes o autoridades del Estado, y se da cuenta de la justificación que el propio TEDH ofrece, aduciendo que en estos casos lo que está en juego no es sólo la cuestión de la responsabilidad individual de los autores, sino el deber del Estado de combatir la sensación de impunidad que los delincuentes podrían entender que tienen en virtud precisamente del cargo o puesto que ocupan, y que es especialmente necesario mantener la confianza pública en y el respeto al sistema de aplicación de las leyes. Pero ni este ni otros posibles argumentos para un trato diferenciado son analizados de manera sistemática. En el Capítulo 4, por ejemplo, al estudiar hasta qué punto la condena penal puede tener un sentido de reparación para las víctimas, restaurando su dignidad y su estatus social, no queda muy claro si sólo se está aludiendo a los casos en que el Estado omite investigar y castigar delitos graves cometidos por particulares, o también a los casos en que las propias autoridades estatales han participado en los delitos (p. 89). Y por otro lado el capítulo 9, que critica con dureza las obligaciones de criminalizar y castigar, parece referirse a los casos en que han estado involucrados agentes del Estado, pero sin aclarar si las mismas criticas serían aplicables a los supuestos en los que esto no es así.

Por otro lado, y si bien todos los problemas analizados en los distintos capítulos son interesantes y relevantes, llama la atención que no se haya dedicado uno específico a las obligaciones positivas de tutela de las mujeres frente a la violencia, siendo este uno de los ámbitos en los que dichas obligaciones más se han desarrollado tanto en la jurisprudencia del TEDH como en otro tipo de documentos y resoluciones de órganos supranacionales. De hecho, el *seminal case* del TEDH en materia de obligaciones positivas de tutela penal, *X e Y c. los Países Bajos*, de 25.3.1985, fue un supuesto de abuso sexual a una menor con discapacidad intelectual. Además de otros importantes casos relacionados con violencia sexual ejercida sobre mujeres (por ejemplo *M.C. c. Bulgaria*, de 4.12.2003), el TEDH ha abordado de manera específica las obligaciones positivas de carácter penal en materia de violencia doméstica y de género sobre todo desde *Opuz c. Turquía*, de 9.6.2009, y son numerosas las sentencias que han condenado a los Estados por protección penal insuficiente de mujeres (cfr. por ejemplo *Talpis c. Italia*, de 2.3.2017 o los casos *Volodina c. Rusia* de 9.7.2019 y *Volodina c. Rusia II* de 14.9.2021) . Esta cuestión sí se estudia en parte en el capítulo 5 de la obra que comentamos (pp. 106-109), pero no de manera específica, sino sólo como un ejemplo más de los grupos que el TEDH considera vulnerables, y de las consecuencias que dicha consideración tiene en cuanto al alcance de las mencionadas obligaciones.

En definitiva, esta monografía coordinada por LAVRYSEN y MAVRONICOLA ofrece no sólo una panorámica bastante completa de la actual dotrina del TEDH sobre las obligaciones positivas de

tutela penal, sino también un análisis riguroso y plural de varias de las cuestiones clave implicadas, en un tema en el que a mi juicio sería bienvenido un mayor interés por parte de la doctrina penal española.

InDret
4.2023

Clara Moya Guillem (dir.), La protección de las víctimas especialmente vulnerables. Aspectos penales, procesales y político-criminales*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, 318 páginas*

Adrián Gómez Conesa
Universidad de Alicante
adrian.gomez@ua.es

-

La obra colectiva objeto de esta recensión constituye todo un punto de referencia en el estudio de uno de los temas más actuales y problemáticos del Derecho Penal: la agravación de la responsabilidad penal en razón de la especial vulnerabilidad de la víctima.

La relevancia del tema abordado se ve reflejada en las numerosas (e incesantes) reformas a las que se está viendo sometido nuestro Código Penal en esta materia. El legislador, con un claro afán proteccionista para con las víctimas vulnerables, ha configurado una tutela penal reforzada más que cuestionable. De acuerdo con los autores de la obra, los problemas que plantea la especial vulnerabilidad de la víctima en el Derecho Penal actual serían los siguientes. Se pueden encontrar en el ordenamiento jurídico definiciones de vulnerabilidad ciertamente dispares (art. 177 CP, art. 102 del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, normas y recomendaciones internacionales, etc.). En lo que se refiere al fundamento de la sobreprotección de estas víctimas, se observan posturas doctrinales y jurisprudenciales contradictorias, pues algunos creen que el fundamento reside en un mayor contenido del injusto, mientras que otros consideran que es una cuestión de mayor culpabilidad. Además, en el Código Penal son numerosas y sumamente confusas las referencias a la vulnerabilidad, ya que en ocasiones se protege –de forma expresa o táctica– a las víctimas vulnerables, otras a las víctimas especialmente vulnerables, también a los grupos vulnerables, e incluso de manera concreta, a menores y a personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

Estos aspectos son abordados con la claridad y el rigor propio de los autores que suscriben tales aportaciones. La obra tiene como propósito, primero, detectar el fundamento material de las disposiciones sobre la especial vulnerabilidad en el Derecho Penal, con el fin de delimitar su ámbito de aplicación. Segundo, analizar con cierto detalle las circunstancias que darían causa a la especial vulnerabilidad de la víctima (así, la edad, la discapacidad, la enfermedad o la situación). Y, finalmente, ofrecer una serie de propuestas, tanto de *lege data* como de *lege ferenda*, en cuanto a la protección que debería darse a las víctimas especialmente vulnerables.

