InDret

Revista para el análisis del derecho

2.24

-

Abril de 2024

Sumario 2.24

Editoriales

-

Las parejas de hecho ante el Tribunal Constitucional
Albert Lamarca Marqués — i-vi

-

Leyes penales, reglamentos administrativos y aplicación judicial. Una mirada desde los Estados Unidos
Jesús-María Silva-Sánchez — vii-x

-

¿Para qué sirve la policía? Apuntes desde la criminología
Ester Blay Gil — xi-xv

-

Derecho privado

-

A vueltas con la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria
Mª José Santos Morón — 1-44

-

La influencia predominante de las plataformas en línea y la responsabilidad contractual por los bienes y servicios subyacentes
Josep Maria Bech Serrat — 45-101

-

A legal status for Avatars in the Metaverse from a Private Law perspective
Lorena Arismendy Mengual — 102-135

-

El encaje contractual de la cesión de datos de carácter personal
A propósito de la directiva 2019/770 sobre contratos de suministro de contenidos y servicios digitales
Óscar Conesa Caballero — 136-171

-

La sentencia de 18-11-2020 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Asunto C-147/19 (Atresmedia/AGEDI-AIE)
Un desafío para la protección de los derechos de propiedad intelectual de los productores de fonogramas y los artistas musicales en el ámbito audiovisual
Antonio López Sánchez — 172-232

-

Derecho penal

-
Imputabilidad e imputación
Yesid Reyes Alvarado 233-266
-
Liberalismo, punibilidad y consentimiento
La filosofía jurídico-penal de Carlos Santiago Nino
Juan Pablo Mañalich 267-307
-
Violación grupal: ¿tantos delitos como intervinientes?
Criterios para contar acciones en agresiones sexuales con múltiples participantes
Ana Belén Valverde-Cano 308-357
-

Criminología

-
Paradas policiales, identificaciones y cacheos. Su significación desde la perspectiva de la cultura policial en Cataluña
Jesús Requena Hidalgo 358-406
-
Inteligencia artificial y control policial
Cuestiones para un debate frente al hype
José María López Riba 407-436
-
Pornografía y daño a menores: principales efectos perjudiciales asociados a la exposición temprana a pornografía
Alejandro Turienzo Fernández 437-475
-

Derecho público y regulatorio

-
Responsabilidad patrimonial de la Administración por daños causados por delincuentes que «deberían haber estado en prisión»
Gabriel Doménech Pascual 476-524
-
El uso secundario de datos de salud electrónicos: el futuro Reglamento del Espacio Europeo de Datos de Salud y su interacción con la protección de datos personales
Mikel Recuero 525-551
-

Actualidad

-
Charles Fried (1935-2024)
Jaime Alcalde Silva 552-571
-
Reflexiones sobre cómo mejorar la deliberación de un tribunal colegiado
Ignacio Sancho Gargallo 572-586
-
Recursos governatius. Doctrina de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació (juliol-agost 2023 i gener-febrer 2024)
Comentaris a les Resolucions de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació JUS/2744/2023, de 19 de juliol de 2023, JUS/2930/2023, de 8 d'agost de 2023, JUS/47/2024, de 3 de gener de 2024, JUS/48/2024, de 8 de gener de 2024, i JUS/442/2024, de 19 de febrer de 2024
Miriam Anderson 587-602
-
Projecte de llei d'actualització, incorporació i modificació de determinats articles del Codi Civil de Catalunya. Acotacions, comentaris i propostes d'esmena
Albert Lamarca Marquès 603-650
-
Revista Crítica de Jurisprudencia Penal
Sección coordinada por Ramon Ragués i Vallès 651-686
-
ExLibris
Sección coordinada por Pablo Sánchez-Ostiz 687-704
-

InDret
2.2024

Editorial

Las parejas de hecho ante el tribunal constitucional

-

De manera más precisa, probablemente deberíamos empezar este editorial diciendo "de nuevo" u "otra vez", puesto que ésta que reseñamos no es ni la primera ni, seguramente, será la última ocasión en que las parejas de hecho se enfrentan a un juicio de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Desde la temprana sentencia 184/1990, de 15 de noviembre, en materia de pensión de viudedad, hasta la más reciente 40/2022, de 21 de marzo, relativa a la aplicación del Impuesto de Sucesiones, han sido diversos los supuestos en que el alto tribunal ha debido afrontar la cuestión de la regulación de las parejas de hecho, tanto por su ausencia como por su existencia. Esta vez se trata de una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección 17.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en un auto de 6 de septiembre de 2023 (ECLI:ES:APB:2023:14317A), sobre la legislación catalana de las parejas de hecho.

El Libro cuarto del Código civil de Cataluña (CCCat), relativo a las sucesiones, aprobado por la Ley 10/2008, de 10 de julio, equiparó los convivientes en pareja estable a los cónyuges a todos los efectos en las sucesiones por causa de muerte. Los requisitos para considerar constituida y existente una pareja estable -en la terminología del CCCat- se prevén en los artículos 234-1 y 234-2 del Libro segundo del Código civil de Cataluña, el cual sustituyó a lo dispuesto en la precedente Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja. A los casi 15 años de la entrada en vigor de la Ley 10/2008, el 1 de enero de 2009, y a los más de 25 años de vigencia de la normativa sobre parejas de hecho en Cataluña, se cuestiona ahora la constitucionalidad de su regulación por el Libro segundo del CCCat. A instancia de una de las partes, en su auto de 6 de septiembre, la Sección 17.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona se remite a lo resuelto por el Tribunal Constitucional, en la sentencia 93/2013, de 23 de abril, sobre la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables de Navarra, por considerar que los argumentos allí esgrimidos son igualmente aplicables a la normativa catalana y que, por tanto, ésta también debería ser declarada inconstitucional.

En el caso que ha dado lugar al planteamiento de la cuestión, se trataba específicamente de la aplicación del artículo 442-3.2 del CCCat, sobre sucesión intestada en favor del conviviente superviviente. Este precepto presupone la vigencia y aplicación de los artículos 234-1 y 234-2 del CCCat, sobre los requisitos para la constitución de las parejas estables. Para el Juzgado de Primera Instancia quedó probado que la demandante convivía en pareja estable con el causante, esto es, en una comunidad de vida análoga a la matrimonial, desde hacía más de 5 años. Por este motivo, declaró nula el acta de notoriedad otorgada por la madre del causante, en la cual ésta acreditó al notario que era la persona llamada a la herencia en primer lugar, al no existir otras personas con derecho a ello. También declaró la nulidad de la posterior aceptación de la herencia por la madre. El Juzgado no albergó dudas de la convivencia *more uxorio* entre la demandante y el causante, conforme a la prueba practicada, y, tal como prevé el artículo 442-3.2 del CCCat, consideró que la única persona llamada a suceder abintestato al causante era su conviviente en pareja superviviente. Según la madre otorgante del acta, en cambio, la demandante no era pareja estable de su hijo y no tenía derecho a sucederle. Subsidiariamente, y para el caso que el Juzgado no lo considerara así, la madre instó el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad sobre la normativa catalana de parejas, a la luz de la jurisprudencia constitucional. El Juzgado entendió que no procedía plantear la cuestión, mientras que la Audiencia Provincial sí que acogió esta pretensión.

Desde que el Tribunal Constitucional dictó su sentencia 93/2013, de 23 de abril, sobre la Ley Foral 6/2000, ha habido voces que aseveraban que era cuestión de tiempo que la legislación catalana también se pusiera en cuestión. Y este tiempo ha sido de poco más de diez años, una década en que la legislación catalana sobre parejas estables se ha aplicado sin más conflictos que los derivados, en el caso en que lo ha hecho, de la prueba de la convivencia. Son diversas las sentencias de las Audiencias Provinciales catalanas en que esta normativa ha sido aplicada sin dudas ni reproches de constitucionalidad, también por la misma Sección 17.ª, que ahora ha interpuesto la cuestión de inconstitucionalidad. Igualmente existe jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña sobre esta normativa de parejas, en relación con casos similares al que ha dado lugar a la cuestión. Si bien no son muchos, por su carácter residual en la práctica, sí que en la jurisprudencia existen litigios en que se presenta controversia sobre quién es el llamado en la sucesión de una persona fallecida sin hijos, que no ha otorgado testamento, y que convivía en pareja. Sea porque los padres o hermanos no aceptan que el conviviente superviviente reciba la herencia o, al revés, porque éstos quieren adquirirla con la oposición del conviviente, algunos de estos conflictos han llegado a los tribunales durante los últimos diez años. Se trata de una cuestión de familia, fundamentalmente, entre suegros y yernos o nueras de hecho y entre cuñados también de hecho. En Cataluña resuena todavía el caso resuelto por la sentencia de 9 de marzo de 2009 de la Sala Civil y Penal del TSJC, en que el Tribunal no tuvo más opción que reconocer como herederos intestados a los dos hermanos del causante, los cuales reclamaron su derecho a sucederle en toda la herencia, frente a la pretensión del conviviente superviviente, un hombre con el que había convivido en pareja durante 20 años.

La normativa catalana sobre uniones de hecho fue pionera en su momento. Se consideró entonces que la realidad social demandaba una respuesta legislativa a la convivencia en pareja al margen del matrimonio. Desde el Libro segundo del CCCat el derecho catalán ha optado por un modelo mixto de constitución factual y formal aplicable a todas las parejas sin distinción, en función de si la convivencia era entre personas del mismo o de diferente sexo, a diferencia de la anterior Ley 10/1998. En todos los casos, son necesarios dos años de convivencia ininterrumpida, o bien tener un hijo en común durante la convivencia, para que se considere constituida la pareja.

Además, la unión se puede constituir también formalmente ante notario. Desde la Orden JUS/44/2017, de 28 de marzo, por la cual se aprueba el Reglamento del Registro de parejas estables de Cataluña, existe también un registro administrativo de parejas estables único de ámbito autonómico, sin efectos constitutivos, pero que permite acreditar la existencia de la pareja a todos los efectos, especialmente para la percepción de la pensión de viudedad. Dado su posible carácter puramente fáctico, no hay datos concluyentes sobre la magnitud de la convivencia en pareja estable. Según el Instituto de Estadística de Cataluña, en el año 2021 había 700.000 personas que convivían en pareja de hecho en Cataluña (https://www.idescat.cat/pub/?id=ceph&n=17144), mientras que casi 3 millones de personas lo hacían en matrimonio (https://www.idescat.cat/pub/?id=ceph&n=17130). Se trataría de una relación aproximada de 1 de cada 5, comprendidas todas las franjas de edad. Existe el dato incontestable, aunque sesgado también por razón de edad, de que la mitad de los niños que nacen en Cataluña lo hacen de madre que no está casada. Tal como sucedía décadas atrás, las parejas de hecho existen, han existido y existirán. Cuestión distinta es la respuesta que deba darles el legislador. ¿Por qué ahora, tras 15 años de existencia, se plantea una cuestión de inconstitucionalidad sobre esta normativa?

La STC 93/2013, de 23 de abril, versaba específicamente sobre la Ley Foral 6/2000. En esta ley se consideraba constituida una pareja estable sólo con la convivencia ininterrumpida de un año. Se podrá convenir sobre la singularidad de esta opción legislativa, frente a la ausencia de un acto formal de constitución de la pareja, y más teniendo en cuenta los importantes efectos derivados de la misma, en la línea de la equiparación con el matrimonio. La normativa catalana ha fijado el umbral temporal en los dos años, el doble del tiempo que la navarra. Es discutible si este plazo es suficiente o adecuado pero, en cualquier caso, es superior al que dio lugar a la decisión del Tribunal Constitucional. En la sentencia, se consideró que la normativa era inconstitucional por vulnerar el derecho al libre desarrollo de la personalidad, esto es, el derecho a vivir en pareja sin regulación legal de sus efectos. En otras palabras, por razón del que se ha denominado como "derecho a no casarse", el cual sería integrante de este derecho al libre desarrollo de la personalidad. En su argumentación, el Tribunal se refirió a la distinción entre el derecho imperativo y el derecho dispositivo, de una forma alejada de la comprensión más común en derecho privado, que suele acompañar a la de derecho defectivo y supletorio. La regulación catalana sobre parejas de hecho tiene un fuerte componente liquidatorio de la relación a su extinción, y es mayormente derecho dispositivo, pues permite a los convivientes excluir gran parte de sus efectos (cfr. artículo 234-3 del CCCat). Así sucede singularmente en el caso planteado del llamamiento a la sucesión intestada: basta con otorgar testamento para que éste no se aplique.

El pasado mes de marzo se celebraron sendos seminarios en la Universitat de Girona y la Universitat Pompeu Fabra sobre derecho de familia que incidían sobre esta cuestión. El primero, a cargo del profesor Matt Hasler, de la University of Cambridge, trataba sobre la justificación de la regulación legal de las relaciones personales y familiares, mientras que el segundo, a cargo de la profesora Nausica Palazzo, de la Universidade Nova de Lisboa, lo hacía sobre el incremento de las parejas registradas en relación con el matrimonio. En ambos casos, se planteaba la cuestión de las actitudes y preferencias de los ciudadanos sobre sus relaciones personales y familiares y la respuesta que debe dar el ordenamiento jurídico. La Constitución proclama que la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. Pero a la vez dispone que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica

de la familia (artículo 39). En los referidos seminarios se debatió cuándo el legislador debe actuar para hacer frente a las realidades sociales que así lo exigen y proteger las distintas formas de familia existentes, con respeto a la libertad de las personas. También se analizaron estas nuevas realidades sociales en relación con el matrimonio. Según datos estadísticos de diversos países, el acceso al matrimonio se produce cada vez a una edad más tardía y, allí donde existen las llamadas parejas registradas, éstas se han convertido en una alternativa al matrimonio con una aceptación al alza. En palabras de la profesora Palazzo, cabe interrogarse por qué se extiende una suerte de "apostasía" del matrimonio, y qué respuesta debe darle el ordenamiento jurídico. A este debate se han añadido las relevantes reflexiones de la *Commision on European Family Law*, la cual ha presentado este 2024 una versión revisada de sus *Principles of European Family Law*, con un capítulo dedicado a las "*de facto unions*".

La legislación catalana sobre parejas de hecho se fundamenta en la competencia de la Generalitat de Cataluña en materia de derecho civil, reconocida en el artículo 129 del vigente Estatuto de Autonomía de 2006, y garantizada en el artículo 149.1.8 de la Constitución de 1978. Esta competencia en derecho civil permite al legislador catalán llevar a cabo políticas propias en materia de familia, atendiendo a la específica realidad catalana y a su tradición jurídica. Así, en el artículo 5 del Estatuto, relativo a los derechos históricos, se reconoce una posición singular de la Generalitat en relación con el derecho civil. Específicamente, en su artículo 40, relativo a protección de las personas y de las familias, el apartado 7 establece un mandato a los poderes públicos para que promuevan "la igualdad de las diferentes uniones estables de pareja". Este precepto dispone, además, que "La ley debe regular dichas uniones y otras formas de convivencia y sus efectos". Por tanto, en el derecho catalán, y en el denominado bloque de la constitucionalidad, es el propio Estatuto de Autonomía de Cataluña el que establece una obligación para el legislador de regular por ley estas uniones de hecho. En este mismo sentido, el artículo 231-1 del CCCat afirma la heterogeneidad del hecho familiar, de modo que en su apartado 1 se dispone que "La familia goza de la protección jurídica determinada por la ley, que ampara sin discriminación las relaciones familiares derivadas del matrimonio o de la convivencia estable en pareja y las familias formadas por un progenitor solo con sus descendientes".

No cabe duda que 25 años de vigencia y aplicación de una normativa sobre parejas de hecho en un determinado sentido, con la regla de los dos años, extendida en 2011 también a las parejas del mismo sexo, son muchos años, y puede considerarse como una regla suficientemente conocida por la población o, como mínimo, debería serlo. En Cataluña existen dinámicas singulares o específicas sobre la materia, que han sido tomadas en consideración por el legislador. De los datos subministrados por el Colegio Notarial de Cataluña, el año 2022 se otorgaron 22.804 actos relativos a parejas de hecho, que fueron 18.093 en 2021 y, de manera algo sorprendente, 30.039 en 2023. En cuanto al Registro de parejas estables, en el año 2022 se produjeron 20.388 inscripciones, de las cuales 18.526 resultaban de una escritura pública, para el 2021 los datos fueron de 20.065 y 18.202, respectivamente. En el año 2023, la estadística indica 34.740 inscripciones, de las cuales 32.472 relativas a escrituras de constitución notarial de la pareja. Por su parte, en el año 2022 en Cataluña se celebraron 27.100 matrimonios, con una edad media de 36,7 años para los hombres y 34,7 para las mujeres.

En la actualidad, en derecho español, existe una noción de pareja de hecho, o de "relación de afectividad análoga a la matrimonial", en diversos sectores del ordenamiento. En su reciente sentencia 40/2022, de 21 de marzo, el Tribunal Constitucional afirmaba que no resulta "difícil apreciar las disfunciones que pueden llegar a producirse por la ausencia de una regulación estatal que defina el estatuto jurídico de las parejas de hecho en todo el territorio nacional". De entre

las disposiciones relativas a las parejas de hecho, seguramente una de las más relevantes es la relativa a los requisitos para considerarla existente para tener derecho a una pensión de viudedad, según el artículo 221 del Texto Refundido de la Ley general de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre. En este precepto los requisitos son claros: hace falta que los convivientes estén empadronados durante cinco años en el mismo domicilio y, con una antigüedad de dos años, estar inscritos en un registro autonómico o municipal de parejas o haber constituido la pareja en documento público. El primer requisito se excepciona en el caso de tener hijos en común. Por supuesto que la norma se refiere también a la pareja como aquella en la que se da una "análoga relación de afectividad a la conyugal", y con "una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento". Sin el cumplimiento estricto de estos requisitos no hay derecho a la pensión de viudedad. La normativa es tajante. Con todo, tiene su contrapartida en que la pensión de viudedad obtenida por el fallecimiento del cónyuge o conviviente no se pierde si se convive posteriormente en pareja con otra persona sin cumplir los requisitos mencionados.

El caso que ha dado lugar al auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad se refería a una sucesión intestada. Esta fue quizás una de las innovaciones más importantes de la normativa del Libro cuarto del CCCat, que entró en vigor en 2009, en relación con las parejas de hecho. La equiparación del cónyuge viudo y el conviviente superviviente en el derecho sucesorio catalán tiene un claro componente progresivo en los casos en que se debe abrir la sucesión intestada, y en algunos aspectos menores de la testada y la sucesión contractual (p. ej. artículos 422-13, 431-2 o 431-17 CCCat). Por lo que se refiere a la cuarta viudal, en la jurisprudencia se manifiesta que es una institución sin apenas aplicación en la práctica. En Cataluña el cónyuge no es legitimario y, a reserva de casos muy singulares, o hay sucesión testada en favor del cónyuge o bien opera la intestada. En el orden sucesorio el cónyuge o el conviviente son llamados con preferencia a los progenitores, a diferencia de lo que sucede en el Código civil, y el régimen económico es de separación de bienes. Era razonable que el legislador lo tuviera en cuenta y equiparara a cónyuges y convivientes. Cuestión distinta es si a este conviviente se le debía exigir más tiempo de convivencia que los dos años, o bien un acto formal de constitución de la pareja o la inscripción en un registro. Ni una cosa ni la otra consideró el legislador catalán del Libro cuarto que procedía hacer, asumiendo la coherencia y completud del sistema codificado del CCCat. El tiempo ha demostrado, sin embargo, la importancia de los requisitos de la pensión de viudedad, así como el sorprendente éxito reciente del Registro de parejas estables, desde su puesta en funcionamiento. Dos elementos a considerar en la definición de las bases de una normativa sobre parejas de hecho.

Según las estadísticas facilitadas por la Agencia Tributaria de Cataluña, las herencias intestadas de parejas de hecho en Catalunya están alrededor de los 175 y 200 casos anuales en los últimos 5 años. En el año 2018 fueron 172, 187 en el 2019, 203 en el 2020, 202 en el 2021, y 169 en el 2022. Un total de 933 parejas de hecho liquidaron tributariamente una adquisición sucesoria intestada entre 2018 y 2022. Estas cifras suponen aproximadamente un tercio del total de los supuestos en que un conviviente en pareja es beneficiario en la sucesión, ya sea contractual, testada o intestada, que fueron 3.096. Se trata, por tanto, de un fenómeno muy limitado, si se pone en relación con las autoliquidaciones de cónyuges, las cuales en 2018 fueron 26.331, en 2019 25.258, en 2020 31.046, en 2021 27.379 y en 2022 26.386. Hay que tener en cuenta, sin embargo, la esperanza de vida actual para valorar el impacto de las herencias intestadas en favor de parejas hecho, así como la pirámide de edad en la convivencia en pareja. Cataluña es uno de los territorios europeos en que se otorgan más testamentos. En 2023 se otorgaron 136.011, y 125.963

en 2022, para una población mayor de 20 años de 6,5 millones. En Cataluña está muy extendido un atavismo contrario a la sucesión intestada, que se pierde en la noche de los tiempos, con el legendario mal uso feudal de la *Intèstia*, pero que actualmente se explica por la amplia libertad de testar existente, y la vigencia general del principio de la libertad civil en el derecho catalán, proclamado en el artículo 111-6 del CCCat, como frontispicio del Código.

No consta que el Tribunal Constitucional haya admitido a trámite la cuestión planteada por la Sección 17.ª de la Audiencia Provincial, en su auto de 6 de septiembre de 2023. Con los anteriores mimbres quizá podría no hacerlo, y más teniendo en cuenta el mandato expreso del artículo 40.7 del Estatuto, una Ley orgánica aprobada por las Cortes Generales, que obliga a la Generalitat a aprobar una legislación sobre parejas de hecho. La aplicación de la doctrina del "Living Tree", y de la interpretación evolutiva de la Constitución, reconocida en la sentencia 198/2012, de 6 de noviembre, para el matrimonio de personas del mismo sexo, también debería contribuir a ello. Es sabido que al juez ordinario la Constitución española le confiere la potestad de cuestionar una ley vigente por cualquier motivo de contravención de la Constitución, también por vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad, proclamado en su artículo 10. Ciertamente que ello debe suceder una vez el Parlamento ha tomado una decisión de política jurídica sobre lo que corresponde hacer frente a los desafíos que la realidad social plantea, singularmente en el ámbito de la diversidad familiar, que ha de ser objeto de protección por parte de los poderes públicos. Existen sobrados motivos para considerar que la impugnación de una regulación vigente desde hace más de 15 años, aplicada por el mismo tribunal que ahora la cuestiona, es, como mínimo, extemporánea. Pero también existen motivos sobrados para que el legislador catalán evalúe el impacto que ha tenido la aplicación en el tiempo de esta legislación, a la vista de los datos empíricos disponibles, y mejore y reconsidere, si así cree que es oportuno hacerlo, aspectos concretos de esta regulación.