La primera de las aportaciones es la ofrecida por el coordinador de la presente obra, BONSIGNORE FOUQUET (pp. 19-64), quien aborda, desde un imprescindible plano conceptual y político-criminal, el concepto de vulnerabilidad. Parte en su análisis de la complejidad de dicho concepto, pues, como bien afirma, «trasciende los confines de una disciplina concreta». Por eso, inicia su estudio con un recorrido sobre las teorías de la vulnerabilidad propias de la Filosofía, la Bioética o los Estudios de Género, algo que sin duda enriquece el contenido de la obra. La vulnerabilidad, sostiene, ha sido tradicionalmente olvidada en el pensamiento político hasta fechas no muy

recientes, pues las nociones de autonomía, racionalidad y dignidad configuraban el modelo de ciudadano perfecto en el pensamiento liberal propio de los siglos XVIII y XIX. La evidencia histórica ha mostrado que la fragilidad humana, apunta el autor, es una condición que determina la vulnerabilidad inherente de los seres humanos (así lo demostrarían las atrocidades propias de la Segunda Guerra Mundial, entre otros acontecimientos históricos). Estaríamos hablando, entonces, de la vulnerabilidad como una condición universal que definiría al ser humano. A partir de esa vulnerabilidad universal, el autor señala la necesidad de diferenciar entre ciertas personas o grupo de personas que sufren dicha vulnerabilidad en un grado e intensidad superior a la media. Es ahí donde nos encontramos la noción de persona especialmente vulnerable. Posteriormente, subraya la importancia de concebir la vulnerabilidad individual como el resultado de la acumulación de diversas capas, lo que implica observar el concepto de vulnerabilidad desde un punto de vista dinámico y relacional, no en términos rígidos y automáticos. De forma sintética, afirma: «las personas no son vulnerables, sino que lo devienen fruto de la relación que las une a otras personas, otros grupos sociales, circunstancias ambientales y, en general, a la situación en la que vayan a entrar en juego sus recursos y carencias particulares» (p. 31).

Sentado lo anterior, BONSIGNORE FOUQUET describe dos grandes modelos de tutela penal de la vulnerabilidad. En primer lugar, el modelo de tutela conforme a un método de «líneas rojas», esto es, un modelo en el que la pertenencia a un grupo históricamente discriminado determina la condición de «víctima especialmente vulnerable». En segundo lugar, el modelo de la individualización, es decir, el abordaje de la vulnerabilidad en un sentido más concreto. Dicho modelo consistiría en valorar las circunstancias particulares que rodeaban a la víctima y que le colocaron, en el momento de los hechos, en una considerable situación de vulnerabilidad. Ambas alternativas político-criminales, concluye, pueden observarse en el Código Penal. Así, en el primer sentido, la agravante genérica del art. 22.4.ª, por razón de los motivos discriminatorios que movieron al autor a cometer el delito, y en el segundo sentido, entre otros ejemplos, la agravante específica en el delito de agresión sexual del art. 180.1.3.º. Probablemente esta disparidad de criterios político-criminales se deba, como advierte el autor al inicio de su trabajo, a la «complejidad» del concepto de vulnerabilidad. Todo ello conlleva la necesidad de centrar el estudio en el concepto de vulnerabilidad, para después optar con claridad por una línea político-criminal.

La segunda aportación es de FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA (pp. 65-90), donde se refleja un interesante y novedoso estudio sobre el tratamiento de la vulnerabilidad desde el prisma del Derecho Penal Internacional. La autora señala cómo esta disciplina tiene una indudable finalidad de protección de grupos vulnerables. Así se observa, por ejemplo, en el delito de genocidio, donde el rasgo étnico, religioso, nacional o racial de un grupo es el que, en un contexto de ataque, determina su vulnerabilidad. De hecho, el art. 607.1 de nuestro Código Penal, además de indicar esas circunstancias que determinarían la vulnerabilidad del grupo, también incluye la discapacidad de sus integrantes. Seguidamente, resalta cómo la especial vulnerabilidad de la víctima, a partir del criterio de «gravedad del delito», influye en la determinación de la pena en el marco del Derecho Penal Internacional. La jurisprudencia de los Tribunales internacionales ha incluido la especial vulnerabilidad de la víctima en la valoración de la gravedad del delito. Así, si las conductas recaían sobre personas especialmente vulnerables, la gravedad del delito se consideraba mayor y, en consecuencia, la pena se incrementaba. Así se recoge en las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional, donde se prevé expresamente, como agravante genérica, la comisión del delito cuando la víctima está particularmente indefensa.