Albert Lamarca Marquès

InDret
2.2024

Editorial

Leyes penales, reglamentos administrativos y aplicación judicial. Una mirada desde los Estados Unidos

No hace falta ser muy observador para advertir que la política de la Unión Europea en materia de Derecho penal ya ha conducido a introducir un buen número de delitos administrativos o regulatorios –en definitiva, *mala quia prohibita*– en el Código penal español. Del mismo modo, tampoco es preciso ser augur para prever que lo seguirá haciendo de modo creciente en los próximos años. Desde luego, para las autoridades europeas el Derecho penal es fundamentalmente un mecanismo de refuerzo regulatorio que puede usarse a discreción. Con todo, no es probable que esto vaya a conducir a una revisión del *statu quo* doctrinal y jurisprudencial español en materia de leyes penales en blanco. En efecto, en esta materia, bastante convulsa en los años posteriores a la entrada en vigor de la Constitución, se da una relativa estabilidad.

Ciertamente, en su día fue objeto de discusión tanto si las leyes penales en blanco eran, de modo general, conformes con la Constitución como, en particular, si lo eran las que remitían a disposiciones de las Comunidades Autónomas[1]. Sin embargo, la STC 127/1990, de 5 de julio[2] declaró su conformidad constitucional, siempre que se respetaran los requisitos de su doctrina del contenido sustancial o del «complemento indispensable». Como es sabido, estos eran: (i) que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; (ii) que la ley penal, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición; y (iii) que sea satisfecha la exigencia de certeza, es decir, «que se dé la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada»[3].

[1] Declaró su conformidad con la Constitución la STC (Sala Segunda) 120/1998, de 15 de junio (BOE núm. 170 de 17 de julio de 1998).

[2] STC (Sala Primera) 127/1990, de 5 de julio (BOE núm. 181 de 30 de julio de 1990)

[3] También la Opinión consultiva del TEDH (Gran Sala), no. P16-2019-001, de 29 de mayo de 2020 (asunto Kocharyan): la utilización de la técnica de «remisión en blanco» («*blanket reference*») o de «legislación por remisión» («*legislation by reference*») no es incompatible con los requisitos del art. 7 del CEDH. Es preciso que la integración de la disposición de remisión y la disposición de complemento permitan que la persona afectada pueda prever, si es necesario con ayuda de un asesoramiento jurídico adecuado, qué conducta la haría responsable penalmente.

Ciertamente, tal doctrina tuvo que afrontar el dilema de las leyes en blanco con remisión total[4]. Es decir, la tipificación de delitos que responden al esquema de la mera desobediencia de disposiciones administrativas. Ciertamente, esta modalidad de legislación penal contraviene la doctrina del complemento indispensable. Sin embargo, en la disyuntiva entre declarar la inconstitucionalidad de tales leyes o establecer los criterios para su interpretación conforme a la Constitución, el Tribunal Constitucional ha optado, en general, por esto último, con base en el principio de conservación de los preceptos[5]. En definitiva, ha sentado la doctrina de que si el precepto admite una interpretación conforme a la Constitución, aunque su tenor literal admita otras que no lo son, entonces no debe declararse su inconstitucionalidad. En la práctica, esto significa que, en el marco de tales remisiones, los órganos judiciales tienen que efectuar una reducción teleológica. Tal restricción debe orientarse al bien jurídico protegido en el tipo respectivo y a los principios constitucionales limitadores del *ius puniendi*. Como consecuencia de ello, debe excluir del alcance del tipo las conductas que no sean relevantemente peligrosas para el respectivo bien. Así, por ejemplo, en el caso del delito de tenencia ilícita de armas se trata de que, además infringir la normativa administrativa correspondiente, la tenencia del arma «se produzca en condiciones que la conviertan, en el caso concreto, en especialmente peligrosa para la seguridad ciudadana»[6].

El modelo establecido por el Tribunal Constitucional español para el caso de las remisiones totales determina que en estas la concreción de la materia de prohibición requiera una peculiar «colaboración» del poder legislativo, el poder ejecutivo y el órgano judicial. En efecto, este último, en lugar de tener que interpretar un elemento típico concreto en el que se expresara la exigencia de peligro para el correspondiente bien jurídico, se ve obligado a introducir tal consideración en el marco de una reducción teleológica obligada por las exigencias de la interpretación conforme. Pues bien, esto es lo que tiene que regir para cuantos delitos administrativos europeos se vayan introduciendo en el Código penal. En consecuencia, los jueces penales deberán proceder de modo constante a practicar reducciones teleológicas de los correspondientes preceptos. Ciertamente, ello pone de relieve que tal forma de legislación es constitucionalmente incorrecta, aunque no sea declarada inconstitucional. En efecto, tanto desde la perspectiva del principio de taxatividad como de los de lesividad y proporcionalidad, un legislador no puede partir de que ya remediarán los jueces el alcance excesivo de los tipos mediante la reducción teleológica[7]. Pero, como se suele decir en el resignado román paladino, esto es lo que hay…

Frente al modelo, relativamente asentado, que rige en España, y de modo similar en otros países continentales europeos, llama la atención la apertura y viveza del debate en los Estados Unidos. El punto de partida de esta discusión es que el Tribunal Supremo norteamericano no ha sido especialmente crítico con la criminalización de infracciones administrativas o, expresado de otro modo, con la remisión del legislador a las autoridades administrativas para que definan los supuestos de hecho delictivos. Desde luego, ello puede estar a punto de cambiar; en efecto, en el (aparentemente) último caso enjuiciado en esta materia se ha producido la emisión de varios

---

[4] Por ejemplo, los art. 304 bis 1, 326. 2 o 334 CP español,

[5] Sin embargo, sí declaró la inconstitucionalidad en el caso de la STC 101/2012, de 8 de mayo.

[6] STC (Pleno) 24/2004, de 24 de febrero (BOE núm. 74 de 26 de marzo de 2004), en la que se establece el criterio de una interpretación conforme a la Constitución del art. 563 CP español.

[7] GRECO, «Das Bestimmtheitsgebot als Verbot gesetzgeberisch in Kauf genommener teleologischer Reduktionen», *ZIS*, 2018, pp. 475 ss.

votos discrepantes[8]. Sin embargo, ni siquiera está claro en qué medida ello se refiere a la delegación en general o específicamente en materia de Derecho penal y, en todo caso, se desconoce qué alcance podría tener el hipotético cambio de doctrina de aquel tribunal.

En materia de delegación legislativa rige en Estados Unidos el estándar del «principio inteligible», según el cual el poder legislativo debe introducir en las leyes un criterio comprensible que pueda guiar la actuación del ejecutivo. A ello debe añadirse que en el Derecho administrativo norteamericano sigue vigente la denominada «doctrina Chevron». En virtud de esta, el Tribunal Supremo estableció en 1984 que los órganos judiciales deben deferencia a la interpretación que las agencias administrativas efectúan de las leyes y de sus propias disposiciones inferiores[9]. Los defensores de tal *statu quo* arguyen en su favor múltiples ventajas, que, en resumen, serían: por un lado, la pericia técnica, el procedimiento deliberativo y la responsabilidad política que son propias de las actuaciones de las agencias administrativas; por otro, la uniformidad nacional y la predecibilidad de la aplicación de las leyes; en fin, que, como consecuencia de ello, puede tener lugar una mayor despolitización de las decisiones judiciales[10].

El actual debate norteamericano tiene por objeto la cuestión de si ambas doctrinas deben regir también en el caso de las leyes penales que criminalizan ilícitos administrativos o, por el contrario, a propósito de estas es preciso establecer un marco distinto para la relación entre legislador, administración y órganos judiciales. En efecto, si se compara con la situación española, se advierte por un lado que la doctrina del complemento indispensable es, desde luego, mucho más estricta que la del principio inteligible. Por el otro, que la obligación de los jueces de proceder a una reducción teleológica de las disposiciones administrativas objeto de remisión total es casi el mecanismo opuesto al representado por la doctrina Chevron. Pues bien, en la discusión norteamericana las opiniones sobre esta materia están divididas. Así, unas hacen hincapié en la separación de poderes, el carácter democrático de la legislación y la necesidad de que la decisión de condena moral que implica la criminalización sea adoptada por la representación popular y no por una burocracia[11]. En consecuencia, proponen la prohibición de toda delegación en materia de Derecho penal, el enriquecimiento del estándar del principio inteligible o, en fin, una aplicación más estricta del criterio de nulidad por falta de taxatividad (*void for vagueness*) a las leyes de remisión. Por su parte, otras se inclinan por la garantía de mayor uniformidad, pericia técnica y seguridad jurídica concreta que garantizan la delegación y la deferencia[12]. A su juicio, la única alternativa es que sean los jueces concretos los que determinen el ámbito de lo punible, algo que no resultaría admisible.

---

[8] En su sentencia de 20 de junio de 2019 (caso *Gundy v. United States*), relativa a las obligaciones de los sujetos condenados por delitos sexuales de anotarse en el correspondiente registro público.

[9] En su sentencia 467 U.S. 837 (1984), caso *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc*. Ahora existe un debate sobre su posible revocación en dos casos pendientes de resolución: *Loper Bright Enterprises v. Raimondo* y *Relentless* y, asimismo, *Inc. v. U.S. Department of Commerce*.

[10] BARNETT/WALKER, «Chevron and Stare Decisis», *George Mason L. R.*, (31), 2024, pp. 475 ss.

[11] Así, recientemente FISSELL, «When Agencies Make Criminal Law», *UC Irvine L. R.*, (10), 2020, pp. 855 ss.; A. HESSICK/C. HESSICK, «Nondelegation and Criminal Law», *Virginia L. Rev.*, (107), 2021, 281 ss.

[12] KAHAN, «Is Chevron Relevant to Federal Criminal Law?», *Harvard L. R.*, (110), 1996, pp. 469 ss.; RICHMAN, «Defining Crime, Delegating Authority – How Different Are Administrative Crimes?», *Yale Journal on Regulation*, (39), 2022, pp. 304 ss., 358 ss.

¿Con qué quedarse? Ciertamente, cabe discutirlo. Ahora bien, como puede advertirse, visto desde los Estados Unidos, el modelo español –en su evidente imperfección– tampoco está tan mal.

Jesús-María Silva Sánchez

Editorial

¿Para qué sirve la policía? Apuntes desde la criminología

-

Hace unos meses recorría como la pólvora las redes sociales el vídeo de un joven, en las calles de Madrid, estupefacto y al borde del llanto, que no concebía que la policía estuviese empleando gases lacrimógenos para dispersar su grupo «por *putodefender* España». El video se convirtió en un meme que ha perdurado. La mayoría de lecturas de este clip se centraron en el significado político de las protestas. Me gustaría, sin embargo, resaltar otro aspecto del mismo. Aparentemente la queja del joven se refiere a un uso (a su parecer excesivo) de la fuerza policial para reprimir una protesta que él considera legítima. Lo que creo que está diciendo y lo que genera su estupefacción, es que la que él percibe como «su» policía, emplee la fuerza para reprimir, precisamente, una protesta por defender a España. El asombro viene dado porque la actuación policial no encaja con su expectativa del papel de la policía en esa situación. Ello lleva a la pregunta fundamental en una democracia de «¿para qué (para quién y cómo) la policía?», es decir, la pregunta esencial sobre el papel de la policía en la sociedad (la misión policial).

Esta, la del papel de la policía en la sociedad, es una pregunta que debe formularse de forma permanente en contextos democráticos. Diversas razones recomiendan esta «atención constante» a la pregunta sobre la misión policial.[13] En primer lugar, el hecho de que la policía ostenta el monopolio del uso legítimo de la fuerza en sociedades liberales, contextos en los cuales los ciudadanos debemos mantener una «vigilancia escéptica» sobre la misma y permanecer atentos a cómo y sobre quién emplea esa coerción; en segundo lugar, porque los cuerpos policiales absorben una cantidad considerable de fondos públicos y es necesario conocer su grado de efectividad, en relación con la de otras instituciones, para lograr los fines de seguridad y convivencia; y, finalmente, porque los cambios sociales, económicos, políticos y tecnológicos requieren de ajustes en el papel de la policía en la sociedad y en las prácticas concretas para desarrollarlo[14].

[13] LOADER, Revisiting the police mission. The Police Foundation. Insight Paper núm. 2, 2020, p. 2.

[14] LOADER, Revisiting the police mission, p. 4.

Esta pregunta, «¿para qué la policía?», puede responderse en distintos planos[15], entre los que querría destacar dos. En primer lugar, cabe interpretarla y tratar de responderla normativamente, lo que supone preguntarse qué debería hacer la policía y cómo debería hacerlo[16]. Este es un ejercicio fundamentalmente político y las distintas respuestas, que implican revisitar conceptos básicos de la democracia y el gobierno, tendrán una considerable carga ideológica[17].

Un segundo punto de vista desde el que responder la pregunta sobre el papel de la policía en la sociedad es el histórico-sociológico-criminológico. Aquí cabe preguntarse sobre la naturaleza y la evolución del papel de la policía en el tiempo y su relación con condiciones socioeconómicas cambiantes, en el pasado y en el presente. Los resultados de este ejercicio (desde la historia, pero también desde la sociología y la criminología), evidencian que la atención de la policía se ha centrado históricamente, y se centra en las sociedades contemporáneas, en las poblaciones menos favorecidas (menos protegidas, más vigiladas)[18].

Tratar de responder la pregunta sobre el papel de la policía en la sociedad desde la criminología (para abreviar) es necesario para un buen ejercicio ciudadano de control de las instituciones, y es imprescindible para que las respuestas normativas a la pregunta de «¿para qué la policía?» no se formulen desde postulados «prescriptivamente miopes» y ajenos a la realidad.[19]

El debate público sobre la policía es notoriamente menor en España si lo comparamos, por ejemplo, con el que tiene lugar en el Reino Unido o en Estados Unidos. Los debates habidos en democracia tienen ya algunos años: los acontecidos alrededor de la formulación constitucional según la cual «[l]as Fuerzas y Cuerpos de seguridad (…) tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana» (art. 104.1 CE) formulación por otra parte directamente inspirada en el artículo 12 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1798, a la que se añade la mención de la seguridad ciudadana[20]; alrededor de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de 1986[21]; los debates parlamentarios y ciudadanos alrededor de la aprobación de las leyes de protección de la seguridad ciudadana (la «Ley Corcuera» de 1992[22] y, notablemente, los debates en torno a la

---

[15] LOADER considera que puede responderse desde un punto de vista empírico, normativo, histórico e interpretativo, ver su artículo para una discusión de cada una, LOADER, *Revisiting the police mission*, pp. 6-9. Las que se examinan aquí coinciden solo parcialmente con esta descripción: para quien escribe estas líneas, la visión "histórica" es también sociológica y criminológica.

[16] LOADER, Ian, Revisiting the police mission, pp. 8.

[17] LOADER, Ian, Revisiting the police mission, p. 8.

[18] LOADER, Ian, Revisiting the police mission, p. 6.

[19] LOADER, Ian, Revisiting the police mission, p. 9.

[20] Para un resumen de las discusiones ver BARCELONA LLOP, Javier, «Artículo 104», en Miguel RODRÍGUEZ–PIÑERO Y BRAVO-FERRER y María Emilia CASAS BAAMONDE (dirs.), Comentarios a la Constitución Española, Tomo II, Boletín Oficial del Estado, Ministerio de Justicia, Fundación Wolters Kluwer, 2018, pp. 472-486.

[21] Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Boletín Oficial del Estado núm. 63, de 14/03/1986. Disponible en https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1986-6859&tn=1&p=20150729.

[22] Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana. Boletín Oficial del Estado núm. 46, de 22/02/1992. Disponible en https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1992-4252. La denominación popular "Ley Corcuera" responde al Ministro del Interior de la época, José Luis Corcuera.

inconstitucionalidad de la «patada en la puerta»[23] y la «Ley mordaza» de 2015[24]). Más allá de estos hitos, ha sido notoria la ausencia de un debate público general sobre el papel de la policía en la sociedad[25].

A nivel autonómico, con las limitaciones que ello conlleva, sí tenemos ejemplos recientes. Así, en 2013 el Parlament catalán creó la «Comissió d'estudi dels models de seguretat i ordre públic i de l'ús de material antiavalots en esdeveniments de masses»[26] [Comisión de estudio de los modelos de seguridad y orden público y uso de material antidisturbios en acontecimientos de masas], que incluyó entre sus conclusiones la prohibición del uso de «balas de goma" en Catalunya. En 2021, se creó la «Comissió d'estudi sobre el model policial»[27] [Comisión de estudio sobre el modelo policial]. Con unos objetivos más amplios que la primera, circunscrita a la temática del orden público y el control policial de las protestas y otros acontecimientos de masas, sus conclusiones, publicadas en 2022, explicitan las características de un «modelo integral de

---

[23] La Sentencia del Tribunal Constitucional 341/1993, de 18 de noviembre, declaró inconstitucional el número 2 del artículo 21 de la Ley Orgánica 1/1992, de protección de la seguridad ciudadana, que permitía la entrada en domicilio de la policía, sin autorización judicial, en casos de delitos contra la salud pública («2. A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, será causa legítima para la entrada y registro en domicilio por delito flagrante el conocimiento fundado por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que les lleve a la constancia de que se está cometiendo o se acaba de cometer alguno de los delitos que, en materia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, castiga el Código Penal, siempre que la urgente intervención de los agentes sea necesaria para impedir la consumación del delito, la huida del delincuente o la desaparición de los efectos o instrumentos del delito") (sentencia disponible en https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/2470#complete_resolucion&dictamen); la cuestión fue objeto de un considerable debate ciudadano; ver, a modo de ejemplo la noticia del diario El País de 21 de enero de 1992 «La Plataforma de Libertades mantiene que la «ley Corcuera' es inconstitucional», disponible en https://elpais.com/diario/1992/01/21/espana/695948403_850215.html

[24] Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. Boletín Oficial del Estado núm. 77, de 31/03/2015. Disponible en https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-3442. Ver, a modo de muestra de la contestación pública de la ley, la noticia publicada por el diario El País el 1 de julio de 2015 «La 'ley mordaza', la norma más protestada, entra hoy en vigor», disponible en https://elpais.com/politica/2015/06/30/actualidad/1435681186_822374.html

[25] El debate público, obviamente, no se circunscribe al que tiene lugar en el contexto de los órganos de representación. Sin embargo, la existencia de comisiones específicas es un marcador de la importancia que determinados temas tienen en la sociedad. Empleando el buscador del Congreso de los Diputados de la sección sobre Subcomisiones, ponencias y grupos de trabajo, únicamente se ha podido encontrar una subcomisión específica de temas policiales, la Subcomisión encargada de la elaboración de un Informe que sirva de base para el establecimiento de un nuevo modelo policial, activa entre 1997 y 1999, y cuyas conclusiones pueden leerse en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VI legislatura. Serie D: General, núm. 526, de 29/12/1999. Disponible en https://www.congreso.es/public_oficiales/L6/CONG/BOCG/D/D_526.PDF. Esto no quiere decir que no haya actividad parlamentaria de debate, investigación o control, sino que ésta no tiene la naturaleza de un debate general sobre el papel de la policía (ver como ejemplo reciente los trabajos de la Comisión de Investigación sobre las actuaciones del Ministerio del Interior durante el gobierno del Partido Popular en relación con las presuntas irregularidades que vinculan a altos cargos y mandos policiales con la existencia de una trama parapolicial, XIV Legislatura (2019-2023), cuya composición y actividad puede consultarse en https://www.congreso.es/ca/comisiones?p_p_id=organos&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view &_organos_selectedLegislatura=XIV&_organos_codComision=367).

[26] Para conocer los antecedentes, composición, trabajos, propuestas de los distintos grupos parlamentarios y conclusiones, ver Informe de la Comissió d'Estudi dels Models de Seguretat i Ordre Públic i de l'Ús de Material Antiavalots en Esdeveniments de Masses, Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya núm. 198, de 25/11/2013, disponible en https://www.parlament.cat/document/nom/10b198.pdf.

[27] Para conocer los antecedentes, composición, trabajos, propuestas de los distintos grupos parlamentarios y conclusiones, ver «Informe i conclusions de la Comissió d'Estudi sobre el Model Policial», en Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya, XIV legislatura, 4º período, núm. 460, de 20/12/2022, disponible en https://www.parlament.cat/document/bopc/316366043.pdf.

carácter democrático y profesional, claramente diferenciado del resto de modelos del Estado»[28]. En ambas comisiones, surgidas de la contestación social a actuaciones policiales de orden público, participaron expertos e interesados de distintos ámbitos, desde académicos hasta asociaciones de derechos humanos, así como representantes de diversos cuerpos policiales o directores de escuelas de policías europeas.

Independientemente del impacto que las conclusiones de estas comisiones puedan haber tenido en la práctica (cuestión que debería ser objeto de seguimiento), la mera existencia de las mismas es un signo de salud democrática.

El paso del tiempo desde los últimos debates generales en España, los cambios sociales, económicos, políticos y tecnológicos experimentados por el país y algunas expresiones de descontento notorias ante actuaciones policiales cuestionables[29], recomiendan este debate si no permanente, sí frecuente y periódico.

Quizá la publicación sobre policía con mayor impacto público en los últimos años ha sido el libro de Alex VITALE *El final del control policial*[30]. Este libro, traducido también al catalán[31], ha tenido un impacto mediático y en el debate público considerable, su autor vino a España a presentarlo en diversos foros y se publicaron reseñas y comentarios en numerosos periódicos generalistas (El País[32], La Vanguardia[33], además de Ara[34] y El Periódico[35], entre otros).

Para los que no lo hayan leído, este libro parte de la situación actual en los Estados Unidos en que buena parte de los problemas sociales tratan de resolverse mediante actuaciones policiales, a menudo violentas y racistas. El autor considera insuficientes los abordajes tradicionales a este problema (más y mejor formación, diversificación interna de las fuerzas policiales, programas para mejorar las relaciones con la comunidad) y, reconociendo el papel histórico de la policía en

---

[28] Informe i conclusions de la Comissió d'Estudi sobre el Model Policial», en Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya, p. 98.

[29] Ver, a modo de ejemplo, los informes sobre el uso del perfil racial GARCÍA AÑÓN/GARCÍA SÁEZ/GASCÓN CUENCA/LLORENTE FERRERES. *Identificación policial por perfil étnico en España: Informe sobre experiencias y actitudes en relación con las actuaciones policiales*. Tirant lo Blanch, 2013; sobre uso excesivo de la fuerza Amnistía Internacional, *España: el derecho a protestar, amenazado*, Amnistía Internacional, 2014 disponible en https://www.amnesty.org/es/wp-content/uploads/sites/4/2021/06/eur410012014es.pdf; o sobre la tortura, el Informe Sombra para el Comité Contra la Tortura de Naciones Unidas, firmado por diversas entidades sociales y disponible en https://iridia.cat/wp-content/uploads/2023/06/INFORME_FINAL_PARA_EL_CAT.pdf.

[30] VITALE, Alex S. *El final del control policial*. Capitán Swing, 2021.

[31] VITALE, Alex S. *La fi del control policial*. Tigre de paper, 2021.