Concluye la autora que la experiencia del Derecho Penal Internacional puede contribuir muy positivamente al debate sobre la vulnerabilidad de la víctima en el Derecho Penal nacional.

La tercera aportación es de SANDOVAL (pp. 91-120), quien aborda la especial vulnerabilidad de la víctima, primero, como una posible manifestación del fenómeno de la expansión del Derecho Penal y, segundo, señalando el fundamento material que justificaría la tutela penal reforzada. Afirma que el progresivo incremento de las conductas agravadas por la especial vulnerabilidad de la víctima en nuestro Código Penal «no responde a un programa político-criminal claro». Sostiene que la gravedad de las consecuencias penales asociadas a la comisión de los hechos sobre víctimas vulnerables y la falta de racionalidad legislativa en su configuración permiten sostener que estamos ante otra manifestación más de la actual expansión del Derecho Penal. En lo que refiere al fundamento de la agravación penal afirma, tras una interesante argumentación, que radicaría en un mayor contenido del injusto, fruto de la mayor indefensión de la víctima o bien en la mayor exposición del bien jurídico protegido.

El autor de la cuarta aportación, BLANCO CORDERO (pp. 121-160), traza un exhaustivo y crítico análisis de la tutela penal reforzada de los menores de edad. El autor sostiene que la tutela penal reforzada de los menores de edad «no tiene un diseño coherente» en nuestro texto punitivo, pues obedece a criterios poco claros y, en ocasiones, contradictorios. Como afirma, se pueden observar en el Código Penal agravios comparativos, en los que no se comprenden bien los motivos por los que se ha decidido que es más grave en unos delitos que en otros que la víctima sea un menor (así, por ejemplo, los delitos de detención ilegal, donde sí hay una agravación, frente al delito de aborto sin consentimiento de la mujer embarazada, donde no se agrava la pena en caso de ser una menor embarazada). La incoherencia también abarca a la determinación de las edades en los tipos agravados, y así lo señala tan gráficamente el autor: el límite de edad en las lesiones es de catorce años (art. 148.3.º CP), pero superada esa edad la «especial vulnerabilidad» de la víctima no sería la misma, mientras que si se trata de un homicidio, la edad se amplía hasta los dieciséis años (art. 140.1.1.º CP). Dada esta incoherencia, el autor se pronuncia sobre la viabilidad de una posible «agravante genérica cuando el sujeto pasivo tenga una edad inferior a la de dieciocho años». A pesar de ser una propuesta interesante, señala que nuestro Código Penal ya cuenta con el abuso de superioridad del art. 22.2.ª, cuya ratio puede abarcar la inferioridad del menor de edad.

La quinta aportación, a cargo de la SÁNCHEZ-MORALES VILCHES (pp. 161-204), tiene como objeto el estudio de la especial vulnerabilidad por razón de la avanzada edad de la víctima. Sostiene, tras un detallado análisis, que la tutela penal de la víctima especialmente vulnerable por razón de la mayor edad, plantea una serie de problemas interpretativos. La alusión a la especial vulnerabilidad de la víctima, afirma con acierto, es vaga e incierta, lo cual dificulta determinar el fundamento y alcance de la circunstancia agravante. De acuerdo con los estudios de victimización presentados en el trabajo, la autora advierte que cada vez son más frecuentes los delitos patrimoniales cometidos abusando de la vulnerabilidad de los ancianos, para los cuales, paradójicamente, no se prevé expresamente la agravación. Además, sostiene que, aparte de la referencia a la edad como factor de vulnerabilidad de la víctima, existen referencias «materialmente análogas» que incorporan un idéntico desvalor, así la discapacidad o la enfermedad, tal y como avala la jurisprudencia recogida en el trabajo. Concluye que la especial vulnerabilidad por razón de la mayor edad no puede presumirse a partir del dato objetivo de la edad, sino que será preciso «una interpretación contextualizada y teleológica, atenta al bien

jurídico protegido en cada figura penal y coherente con las razones que fundamentan la tutela penal reforzada de estas personas» (p. 186).