[32] Ver, a modo de ejemplo, el artículo de opinión del propio VITALE en El País «Defund the Police, el movimiento que pide menos policía y más gasto social en EEUU», publicado el 26 de junio de 2021. Disponible en https://elpais.com/ideas/2021-06-26/defund-the-police-el-movimiento-que-pide-menos-policia-y-mas-gastos-social-en-ee-uu.html.

[33] Ver, a modo de ejemplo «La cultura de EE.UU. está impregnada de violencia», La Vanguardia de 13 de junio de 2021, en https://www.lavanguardia.com/internacional/20210613/7525635/violencia-policial-estados-unidos-alex-vitale-libro.html.

[34] Ver, a modo de ejemplo Alex S. VITALE: «Cal treure diners a la policia i invertir-los en els serveis de salut» publicado en Ara.cat el 25 de junio de 2021, disponible en https://www.ara.cat/internacional/alex-s-vitale-cal-treure-diners-policia-invertir-serveis-salut_1_4033174.html.

[35] Ver, a modo de ejemplo, Alex S. VITALE: «Lo naíf es creer que la policía está aquí solo para protegerte», entrevista publicada en El Periódico el 19 de junio de 2021 y disponible en https://www.elperiodico.com/es/cuaderno/20210619/reforma-policia-racismo-george-floyd-entrevista-alex-s-vitale-11826593.

la gestión de la desigualdad y el mantenimiento del *status quo*, apuesta por repensar y reformular el papel de la policía en la sociedad, reduciendo drásticamente su peso específico. Podemos estar o no de acuerdo con su reformulación, pero parte del atractivo del libro de VITALE es precisamente que aborda directamente la pregunta central de «para qué la policía». Que un libro sobre un contexto policial relativamente exótico, como es el de Estados Unidos, tenga tanto impacto en España seguramente es, entre otras cosas, porque aborda directa y abiertamente una discusión sobre el papel de la policía en la sociedad.

Los artículos de Jesús REQUENA, sobre las identificaciones policiales desde la perspectiva de la cultura policial, y de José María LÓPEZ-RIBA, examinando críticamente el *hype* alrededor de la inteligencia artificial en el ámbito policial, son, a mi entender, dos excelentes ejemplos del tipo de criminología que permite tener un debate ciudadano de calidad sobre el papel de la policía.

Ester Blay Gil

Bibliografía

BARCELONA LLOP, Javier. «Artículo 104», en Miguel Rodríguez–Piñero y Bravo-Ferrer y María Emilia Casas Baamonde (dirs.) Comentarios a la Constitución Española, Tomo II, Boletín Oficial del Estado, Ministerio de Justicia, Fundación Wolters Klwuer, 2018, pp. 472-486.

LOADER, Ian, *Revisiting the police mission*. The Police Foundation. Insight Paper núm. 2, pp. 2-18, 2020.

VITALE, Alex S., *El final del control policial*. Capitan Swing, 2021 / *La fi del control policial*. Tigre de paper, 2021.

InDret
2.2024

A vueltas con la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria

Mª José Santos Morón
Universidad Carlos III de Madrid
-

Sumario

-

La figura de la pérdida de oportunidad, que es reconocida y empleada por los tribunales en numerosos ordenamientos, aunque rechazada, en cambio, en otros, presenta contornos difusos y suscita numerosas dudas y controversias. La doctrina discute en torno a su naturaleza jurídica y, asimismo, en torno a las condiciones que han de darse para que proceda su aplicación. La jurisprudencia española viene acudiendo a esta figura en diversos ámbitos y uno de ellos es el de la responsabilidad sanitaria. Lo curioso es que los supuestos concretos en los que se emplea varían según que se trate de la jurisdicción contencioso-administrativa o de la civil. Este trabajo pretende delimitar claramente estos supuestos para, tras pronunciarse sobre la naturaleza y presupuestos de la figura analizada, comprobar si tiene sentido resolver los problemas que se plantean acudiendo a ella o, por el contrario, sería más sensato buscar otra solución. Asimismo, pretende comprobar si, en los casos en que está justificado el recurso a la teoría de la pérdida de oportunidad, los tribunales hacen una aplicación correcta de la misma.

Abstract

-

The concept of loss of chance -recognized and applied by the courts in many jurisdictions, but rejected in others- is vague and gives rise to many doubts and controversies. The doctrine discusses its legal nature, as well as the conditions that must be met for its application. Spanish case law has made use of this concept in various fields, one of which is that of health liability. The curious thing is that the specific cases in which it is used vary depending on whether the jurisdiction is administrative or civil. After making a statement on the nature and requirements of the figure under analysis, the aim of this paper is to clearly delimit these cases, in order to determine whether it makes sense to solve the problems that arise by resorting to it or whether, on the contrary, it would be more sensible to seek another solution. It also aims to verify whether, in cases where recourse to the theory of loss of chance is justified, the courts apply it correctly.

Title: *Again on the Loss of Chance in Medical Liability*

Palabras clave: Pérdida de oportunidad, responsabilidad, daño, incertidumbre, relación causal, error de diagnóstico, falta de información médica.
***Keywords*:** *Loss of chance, Liability, Damage, Uncertainty, Causation, Diagnostic Error, Lack of Medical Information.*
-
DOI: 10.31009/InDret.2024.i2.01

InDret

2.2024

Recepción
01/02/2024
-
Aceptación
05/03/2024
-

Índice

-

1. Planteamiento: la teoría de la pérdida de oportunidad

1.1. Marco general

1.2. Pérdida de oportunidad procesal vs. pérdida de oportunidad terapéutica

1.3. La pérdidad de oportunidad de «decidir»

2. La denominada «pérdida de oportunidad de curación o supervivencia»: su aplicación por los tribunales españoles

2.1. La pérdida de oportunidad en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. La jurisprudencia de la Sala Tercera del TS

2.2. La pérdida de oportunidad terapéutica en la jurisprudencia de la Sala Civil

3. La reparación del daño derivado de la falta de información médica. ¿Aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad?

3.1. El daño moral derivado del incumplimiento del deber de información

3.2. Los daños corporales sufridos por el paciente

3.3. El recurso a la figura de la pérdida de oportunidad por parte de la jurisprudencia civil

4. Conclusiones

5. Bibliografía

6. Relación de sentencias citadas

-

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

1. Planteamiento: la teoría de la pérdida de oportunidad*

1.1. Marco general

La teoría (o la doctrina) de la pérdida de oportunidad, cuyos orígenes suelen situarse tanto en Francia como en el Reino Unido[1], hace referencia, como es sabido, a aquel supuesto en que el comportamiento negligente del demandado hace perder a la víctima la *posibilidad* de obtener un beneficio o de evitar un daño[2]. En la medida que el beneficio era inicialmente tan solo posible y el daño podría haberse o no evitado de actuar el agente de manera diligente, en tal situación es difícil establecer la relación causal entre la conducta del demandado y el perjuicio final producido.

Pues bien, pese a encontrarnos en un escenario de incertidumbre causal, esta teoría permite indemnizar a la víctima -siempre y cuando, según la opinión más extendida, la «oportunidad» perdida alcance cierto grado de razonabilidad o seriedad[3]- otorgándole como indemnización una fracción del daño final correspondiente a la probabilidad de verificación de la oportunidad perdida.

En España, uno de los ámbitos en que la jurisprudencia viene aplicando la teoría de la pérdida de oportunidad es el de la responsabilidad de abogados y procuradores, en supuestos en que, debido a la negligencia del profesional, éste no interpone (o no lo hace oportunamente) una demanda, un recurso, o deja realizar cierta actuación procesal, privando al perjudicado de la oportunidad de obtener un resultado favorable a sus intereses ("pérdida de oportunidad procesal").

En los últimos años, se ha extendido también su aplicación en el campo de la responsabilidad médica, haciéndose uso de esta doctrina, fundamentalmente, en dos casos concretos: a) el supuesto de error de diagnóstico o diagnóstico tardío, en el que la negligencia médica priva al

---

* Autor/a de contacto: María José Santos Morón (mjose.santos@uc3m.es). Agradezco al prof. Pedro DEL OLMO que leyera este trabajo y me hiciera observaciones. Los posibles errores son solo a mí imputables.

[1] Vid. MEDINA ALCOZ, *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado*, Cívitas-Thomson, Pamplona, 2007, pp. 130 ss.

[2] MEDINA ALCOZ, *La teoría de la pérdida de oportunidad*, p. 55. Así, suele decirse que implica la destrucción o la desaparición de la probabilidad de un suceso favorable (OYARZÚN VARGAS, «Aproximaciones doctrinales a la teoría de la pérdida de oportunidad. Análisis y reflexiones del caso español», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma*, nº 43, 2021-I, p. 12, 121; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, «La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria», en *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar*, WoltersKluwer, Madrid, 2014, p. 209) o que consiste en que el agente ha interrumpido un proceso con el que la víctima tenía probabilidades de conseguir una ganancia o evitar una pérdida (CRESPO MORA, *La responsabilidad del abogado en el Derecho civil,* Thomson-Cívitas, Navarra, 2005, p. 366). Vid. también KADNER GRAZIANO, «Loss of a Chance in European Private Law. "All or nothing" or Partial Liability in Cases of Uncertain Causation», *European Review of Private Law,* n. 16, 6-2008, p. 1033; MÜLLER, *La perte d'une chance. Etude comparative en vuye de son idemnisation en droit suisse, notamment dans la responsabilité médicale,* Berna, 2002, pp. 47-48.

[3] Aunque hay quien estima que podría ser indemnizable la pérdida de cualquier «chance», por mínima que fuera, por lo general suele entenderse que la oportunidad perdida debe ser «real» y «seria». Por todos, en una perspectiva general, MEDINA ALCOZ, *La teoría de la pérdida de oportunidad*, p. 89; OYARZÚN VARGAS, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma*, 2021-I, p. 127. En relación con el Derecho francés, CARDONA FERREIRA, «The loss of chance in civil law countries: a comparative and critical analysis", *Maastricht Journal of European and comparative Law,* vol. 20, n. 1, 2013, p. 59.

paciente de determinadas expectativas de mejoría o curación; b) el supuesto de incumplimiento del deber de informar al paciente sobre los riesgos y consecuencias del tratamiento o intervención, supuesto este en el que - presuponiendo que para tomar una decisión correcta el enfermo debe contar con toda la información necesaria- la omisión del facultativo priva al paciente de la posibilidad de rechazar la intervención, y, por ende, de evitar las secuelas derivadas de la misma.

Con independencia de que sea cuestionable que en este último caso pueda hablarse propiamente de «pérdida de oportunidad», circunstancia a la que se aludirá con posterioridad, la doctrina viene discutiendo si esta figura debe analizarse desde la perspectiva del daño o de la causalidad ya que la misma puede ser enfocada desde dos puntos de vista: a) concibiendo la «oportunidad perdida» como un daño independiente, distinto del daño final, respecto del cual sí puede establecerse la relación causal, pues no hay duda de que el agente privó a la víctima de ciertas «expectativas»[4]; b) entendiendo que, aunque no pueda establecerse con certeza la relación causal entre el comportamiento del agente y el daño final, cabe imputar a éste una parte del mismo en proporción a la probabilidad de que lo hubiera causado (causalidad probabilística o responsabilidad proporcional)[5].

Como ha puesto de manifiesto MARTÍN CASALS, la expansión de la primera perspectiva en muchos ordenamientos se debe probablemente a que encaja mejor en las teorías tradicionales sobre causalidad y es más «digerible» para los tribunales. Además, no plantea problemas en los ordenamientos que cuentan con una cláusula general que permite resarcir la lesión de cualquier interés. Por el contrario es difícil de admitir en países, como Alemania, en que la ley limita los intereses jurídicos protegidos por las reglas de la responsabilidad extracontractual [6].

Ahora bien, con independencia de ello, las propias características del supuesto en que se aplica, pueden llevar, en mi opinión, a inclinarse por una u otra de las opciones enunciadas.

1.2. Pérdida de oportunidad procesal vs. pérdida de oportunidad terapéutica

Tanto en el supuesto de pérdida de oportunidad procesal como en el de pérdida de oportunidad terapéutica, a la que suele aludirse también como pérdida de oportunidad de «curación» o «supervivencia», partimos de una situación de incertidumbre causal motivada por la existencia

---

[4] Esta postura, que MEDINA ALCOZ, *La teoría de la pérdida de oportunidad,* p. 349, califica como teoría «ontológica o autonomista», es la predominante en Francia y en Italia y está también bastante extendida en otros ordenamientos. Vid. CARDONA FERREIRA, *Maastricht Journal of European and comparative Law,* vol. 20, n. 1, 2013, pp 58 ss., 63 ss. BORGHETTI, «La reparation de la perte d'une chance en droit Suisse et en droit français», *European Review of Private Law,* 6-2008, pp. 1074 ss.

[5] Vid. MEDINA ALCOZ, *La teoría de la pérdida de oportunidad,* pp. 413 ss. Conviene advertir que, como explica MARTÍN CASALS, «Acotaciones sobre la relación de causalidad y el alcance de la responsabilidad desde una perspectiva comparada», en *Nuevos retos del Derecho de daños en Iberoamérica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 245 ss., la teoría de la causalidad probabilística no es aplicable solo en el supuesto comentado de «perdida de oportunidad», sino que se utiliza en el ámbito comparado en otros supuestos de incertidumbre causal, como sucede cuando hay varios posibles sujetos causantes del daño («causalidad alternativa con causante del daño no identificado»), hipótesis que en España se resuelve usualmente imponiéndoles responsabilidad solidaria, o en los casos de pluralidad de causantes y de víctimas cuando no puede establecerse quién ha causado el daño a quién («responsabilidad por cuota de mercado»).

[6] MARTÍN CASALS, en *Nuevos retos del Derecho de daños en Iberoamérica*, pp. 254, 255. Vid. también CARDONA FERREIRA, *Maastricht Journal of European and comparative Law*, vol. 20, n. 1, p. 62.

de factores aleatorios que pueden incidir en la producción del resultado final[7]: En el primer caso no es posible saber con seguridad si, de haber actuado el abogado diligentemente, el perjudicado habría visto satisfecha su pretensión. En el segundo caso no puede determinarse con certeza si, de no haber mediado un comportamiento negligente por parte del facultativo, se habría evitado el resultado lesivo para el paciente (muerte, secuelas físicas, etc.)[8]. Ahora bien, mientras que en el supuesto de pérdida de oportunidad procesal la propia existencia del *daño* resulta *incierta*, dado que el resultado favorable excluido por el comportamiento del demandado era inicialmente hipotético[9], en el segundo caso estamos ante un *daño cierto* (muerte, enfermedad, daño corporal, etc. padecido por la víctima) y lo que es incierto es en qué medida la negligencia médica ha contribuido a causarlo[10]. Es decir, no puede saberse si el daño final se debe a la enfermedad

---

[7] La situación de incertidumbre es presupuesto necesario para que pueda hablarse de «pérdida de oportunidad» (por todos MEDINA ALCOZ, *La teoría de la pérdida de la oportunidad*, p. 88). Así, en el ámbito de la pérdida de oportunidad procesal, si existiera certeza acerca de la posibilidad de la víctima de ver satisfechas sus pretensiones en caso de haber actuado el demandado diligentemente no habría «pérdida de oportunidad» sino privación de la pretensión. Y si fuese totalmente improbable que la víctima hubiese obtenido un resultado estimatorio (v. gr. la acción estaba prescrita) el demandante no tendría posibilidad de obtener indemnización. Vid, CRESPO MORA, *La responsabilidad del abogado en el Derecho civil*, pp. 382-370; OYARZÚN VARGAS, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma,*, nº 43, 2021-I, pp. 126-127.

Del mismo modo, cuando se trata de pérdida de oportunidad terapéutica, se entiende que la misma no entra en juego si existe razonable certeza de que el demandado produjo el daño o si la probabilidad de que lo produjera es insignificante. ASÚA GONZÁLEZ, *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*, Aranzadi, 2008, pp. 86 ss; GALLARDO CASTILLO, «Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: La doctrina de la pérdida de oportunidad», *Revista Aragonesa de Administración Pública,* 2015, n. 45-46, p. 38; GARCÉS-GARRO RANZ, «La consolidación de la doctrina de la pérdida de oportunidad en el ámbito sanitario: Teoría, articulación de la prueba y cuantificación de la indemnización», *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro,* 2014, nº 4*,* pp. 9-10; RAMOS MATEO, «Diagnóstico tardío y pérdida de oportunidad», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid,* nº 41, 2020-1, pp. 12-13; EGUSQUIZA BALMASEDA, «Pérdida de oportunidad por retraso diagnóstico: algunas cuestiones desde la perspectiva jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial", en *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en homenaje al prof. Dr Roca Guillamón,* t. II, Thomson-Aranzadi, Navarra 2021, p. 260.

[8] Adviertase que, como observa SOLÉ I FELIU, «Mecanismos de flexibilización de la culpa y del nexo causal en la responsabilidad civil médico-sanitaria», *Revista de Derecho Civil*, 2018, vol. V, núm. 1 (enero–marzo) en el ámbito de la responsabilidad médica son frecuentes las dificultades para probar el nexo causal (p. 56) por lo que en ciertos casos se acude a mecanismos para facilitar la prueba (pp. 61 ss.).

[9] Sobre el carácter hipotético del daño en este caso CRESPO MORA, *Responsabilidad civil por negligencia profesional,* Thomson-Aranzadi, en prensa, ap. IV.B.1.

La situación es similar en todos aquellos casos en que la ventaja que podría haber obtenido la víctima de no mediar el comportamiento negligente del demandado era de por sí hipotética, como sucede cuando se destruye un billete de lotería, se impide a un caballo competir en una carrera o a una persona participar en un concurso. Sin negar que existe un problema de incertidumbre causal, también es incierta la propia existencia del daño. De hecho, es esa incertidumbre la que impide vincular causalmente el «daño final» al comportamiento del demandado.

Sin embargo, cuando la «oportunidad perdida» consiste en la no evitación de un daño que ya sufre la víctima, como en los casos de pérdida de expectativas terapéuticas, parece evidente que la incertidumbre se proyecta sólo sobre la relación causal. Esto puede ocurrir también, excepcionalmente, en algunos casos de responsabilidad de abogados, por ej. si se deja pasar el plazo para impugnar una multa, supuesto en que el perjuicio que no ha sido evitado puede considerarse, igualmente, cierto.

[10] Como observa OYARZÚN VARGAS, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma*, 2021-I p. 139, en el supuesto de pérdida de oportunidad procesal no existe duda acerca de quién es el responsable del acto dañoso. La pregunta se refiere a cuál es el daño resarcible, pues «nos preguntamos si ese daño posee la característica de cierto o no». En el supuesto de pérdida de oportunidad de curación la pregunta es quién es responsable del daño sufrido por el paciente, debiendo comprobarse el cúmulo de causas (situación personal del paciente, edad, condición física, etc.) que pueden explicarlo.

padecida por la víctima, que habría evolucionado en cualquier caso hacia ese resultado, o se debe al comportamiento negligente del médico que no tomó las medidas necesarias para evitarlo.

De ahí probablemente que cuando se trata de pérdida de oportunidad procesal se tienda a configurar la expectativa perdida como un daño distinto al daño final, con el que puede establecerse claramente la relación causal[11], mientras que cuando se trata de la pérdida de oportunidad terapéutica, sea más común en la doctrina (no tanto en la jurisprudencia) situar esta figura en sede de causalidad[12], aunque lo cierto es que a la hora de desarrollarla se suelen mezclar ambas perspectivas[13].

Otro factor que, a mi parecer, puede llevar a concebir de distinto modo las referidas situaciones es que la mera expectativa de obtener una ganancia (incluyendo aquí las que puedan ser

---

[11] SERRA RODRÍGUEZ, *La responsabilidad civil del abogado,* Aranzadi, Navarra, 2000, pp. 223 ss.; «La responsabilidad civil del abogado: algunas consideraciones sobre su naturaleza jurídica, el incumplimiento, la configuración del daño y su cuantificación en el Derecho español», *Revista Justicia y Derecho,* Vol.2, n. 2, 2019, pp. 92 ss.; CRESPO MORA, *La responsabilidad del abogado en el Derecho civil,* pp. 364 ss. y *Responsabilidad civil por negligencia profesional*, ap. III.B y IV B.2; ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, «La responsabilidad civil del abogado por pérdida de la oportunidad procesal», *Actualidad Civil,* n. 9, septiembre de 2014, p. 4; OLIVA BLÁZQUEZ, «La defectuosa prestación del servicio jurídico por parte de los abogados: criterios de determinación de la indemnización por pérdida de oportunidad procesal», en *La modernización del contrato de servicios,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 306-308. En la jurisprudencia de la Sala Primera del TS configuran la pérdida de oportunidad procesal como daño, entre otras, las Sentencias 801/2006 de 27 de julio (ECLI:ES:TS: 2006:5866); 88/2008 de 15 de febrero (ECLI:ES:TS: 2008:2190); 462/2010 de 14 de julio (ECLI:ES:TS: 2010:4630); 437/2012 de 26 de junio (ECLI:ES:TS: 2012:5762); 374/2013 de 5 de junio, (ECLI:ES:TS: 2013:3340); 229/2015 de 24 de abril (ECLI:ES:TS:2015:1695); 50/2020 de 22 de enero, (ECLI:ES:TS:2020:99).

[12] ASÚA GONZÁLEZ, *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria,* Cizur Menor, Aranzadi, 2008, si bien reconoce que la jurisprudencia tiende a considerar la oportunidad perdida como un bien o interés autónomo cuya lesión se indemniza (pp. 75, 82) considera que la perspectiva adecuada es tratarla en clave de causalidad (p. 84). Aunque de manera algo confusa, sitúan la pérdida de oportunidad en el ámbito de la causalidad probabilística, MOURE GONZÁLEZ, «La salud cesante. O como valorar la pérdida de oportunidad terapéutica», *Revista Derecho y Salud,* 2017, vol. 27, nº 1, pp. 65, 70 y ss; GARCÉS-GARRO RANZ, *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro,* 2014, nº 4, pp. 10 ss.; ASENSI PALLARÉS/CID-LUNA CLARES, «La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica», *Revista CESCO De Derecho de consumo,* n. 8/2013, pp. 234 ss.

Por el contrario, enmarca la pérdida de oportunidad en el elemento del daño, RAMOS MATEO, «Diagnóstico tardío y pérdida de oportunidad», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid,* nº 41, 2020-1, pp. 56 ss. También parece considerar la oportunidad perdida como un daño en sí mismo, diferente al daño final, GALLARDO CASTILLO, *Revista Aragonesa de Administración Pública,* 2015, p. 39 y, más claramente, PÉREZ VALLEJO, «Responsabilidad médico-sanitaria y pérdida de oportunidad», en *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en homenaje al prof. Dr Roca Guillamón,* ATAZ LÓPEZ/COBACHO GÓMEZ (dir.), t. III, Thomson-Aranzadi, Navarra 2021, pp. 1138-1139.