En su aportación, TAPIA BALLESTEROS (pp. 205-220) ofrece un interesante análisis sobre la especial vulnerabilidad de la víctima por razón de la discapacidad o enfermedad. La autora comienza su análisis con el estudio del concepto de «discapacidad» previsto en el Código Penal y su evolución, y lleva a cabo un examen crítico de su reforma en 2015. Fruto de esta, el art. 25 del Código diferencia entre «discapacidad» y «persona con discapacidad necesitada de especial protección», haciendo referencia a dicha circunstancia de una forma un tanto confusa. Como bien refleja, en los casos de «enfermedad», la situación es similar, pues ni siquiera existe una definición de enfermedad en el Código y los tipos penales hacen alusión de forma variada a la misma como factor de vulnerabilidad.

La aportación de GUTIÉRREZ PÉREZ (pp. 221-244) aborda con exhaustividad los problemas que plantea el abuso de la vulnerabilidad de la víctima en la excusa absolutoria de parentesco del art. 268 del Código Penal. En este original estudio, la autora avala la incorporación de la vulnerabilidad como excepción a la excusa de parentesco en los delitos patrimoniales del art. 268, instituto que viene siendo duramente criticado por la doctrina. A pesar de ello, se señalan no pocos obstáculos interpretativos fruto de la vaga y confusa tutela penal de la vulnerabilidad. Frente a ello, avanza un interesante «test de vulnerabilidad» (posteriormente desarrollado por MOYA GUILLEM) a efectos de la aplicación del art. 268: i) se debe atender a si la víctima reúne alguna de las circunstancias aludidas por el legislador como fuente de vulnerabilidad (así, la edad, discapacidad o enfermedad); ii) posteriormente se debe verificar si la víctima fue capaz de resistirse, en el caso concreto, al ataque patrimonial.

Sobre la especial vulnerabilidad de la víctima desde el punto de vista del proceso penal español trata la octava aportación, firmada por DURÁN SILVA (pp. 245-282). El Derecho Procesal Penal es, probablemente, la disciplina que más se haya visto sometida a profundas reformas bajo el paradigma de la vulnerabilidad, destacando principalmente el Estatuto de la Víctima del Delito de 2015, el régimen procesal de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia, y algunos preceptos del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020. La autora realiza un brillante recorrido por tales normas procesales, a partir del cual resalta dos puntos ciertamente problemáticos: la indeterminación del concepto de vulnerabilidad y la sistemática utilizada para la protección de tales víctimas en el proceso penal. Concluye que las normas procesales permiten una graduación de la vulnerabilidad de las víctimas menores de edad y con discapacidad, a fin de evitar la victimización secundaria. Sin embargo, la indeterminación de los conceptos y criterios utilizados por el legislador entorpece la aplicación de tales normas.

La última aportación es de MOYA GUILLEM, directora de la obra colectiva (pp. 283-318). La autora lleva a cabo una exposición de las «cuatro dimensiones de la vulnerabilidad», esto es, la protección que el sistema de justicia penal ofrece a la víctima vulnerable. Primera, la prevención a través de políticas públicas de seguridad. Segunda, la prevención de la victimización a través de la pena. En este punto, con gran acierto, señala que «los preceptos que se refieren a grupos vulnerables estarían protegiendo a las minorías y colectivos socialmente discriminados frente a las más severas manifestaciones de desigualdad, mientras que, la protección penal de personas vulnerables perseguiría el amparo frente a aquellas situaciones en las que el bien jurídico-penal se encuentra más expuesto» (p. 292). Tercera, la prevención de la victimización secundaria. Y

cuarta, la reparación de la victimización. A su vez, afirma que el fundamento, de igual manera que sostenía SANDOVAL, reside en un mayor contenido del injusto y, más específicamente, en el mayor desvalor de acción, debiendo ser el aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad necesariamente abarcada por el dolo del autor. Finalmente, ofrece una serie de propuestas que, como se ha visto, son más que necesarias ante semejante caos jurídico. Por un lado, propone un «test de especial vulnerabilidad», consistente en evaluar si la víctima fue capaz de resistirse a la agresión o, en su caso, fue capaz de huir. Por otro lado, señala una interesante propuesta *lege ferenda*, a fin de clarificar y mejorar la tutela penal reforzada de tales víctimas, como sería la incorporación de una circunstancia genérica de vulnerabilidad en el art. 22 del Código Penal, que prevea una consecuencia penológica más grave que las restantes, como así ocurriría con el régimen penológico previsto para la multirreincidencia en el art. 66.1.5.º del Código Penal.

Como se puede observar, la obra expone con detalle todos los desafíos penales que conlleva la agravante de la especial vulnerabilidad. A pesar de ello, quisiera detenerme en un punto que, a mi modo de ver, requeriría de mayor explicación, como es el fundamento de la tutela penal de las víctimas especialmente vulnerables. La delimitación del fundamento material es un paso inexcusable en la labor interpretativa de esta figura. Se deben tener claras la razones por las que se debería agravar la responsabilidad penal en estos casos, para después trazar su ámbito de aplicación con cierta precisión y claridad. Tal vez, esta parte de la obra podría haber sido objeto de un mayor desarrollo. En las siguientes líneas expondré, brevemente, tal parecer.