[13] Analiza la pérdida de oportunidad como un supuesto de causalidad probabilística o responsabilidad proporcional, LUNA YERGA, «Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria», *Indret,* 2-2005, pp. 3-4, si bien también afirma que «el daño viene así constituido por la oportunidad de curación o supervivencia perdida a consecuencia de la actividad médico-sanitaria». La ubica en el ámbito de la causalidad y la define como un «régimen de imputación probabilística» que permite la reparación parcial del daño, GALAN CORTÉS, *Responsabilidad civil médica,* 8ª ed, Cívitas-Thomson, Navarra, 2022, (p. 721) pero luego dice que «el daño lo constituye, por consiguiente, esa oportunidad o de curación o supervivencia perdida por la actuación del facultativo» (p. 722). Asimismo, MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, "La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria", en *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar*, Madrid, Wolters Kluwer, 2014, tras señalar que el médico sólo responde en proporción a la medida de la probabilidad de que su actuación haya intervenido en el curso de la enfermedad (p. 219), observa que «se puede afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación o de supervivencia, *lo que en sí mismo genera un daño*» (pp. 221 ss.).

resultado de un procedimiento judicial[14]), tiene un valor de mercado (además de ser por lo general transmisible, piénsese, por ej. en la denominada "emptio spei"), de modo que la pérdida de tal expectativa puede ser fácilmente catalogada como un "daño" distinto del daño final. La pérdida de posibilidades de curación o supervivencia es más difícil de concebir como un daño autónomo susceptible de ser indemnizado[15]. Cuando se acepta su resarcimiento, es porque efectivamente se ha materializado el daño final, en cuyo caso el problema, como se ha indicado con anterioridad, es determinar si este último daño puede vincularse causalmente con la actuación del médico. Adviértase, en este sentido, que, al menos hasta la fecha, en el Derecho español no se ha planteado la indemnizabilidad de la pérdida de una posibilidad abstracta de curación o supervivencia sin consecuencia lesiva en la persona del perjudicado. Ello es lógico pues piénsese que, si, de acuerdo con datos estadísticos, un tratamiento a tiempo conlleva unas posibilidades de curación de, por ej. el 90 %, y un error o retraso en el diagnóstico y/o tratamiento conlleva que las posibilidades disminuyan al 60 %, no tiene sentido indemnizar a alguien por la pérdida de un 30 % de posibilidades de curación, cuando puede ocurrir que entre dentro del 60 % de pacientes que se recuperan[16]. De hecho, probablemente este es el motivo (no materialización del daño), por el que en el caso inglés *Gregg v. Scott,* se rechazó indemnizar al demandante, que adujo en el proceso suscitado cinco años después de ser tratado de cáncer, que, como

---

[14]Aunque en el ámbito de la pérdida de oportunidad procesal el TS estimó inicialmente que cabía apreciar un daño moral por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en la actualidad viene entendiendo que el daño debe considerarse patrimonial si el objeto de la acción frustrada tiene como fin la obtención de una ventaja de contenido económico, debiendo el juzgador llevar a cabo, para calcular la indemnización, «un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción» (cfr., entre otras, STS 801/2006 de 27 de julio (ECLI:ES:TS: 2006:5866); 157/2008 de 28 de febrero (ECLI:ES:TS:2008:3968); 303/2009 de 12 de mayo (ECLI:ES:TS:2009:2680); 250/2010 de 30 de abril (ECLI:ES:TS:2010:2311); 123/2011 de 9 de marzo (ECLI:ES:TS:2011:2692); 739/2013 de 19 de noviembre (ECLI:ES:TS:2013:5513); 583/2015 de 23 de octubre (ECLI:ES:TS:2015:4290); 50/2020 de 22 de enero (ECLI:ES:TS:2020:99). Sobre ello, CRESPO MORA, *Responsabilidad civil por negligencia profesional*, ap. IV.A.

[15] Es por ello que algunos autores (incluida parte de la doctrina francesa) si bien admiten la pérdida de oportunidad en otros ámbitos, consideran que no procede en materia médica porque aquí lo que realmente pierde la víctima es la vida o, en su caso, la salud. Vid. MÜLLER, *La perte d'une chance,* p. 216; CARDONA FERREIRA, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 20, n. 1, 2013, p. 61. En este sentido OLIPHANT, "Loss of Chance in English Law", *European Review of Private Law,* 6-2008, p. 1069, sugiere que el hecho de que en el Derecho inglés se considere resarcible la pérdida de oportunidad cuando se trata de frustración de posibles ganancias o de pérdida de oportunidad procesal y se rechace cuando se trata de pérdida de oportunidad de curación puede deberse a que en el primer caso la pérdida de oportunidad puede ser considerada un perjuicio económico en sí misma, mientras que la pérdida de oportunidad de curación «no tiene existencia física». Obsérvese, en relación con ello, que, en el Derecho austriaco, si la oportunidad de ganancia o la oportunidad procesal tenía un valor de mercado antes de su frustración, pueden ser consideradas como daño positivo a efectos de indemnización. En cambio, cuando se trata de pérdida de posibilidades de curación, dado que carecen de valor en el mercado, solo cabe solventar la situación considerando que se está ante un supuesto de causalidad alternativa -entre dos posibles causas que serían la negligencia médica y las condiciones de salud de la víctima- que se resuelve con una responsabilidad proporcional a la probabilidad de causación. Vid. KOCH, "Der Verlust einer Heilungschance in Österreich", *European Review of Private Law,* 6-2008, pp. 1058-1059.

[16] En esta línea, LUNA YERGA, *InDret,* 2/05, pp. 7, 8, opina que no cabe indemnizar la mera reducción estadística de probabilidades de curación o supervivencia, ni la pérdida de una oportunidad de curación o supervivencia, si el daño final todavía no se ha producido. La doctrina española observa, en este sentido, que la «oportunidad perdida» debe ser una posibilidad inexorablemente sacrificada de forma que no cabe aplicar esta figura en los casos en que el daño final todavía no se ha producido y la incertidumbre puede eliminarse con el transcurso del tiempo. MEDINA ALCOZ, *La teoría de la pérdida de oportunidad,* p. 96. En relación con el ámbito médico, ASÚA GONZÁLEZ, *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria,* pp. 95, 97, 98.

Cuestión distinta es, en mi opinión, que pueda tenerse en cuenta, a efectos de resarcir esa «pérdida de posibilidades de curación», la desazón o inquietud que tal situación pueda causar a la víctima, en cuyo caso nos adentraríamos en el terreno del *daño moral* alejándonos de la figura de la «pérdida de oportunidad» propiamente dicha.

consecuencia del retraso en dicho diagnóstico habían disminuido sus posibilidades de vivir otros cinco años de un 42 % a un 25 %[17].

Por otra parte, en los casos de muerte del paciente, la consideración de la pérdida de oportunidad de supervivencia como un daño autónomo resulta poco compatible con el ejercicio de la acción de responsabilidad por parte de sus familiares, que reclaman en realidad la indemnización del daño (patrimonial y/o moral) sufrido por ellos mismos como consecuencia del fallecimiento de un ser querido, y no la indemnización del daño sufrido por la víctima como consecuencia del sacrificio de su posibilidad de supervivencia.

Por las razones señaladas pienso que la perspectiva más correcta para abordar la denominada «pérdida de oportunidad de curación o supervivencia» es considerar la situación como un supuesto de causalidad alternativa en el que la duda sobre si el daño es atribuible a la negligencia médica o a la evolución de la enfermedad sufrida por el paciente puede resolverse considerando que el médico responderá en proporción a la probabilidad de haberlo causado. Es decir, aunque se hable de «pérdida de oportunidad de supervivencia o de curación», ésta no constituye un daño en sí mismo considerado. Se trata más bien de un recurso lingüístico útil para designar una situación de incertidumbre causal que puede resolverse del modo indicado[18].

En definitiva, pese a que se ha intentado desarrollar una suerte de teoría de la pérdida de oportunidad que abarque los supuestos en que se pierde la posibilidad de obtener una ventaja o la de evitar un daño, a mi juicio, existen diferencias conceptuales entre ambas hipótesis. Concretamente, cuando se trata de pérdida de oportunidad procesal o de pérdida de la posibilidad de obtener una ganancia aleatoria con ocasión de la participación en un concurso, competición, etc., la incertidumbre causal es consecuencia del carácter hipotético o incierto de la ventaja frustrada, lo que impide que el daño consistente en la no obtención de la misma pueda ser vinculado causalmente con el comportamiento del demandado. No obstante, dado que la mera expectativa de una ganancia puede tener valor económico y constituir un activo en el patrimonio de un sujeto, no hay dificultad en concebir la pérdida de esa «esperanza de ganancia o ventaja» como un daño autónomo. Y para valorarlo se tiene en cuenta la probabilidad de que la misma hubiera podido materializarse. En el supuesto, en cambio, de pérdida de oportunidad terapéutica nos encontramos ante un daño cierto, y lo incierto es si se debe a la negligencia médica o al curso natural de la enfermedad padecida por el enfermo. Difícilmente puede considerarse la mera pérdida de posibilidades de supervivencia o curación como un daño autónomo, cuando existe un daño efectivo, que es el daño corporal, lesiones, secuelas o incluso la muerte, sufrido por el

---

[17] Vid. OLIPHANT, *European Review of Private Law*, 6-2008, pp. 1065-1068.

[18] Aunque la jurisprudencia francesa aplica la teoría de la pérdida de oportunidad en el ámbito de la responsabilidad médica, un sector de la doctrina lo rechaza aduciendo que la misma solo debe aplicarse en los supuestos en que el perjuicio es aleatorio, y, por tanto, hipotético (como en el supuesto de pérdida de oportunidad procesal) y no en los casos de mera incertidumbre del vínculo causal (MÜLLER, *La perte d'une chance,* pp. 233 ss.) Es más, como observa BORGHETTI, *European Review of Private Law,* 6-2008, p. 1980, la mayor parte de autores considera que el recurso a la pérdida de oportunidad es en realidad un medio para que la jurisprudencia francesa acuerde una indemnización parcial en los casos en que la causalidad entre la negligencia y la lesión sufrida por el paciente no es cierta. De hecho, hay ordenamientos, como el austriaco, en que el supuesto estudiado se resuelve, sin necesidad de recurrir a la mencionada figura, haciendo compartir el daño entre médico y paciente en función de sus respectivas probabilidades de haberlo causado, con lo que el resultado práctico es el mismo. Vid. KOCH, «Medical Liability in Austria», en *Medical Liability in Europe. A Comparison of Selected Jurisdictions,* DeGruyter, Germany, 2011, pp. 14-15.

perjudicado[19]. En este caso la teoría de la pérdida de oportunidad permite solucionar la situación incertidumbre causal tomando en consideración la probabilidad de que el comportamiento del demandado haya causado el daño, la cual, a su vez, puede determinarse atendiendo a las probabilidades estadísticas de curación o supervivencia del paciente en caso de haber recibido un tratamiento médico correcto[20].

Ahora bien, adviértase que, con independencia de que la pérdida de oportunidad terapéutica se analice desde la perspectiva del daño o de la causalidad, tanto en un caso como en otro la indemnización consiste en una fracción del daño final calculada en función del grado de probabilidad de que un comportamiento diligente lo hubiese evitado[21]. Por ello, cabe pensar que, aunque dogmáticamente es más correcta la configuración de esta hipótesis como un supuesto de causalidad probabilística, en la práctica no tiene gran relevancia la postura que se adopte[22]. Por otra parte, hay que tener presente que ambas perspectivas suscitan dudas similares, relativas, en particular, a la concreción del umbral de probabilidad que debe darse para que la pérdida de la posible ventaja o la materialización del daño que pudo haber sido evitado den lugar a indemnización[23]. De ahí que lo relevante sea, en mi opinión, determinar con claridad en qué casos debe entrar en juego la figura de la «pérdida de oportunidad» como mecanismo para solucionar una situación de incertidumbre causal, y cuáles son sus consecuencias.