La discusión sobre el fundamento de las circunstancias agravantes es un clásico en el Derecho Penal español. En la doctrina se pueden encontrar las siguientes posturas al respecto: i) quienes consideran que todas las circunstancias agravantes se justifican en un mayor contenido del injusto, pues la culpabilidad sólo opera como mecanismo de atribución del injusto a su autor (como imputación personal); ii) quienes consideran que sí puede haber agravantes que se justifiquen en un mayor contenido del injusto y/o en un mayor reproche culpabilístico (esta postura ha sido mantenida tradicionalmente por el Tribunal Supremo a propósito de la alevosía); y iii) quienes entienden que la pretensión de que todas las circunstancias agravantes han de tener una explicación en la antijuricidad o en la culpabilidad, ha de ser abandonada. Esto último se debe a que los conceptos de antijuridicidad o culpabilidad son discutidos y, además, puede suceder que el fundamento de alguna circunstancia agravante resida en razones de política criminal, es decir, en la función o fin que quiera darse por el legislador al mayor castigo penal.

En sus contribuciones, los autores de esta obra sostienen que el fundamento de la agravante en razón de la especial vulnerabilidad de la víctima se encuentra en el mayor contenido del injusto, dada la mayor exposición de los bienes jurídicos a la que se enfrentan estas víctimas. Aun cuando los autores puedan estar en lo cierto, no creo que se pueda zanjar tan fácilmente (o, al menos, sin dar mayores razones) la posibilidad de valorar otras alternativas.

Una alternativa, de acuerdo con cierto sector de la doctrina y parte de la jurisprudencia, sería la justificación del mayor castigo en razón de la perversidad mostrada por el autor en el aprovechamiento de la especial vulnerabilidad de la víctima, con el fin de favorecer o facilitar la comisión del hecho delictivo. MOYA GUILLEM rechaza esta opción, pues entiende que «incluso el aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad formaría parte del dolo inherente al subtipo cualificado» (p. 305). Esta postura necesitaría de una mayor explicación. Con independencia de que se trate de un fundamento u otro, el dolo del autor debe abarcar la especial vulnerabilidad de la víctima. De lo contrario, estaríamos ante casos de responsabilidad puramente objetiva, lo

cual debe rechazarse en favor del principio de culpabilidad (aspecto este, por cierto, que no se aprecia como merecería en la jurisprudencia, pues se observan casos en los que se presume el dolo del autor). A partir de ahí (probado el dolo del autor), lo relevante sería valorar la actitud mostrada por este con respecto a la vulnerabilidad de la víctima en el momento de los hechos, y constatar si merece un mayor reproche penal. A esta postura podría objetarse la supuesta *eticización del juicio de culpabilidad* incompatible –tal y como señala frecuentemente la doctrina– con nuestro Derecho Penal. Un abordaje más detallado de estos planteamientos podría haber enriquecido la discusión señalada en la obra.

En definitiva, la discusión sobre el fundamento de las agravantes es complejo, principalmente porque se necesita de un detenido estudio sobre las categorías de antijuricidad y culpabilidad. Probablemente esta dificultad haya sido tenida en cuenta por los autores. Sin embargo, se ha echado en falta un mayor desarrollo en su exposición para, posteriormente, entrar a analizar el ámbito de aplicación de la circunstancia agravante.

Con todo ello, como ya se adelantó al inicio de esta recensión, la obra aborda de forma clara, detallada y rigurosa los problemas político-criminales, penales y procesales que plantea la especial vulnerabilidad de la víctima. Sin duda, la oportunidad del tema, su elocuente desarrollo interdisciplinar y las propuestas ambiciosas pero realistas aquí expuestas, son seña de una obra imprescindible para el desarrollo de cualquier investigación sobre la materia.

InDret
4.2023

Ramón Ragués i Vallès, La prisión provisional como *ultima ratio, Marcial Pons, Madrid, 2023, 238 páginas*

Rolando Márquez Cisneros
Universidad de San Martín de Porres (Perú)
rm@marquezcisneros.com

-

La obra de Ramon RAGUÉS I VALLÈS, catedrático de Derecho penal de la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona-España), plasma sus reflexiones sobre la prisión preventiva a partir de, como él mismo señala, sus distintos encuentros con esa medida cautelar, en su actuación como magistrado, consultor académico e investigador.

En su obra, concretamente en el capítulo I, el autor expone la situación actual de la prisión preventiva y afirma que su (práctica) desaparición parece ser algo que se puede alcanzar hoy (p. 22). No estoy seguro de esto. Lo que veo en la actualidad es que el populismo punitivo campea cada vez más y, con ello, un uso frecuente, cada vez mayor, de la prisión preventiva. Esto me lleva a creer, muy a mi pesar, que estamos lejos de erradicar esa medida restrictiva. Parece que RAGUÉS de alguna manera también piensa esto último cuando señala que hay una relajación de los poderes públicos en la reducción del recurso a la prisión preventiva (p. 22).

El autor afirma, y estoy de acuerdo con ello, que una forma de acabar con el uso irracional de la prisión preventiva es saber el contenido de las resoluciones judiciales que la decretan, para así controlarlas. Sin embargo, discrepo cuando señala que la sola publicación de datos comparativos entre órganos judiciales permitiría detectar quién de los comparados abusa del empleo de la prisión preventiva (p. 32). Discrepo porque no se puede afirmar, por ejemplo, que el juzgado que decretó cien prisiones preventivas, en las cien solicitudes que sobre esa medida hizo la Fiscalía, emplea de forma abusiva esta medida cautelar, respecto del juzgado que, de cien solicitudes, sólo la decretó en veinte. Es necesario analizar los fundamentos de cada resolución, una por una. Tras ese análisis, es posible concluir que el juez decidió las cien prisiones preventivas en casos en los que estaba plenamente justificada. No basta, insisto, la mera publicación del número de prisiones preventivas acordadas por cada juzgado.

En lo que toca a la prisión preventiva como equivalente funcional de la pena privativa de la libertad, RAGUÉS afirma que, como esa medida cautelar anticipa los efectos inherentes a la pena, los poderes públicos se ven muy tentados a emplear la prisión provisional; por eso, señala, para intentar vencer esa tentación cabe recurrir a los riesgos que, para la credibilidad del sistema judicial, implica absolver a quien ha pasado un tiempo encarcelado de modo preventivo (p. 41). Según entiendo, para el autor, el perjuicio que podría sufrir la reputación de la judicatura, si se absuelve a alguien privado provisionalmente de su libertad, es un factor que motiva a los jueces a no decretar esa medida cautelar. En efecto, no descarto que algunos jueces así piensen. El problema que advierto es que también puede haber jueces que, para evitar el desprestigio del Poder Judicial que implica absolver a quien ha estado preventivamente privado de su libertad,

acaben luego condenándolo, tentación de condena que puede ser mayor en casos en los que el ciudadano lleva mucho tiempo privado provisionalmente de su libertad.

Aunque RAGUÉS no lo diga expresamente, de algunas partes de su obra, como cuando cita el caso de *La Manada* (p. 182), se advierte que el primer presupuesto de la prisión provisional, a saber, que los hechos revistan caracteres de delito de una cierta gravedad, para él, no es determinante al momento de acordar esa medida cautelar. De forma acertada señala que el principio de lesividad juega aquí un rol fundamental (p. 52). En efecto, no se puede decretar la prisión preventiva, por mucho que concurran sus tres presupuestos, si el delito que se imputa reviste escasa dañosidad social. En esta línea de recurrir a las garantías clásicas del Derecho penal para sustentar sus ideas, al autor afirma, también con acierto, que, aunque concurran los presupuestos para decretar la prisión provisional, el principio de legalidad permite al juez imponer una medida no prevista expresamente en la ley, pero menos lesiva de la libertad (p. 64). Ese planteamiento es correcto pues, si se considera que el fundamento del principio de legalidad es la libertad personal, mal se haría en exigir que una medida que favorece la libertad, porque la restringe menos, deba estar expresamente prevista en la ley.

Respecto de los daños que la prisión preventiva causa al sujeto, adicionales a la pérdida de su libertad ambulatoria, RAGUÉS entiende que el derecho de defensa es uno de los más afectados porque, estando en prisión, el acceso a los medios de prueba se torna más difícil, afectación que se agrava en los casos en los que la búsqueda de pruebas es más efectiva si la realiza el propio investigado (p. 85). Sobre este punto, llama la atención que el autor no mencione que el conferenciar con el abogado es también una expresión del derecho de defensa que resulta lesionada cuando se padece la prisión preventiva. Desde mi punto de vista, las dificultades para entrevistarse con el abogado cuando se está en prisión provisional son el principal escollo pues, a diferencia de la búsqueda de pruebas por el propio investigado que, según el mismo autor, no es necesaria en todos los casos, sí resulta imprescindible, en todo proceso, que el investigado mantenga comunicación directa y constante con su abogado defensor para diseñar la estrategia de defensa. Es cierto que luego RAGUÉS menciona que la prisión provisional causa mayores problemas para conferenciar con el abogado (p. 196); sin embargo, más adelante, cuando nuevamente se refiere a las afectaciones al derecho de defensa que origina la prisión provisional (p. 204), nada dice sobre las trabas a la defensa letrada que ocasiona la prisión provisional. En consecuencia, no advierto en la obra un reconocimiento categórico de los problemas que genera la prisión preventiva al derecho del investigado de entrevistarse con su abogado.

A RAGUÉS le sorprende que mientras el riesgo de alteración de pruebas supone para el procesado la pérdida de su libertad, si es él la fuente de donde emana esta amenaza, la realización de actos ejecutivos que materializan ese riesgo, cuando son realizados por un tercero, sólo implica para éste la apertura de un proceso penal (p. 116). Según advierto, el autor no encuentra explicación a estas consecuencias dispares. Desde mi punto de vista, la razón de este tratamiento diferente puede encontrarse en el «deber especial» que tiene el investigado, en virtud del cual debe observar un comportamiento del que no se vislumbre un riesgo de alteración de pruebas, salvo que quiera perder su libertad, a diferencia del tercero, que no tiene ese deber y por eso se le exige algo más para que se active la consecuencia en su contra, a saber, que realice actos ejecutivos de alteración.

En cuanto al riesgo de reiteración no referido a la misma víctima, RAGUÉS afirma que este riesgo se verifica, también, en los casos de criminalidad organizada (p. 127). Pienso que esta afirmación

es válida sólo si se está ante supuestos de organizaciones criminales que hubieren ya ejecutado su programación delictiva. En efecto, si se considera que los delitos asociativos se configuran sin necesidad de que se haya siquiera comenzado a ejecutar los ilícitos que conforman el proyecto criminal, no cabe hablar de reiteración delictiva en los casos donde los investigados conforman una organización que aún no ha empezado a cometer sus delitos-fin.

Refiriéndose a las finalidades de dudosa legitimidad, el autor menciona el evitar los contagios de COVID-19 como justificante de la prisión preventiva (p. 133). Su punto de vista es acertado pues el evitar tal infección nada tiene que ver con asegurar la presencia del investigado en el proceso, siendo ese cuestionable propósito, más bien, un factor que debería llevar a no acordar la prisión preventiva, tanto más si se considera que, en el caso citado (nota 93, p. 133), se decretó esta medida porque el investigado expresamente tosía y escupía a personas y alimentos expuestos, como si la prisión preventiva pudiese realmente anular una conducta de esta naturaleza y, con ello, evitar el riesgo de contagio.

En lo que atañe al carácter más o menos reversible de la materialización del riesgo, RAGUÉS afirma que cuando las consecuencias de la concreción del riesgo tienen una alta probabilidad de ser irreversibles para el buen fin del proceso, entonces la necesidad de la prisión provisional es mayor que cuando el perjuicio causado por ese riesgo sea reversible (p. 177). A reglón seguido señala, como ejemplo, que no supone el mismo riesgo que el investigado huya a un país donde fácilmente puede ser detenido, que si fuga a un lugar del que no puede ser extraditado. Pareciera que, para al autor, en el primer supuesto no se debe acordar la prisión preventiva y, en cambio, sí en el segundo. No me queda claro que, si concurren evidencias de que se producirá la huida a un país donde el imputado puede ser detenido, no deba acordarse la prisión preventiva. En todo caso, pienso que se deben analizar las circunstancias que rodean el caso concreto y considerar otros factores pues, para mí, es perfectamente posible que el investigado, pese a que puede huir a un país de donde puede ser extraditado, evada la justicia con eficacia, esto es, impida en la práctica su extradición, porque, por ejemplo, cuenta con recursos económicos que le permitirán mantenerse oculto en ese país. En esta línea, aunque para RAGUÉS es menos probable que fugue al extranjero un investigado con hijos pequeños a su cargo y a los que dejará de ver durante mucho tiempo, razonamiento que es correcto, también es cierto que las circunstancias concretas pueden indicar que la probabilidad de fuga es alta si, por ejemplo, el investigado empezó a indagar sobre los requisitos de admisión de escuelas ubicadas en el extranjero, que no serían sino para sus hijos pequeños.

En coherencia con el carácter de *ultima ratio* de la prisión preventiva, RAGUÉS señala que ésta sólo podrá decretarse de forma válida si se comprueba que una medida menos lesiva, como el alejamiento de la víctima, ha fracasado (p. 188). Esto ciertamente es correcto. No obstante, no puedo dejar de pensar en supuestos en los que es prácticamente imposible constatar el cumplimiento o incumplimiento de la medida de alejamiento, debido a lo apartado del lugar donde radican el investigado y la víctima o por falta de asignación de recursos públicos que permitan hacer el seguimiento a esos casos ¿corresponde dictar prisión preventiva en estos supuestos para proteger a la víctima? ¿tiene el investigado que soportar la prisión preventiva porque no se han asignado recursos que permitan comprobar que él cumple la medida de alejamiento? Estas interrogantes no son fáciles de contestar. Si la respuesta es sí, se carga al investigado las deficiencias del Estado. Si la respuesta es no, incluso la vida de la víctima puede correr grave peligro.

Un punto que me parece importante y que RAGUÉS destaca en su obra es el mayor perjuicio que a la persona causa la prisión preventiva respecto de la pena privativa de la libertad (p. 193), sobre todo en los investigados que luego son absueltos. Como describe el autor, la estigmatización que produce la prisión provisional en estos sujetos es de tal magnitud (piénsese que materialmente la persona estuvo en la cárcel y que la ciudadanía no distingue entre preso preventivo y condenado) que debe llevar a que dicha medida cautelar sea realmente tratada como reza el título de la obra: como *ultima ratio*.

Puesto que la afectación que causa la prisión preventiva a los derechos fundamentales (como la presunción de inocencia) es mayor que la que genera la pena, RAGUÉS propone una interesante regla de compensación, donde 1 día de prisión preventiva equivale entre 1.1 días de pena privativa de la libertad, en casos en los que tal afectación sea mínima, hasta los dos días de pena privativa de la libertad, en supuestos en los que tal afectación sea máxima (p. 205). Esta regla flexible, así la llama el autor, me parece acertada. Ahora, en tanto regla, tiene excepciones, como la referida a mantener el uno por uno cuando el sujeto, con su propio comportamiento, ha provocado la aplicación de la prisión provisional (p. 206). Sin embargo, esta no sería la única excepción a la regla flexible. Pienso en el caso del sujeto preso en una investigación por delito de secuestro seguido de muerte y en el que se logra recopilar abundante material probatorio de cargo con el que luego es condenado, descartado los problemas de acceso a un abogado defensor. No tengo claro que, en ese supuesto, la afectación «formal» a la presunción de inocencia (mientras estuvo sin condena) deba conllevar la aplicación de la regla del 1 por 1.1. No alcanzo a ver afectación a otros derechos fundamentales del investigado. No encuentro razón para tener que aplicar, en ese caso, una regla distinta del uno por uno.

El autor, en una de sus conclusiones, afirma que la prisión preventiva debe quedar reservada para los casos excepcionalmente graves y con muy elevado riesgo procesal (p. 215). El problema está en qué se ha de entender por casos excepcionalmente graves. Más allá de que existen delitos cuya especial lesividad es percibida por todos o por la persona promedio (por ejemplo, asesinatos, secuestros), el juez, con una fórmula como la que plantea el autor, construida con términos imprecisos, sigue teniendo margen para determinar qué conducta es gravemente lesiva, pudiendo incluso llegar a ser arbitrario (aparece aquí la importancia de publicar de las decisiones judiciales, p. 32). Pareciera que este riesgo de arbitrariedad puede reducirse, siquiera en algo, con el establecimiento de un mínimo de pena privativa de la libertad por debajo del cual no procede, en ningún caso, acordar la prisión provisional, conforme ya reconocen casi todos los ordenamientos jurídico-procesales democráticos del mundo.

En la parte final de su obra, RAGUÉS, entre otras propuestas, señala que es importante conocer las condiciones en las que se aplica la prisión preventiva para reducir su empleo en cualquier país (p. 223). Yo agregaría que también es importante conocer las condiciones en las que se ejecuta tal medida cautelar, me refiero a las condiciones carcelarias de cada país, para que la prisión preventiva verdaderamente se conciba como *ultima ratio*. En efecto, sólo si se es consciente de las precarias condiciones de muchas cárceles del mundo se entenderá que una medida cautelar tan grave como la prisión preventiva no puede ser sino subsidiaria de otras medidas menos gravosas.

Aunque para RAGUÉS tanto el Poder Legislativo como el Poder Judicial, cada uno desde sus respectivas funciones, son los llamados a efectivizar el carácter de *ultima ratio* de la prisión preventiva, pienso que si a esta medida cautelar, hoy por hoy, le queda mucho por recorrer para

que se haga realidad su condición de último recurso, ello obedece, en esencia, a problemas de aplicación de preceptos y no tanto a vacíos legales. Los problemas de la prisión preventiva no son, pues, desde mi punto de vista, distintos de los que generan tipos penales como los de organización criminal (art. 570 bis CP), a los que se suele recurrir de modo casi automático cada vez que hay un grupo de personas que delinque de forma más o menos organizada. En resumen, es la incorrecta interpretación de sus presupuestos y de su finalidad, por parte del órgano jurisdiccional, lo que, en definitiva, hace que en la actualidad la prisión preventiva no sea la *ultima ratio* de las medidas cautelares personales.

Para finalizar, a modo de valoración general, la obra de RAGUÉS destaca por su claridad expositiva y por la visión humana con la que aborda la prisión preventiva. El autor busca que se reconozca que quien padece tan grave medida cautelar es –¡también! – una persona, lo que me parece acertado, incluso esencial, para materializar la condición de último recurso de la prisión provisional.