1.3. La pérdidad de oportunidad de «decidir»

En el supuesto de incumplimiento de deberes médicos de información la situación es algo distinta. Conviene advertir, en primer lugar, que la cuestión del daño indemnizable en esta hipótesis es bastante controvertida y existen distintas posturas tanto en la doctrina como en la jurisprudencia (vid. *infra* ep. 3). Por lo que respecta a los daños corporales derivados de la materializan los riesgos de los que el médico no informó, suele entenderse que solo cabe su indemnización (que cubre las consecuencias patrimoniales y morales de tal lesión) si la omisión de tal información puede considerarse causa del daño. Y ello solo es así si se acredita que el perjudicado, de haber contado con ella, habría rechazado la intervención[24]. Pues bien, en casos

---

[19] Y si ese daño no existe difícilmente puede admitirse la indemnizabilidad de la mera reducción de posibilidades de curación o supervivencia, a menos que se considere existente un daño moral, consecuencia de la inquietud, desazón, etc. que tal situación puede provocar en el perjudicado.

[20] Vid. LUNA YERGA, *InDret* 2-2005, p. 9.

[21] LUNA YERGA, *InDret* 2-2005, p. 3; MEDINA ALCOZ, *La teoría de la pérdida de oportunidad,* pp. 107, 350; ASÚA GONZÁLEZ, *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*, p. 90; RAMOS MATEOS, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma,* p. 60; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, en *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria,* pp. 219, 241; GALLARDO CASTILLO, *Revista Aragonesa de Administración Pública,* 2015, p. 58.

[22] Hay que advertir, no obstante, que algunos autores, en relación con la pérdida de oportunidad terapéutica, observan que matemáticamente puede no ser coincidente el valor de la «oportunidad perdida», entendida ésta como la probabilidad estadística de curación del enfermo en caso de tratamiento diligente, y el cálculo de la probabilidad de que el médico haya causado el daño (Vid. BIERI/MARTY, The Discontinuous Nature of the Loss of Chance System, 2 *Journal of European Tort Law,* 2011, 2, pp. 23 ss).

[23] Así, si bien suele decirse que la probabilidad frustrada debe ser seria y fundada, no está nada claro cuál es el grado de probabilidad necesario para que se dé tal situación. Vid. ep. 2.1, notas 53-54.

[24] Esta regla se aplica igualmente en otros ordenamientos con distintos matices. Así, en Inglaterra, corresponde al paciente probar que habría rechazado el tratamiento o intervención para que pueda entenderse acreditada la relación causal (JONES, *Medical negligence,* 4ª ed., Swett and Maxwell, 2008, pp. 693 ss.; JACKSON, *Medical Law. Test, cases and materials*, Oxford UP, 3ª ed. 2013, pp. 193 ss.). Lo mismo parece suceder en Bélgica y en Austria

en los que no es posible saber si el paciente, de haber sido correctamente informado, se habría o no sometido al tratamiento, algunas resoluciones del TS han aplicado la teoría de la pérdida de la oportunidad. Ciertamente en esta hipótesis nos encontramos ante en un escenario de incertidumbre causal. Pero esa situación de incertidumbre no se debe a la concurrencia de factores aleatorios que han podido influir en la producción del resultado final. Se refiere a la decisión que habría tomado la víctima de haber sido informada adecuadamente[25], y tal decisión no depende del azar, sino de su voluntad. Un sector de la doctrina niega, por ello, que sea aplicable en este caso (al igual que en los supuestos de *wrongful birth*[26]) la teoría de la pérdida de oportunidad[27]. Otros, por el contrario, se muestran a favor de su aplicación[28].

La teoría de la pérdida de oportunidad, como hemos visto, admite dos variantes, en función de que el comportamiento del demandado haya frustrado la consecución de una posible ventaja,

---

(NYSS,«Medical Liability in Belgium» en *Medical Liability in Europe. A Comparison of Selected Jurisdictions,* De Gruyter, 2011, p. 80; KOCH, «Medical malpractice in Austria», en *Medical Malpractice and Compensation in Global Perspective,* De Gruyter, 2013, p. 22). En otros ordenamientos, como Alemania, el médico puede exonerarse si demuestra que el paciente habría consentido la operación de haber sido correctamente informado (PETRY, «Medical Liability in Germany», en *Medical Liability in Europe. A Comparison of Selected Jurisdictions,* De Gruyter, 201, p. 265). A esta última conclusión se llegaría, en cualquier caso, por aplicación de los criterios de imputación objetiva y, en concreto, el del comportamiento alternativo lícito (en este sentido, MACÍA MORILLO, «El daño derivado de la falta de información médica», en HERRADOR GUARDIA, *Derecho de daños, 2020,* Lefebvre, pp. 608 ss.) No obstante, en mi opinión, para entender acreditada la relación causal -que es un paso previo a la aplicación de los criterios de imputación objetiva- debería ser necesario que el paciente demostrara que habría rechazado la intervención. Aunque suele decirse que en el ámbito de las omisiones se solapa la causalidad fáctica y la imputación objetiva (Por todos, GREGORACI FERNÁNDEZ, «La relación de causalidad», *Practicum Daños 2019,* Thomson-Aranzadi, p. 301) lo cierto es que, en este caso, de la postura que se adopte depende el que la carga de la prueba sobre la decisión que habría adoptado el paciente pese sobre el demandante (causalidad), y no sobre el demandado (imputación objetiva). Sobre la carga de la prueba cuando se aplica la doctrina de la conducta lícita alternativa, MARTÍN CASALS/SOLÉ FELIU, «Comentario a la STS 7 junio 2022», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia civil*, 2002, vol. 60, pp. 1113-1114).

[25] Lo indica expresamente la STS 948/2011 de 16 de enero de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:279), que alude a la «incertidumbre causal en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haber sido informado el paciente».

[26] En relación con las acciones de *wrongful birth* (aquéllas ejercitadas por los padres de un niño nacido con malformaciones en caso de diagnóstico prenatal erróneo o inexistente) se ha discutido mucho en torno al daño indemnizable y la posibilidad de vincularlo causalmente con el comportamiento negligente del profesional, pues cabe pensar que ello solo será así cuando la madre, de haber recibido un diagnóstico correcto, hubiese interrumpido el embarazo (sobre ello vid. MACÍA MORILLO, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 329 ss., 466 ss.). De ahí que, para solucionar la posible situación de incertidumbre causal, se haya planteado la posible aplicación la teoría de la pérdida de oportunidad. En este sentido, ASÚA GONZÁLEZ, *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*, p. 110. En la actualidad, sin embargo, la jurisprudencia considera indemnizable el daño moral y patrimonial (gastos asociados a la enfermedad o discapacidad) derivado de la privación de la facultad de abortar, lo que, aun siendo discutible, no parece plantear problemas de causalidad. ASÚA GONZÁLEZ, *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños,* p. 460.

[27] Así MARTÍN CASALS/SOLÉ FELIU, «Comentario a la STS 7 junio 2022», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia civil*, 2002, vol. 60, p. 1115, en relación con la pérdida de la posibilidad de abortar. Igualmente, MACÍA MORILLO, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 363 y ss.; ARCOS VIEIRA, *Responsabilidad sanitaria por incumplimiento del deber de información del paciente,* Navarra, Aranzadi, 2007, pp. 77-78; RIBOT IGUALADA, "La responsabilidad civil por falta de consentimiento informado", *RDP*, noviembre-diciembre, 2007, p. 40. También ASENSI PALLARÉS y CID-LUNA CLARES, *Revista CESCO de Derecho de consumo,* nº 8/2013, p. 238.

[28] MEDINA ALCOZ, *La teoría de la pérdida de oportunidad*, pp. 99 ss; ASÚA GONZÁLEZ, *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*, p. 100; CADENAS OSUNA, *El consentimiento informado y la responsabilidad médica*, ed. BOE, 2018, pp. 354 ss.

cuya obtención depende del azar, o haya impedido evitar un daño que podría haberse producido, en cualquier caso, debido a otra causa concurrente. En el primer caso el álea afecta a la propia existencia del daño, que es puramente hipotético, lo que impide vincularlo causalmente con el comportamiento del demandado. La teoría de la pérdida de oportunidad permite resolver el problema configurando la «oportunidad perdida» como un daño autónomo e independiente, que puede ser valorado atendiendo a la probabilidad de que la ventaja frustrada se hubiese podido materializar. En el segundo caso nos encontramos ante un daño cierto, que puede obedecer a cursos causales alternativos que dependen de la suerte o el azar. En tal hipótesis el recurso a la teoría de la pérdida de oportunidad es en realidad una forma de eliminar la incertidumbre causal imputando responsabilidad al demandado en función de la probabilidad de que haya causado el daño (o, lo que es lo mismo, haya impedido evitarlo).

En el supuesto de incumplimiento de deberes médicos de información el daño, como en el segundo caso, es cierto (materialización de los riesgos del tratamiento o intervención), si bien no puede establecerse el nexo causal con la conducta del demandado. Ahora bien, ello no se debe a que existan causas alternativas y dependientes del azar que hayan podido causar el daño con mayor o menor grado de probabilidad[29]. Se debe, simplemente a que, aunque la víctima esté segura de cuál habría sido su decisión, no hay datos o indicios adicionales a su propia declaración, que permitan convencer al juez de que habría actuado en un sentido u otro. La incertidumbre es aquí, como ha observado MARTÍN CASALS, meramente evidenciaría[30]. No existe una dificultad intrínseca para probar el nexo causal, como sucede cuando el comportamiento del demandado priva a la víctima de la posibilidad de beneficiarse de un proceso aleatorio de resultado incierto.

En este último supuesto, y dado que es imposible «científicamente» saber cuál habría sido el resultado de ese proceso, está justificado el recurso a la teoría de la pérdida de oportunidad[31] como medio para resolver, bien el carácter hipotético del daño, bien la imposibilidad objetiva o científica para probar la relación causal, pero ¿lo está también en el supuesto que analizamos?. En mi opinión en este caso la situación es la misma que en cualquier otra hipótesis en la que, por razones circunstanciales, no se considera acreditada la causalidad[32]. Y no parece que deba aplicarse la teoría de la pérdida de oportunidad en todo caso de incertidumbre causal. Fundamentalmente porque, si no se limitan los supuestos en que cabe aplicar esta figura, puede llegar a prescindirse del requisito del nexo causal para imputar responsabilidad[33].

---

[29] Podríamos explicar la situación, siguiendo a ARCOS VIEIRA (*Responsabilidad sanitaria por incumplimiento del deber de información del paciente,* p. 78), diciendo que en el caso que analizamos la víctima no pierde una *probabilidad* de eludir el daño, que quizás habría podido evitar el comportamiento diligente del demandado, sino que simplemente se le impide ejercer una opción.

[30] MARTÍN CASALS, «La modernización del Derecho de la responsabilidad extracontractual», en *Cuestiones actuales en materia de Responsabilidad civil,* APDC, Murcia, 2011, pp. 52 y 53, aludiendo a la pérdida de oportunidad como un supuesto de "responsabilidad proporcional", estima que debe limitarse su aplicación a los casos en que la incertidumbre causal es científica, sistémica o inherente, de modo que es objetivamente imposible probar ciertos datos, no siendo aplicable en aquellos en que la incertidumbre es evidenciaría -como sucede cuando tiene que ver con la decisión que habría tomado la víctima de haber obtenido cierta información- en los que el que no pueda probarse la causalidad se debe a que quien tiene la carga de la prueba no puede dar a conocer ciertos hechos con garantías suficientes para que tengan valor probatorio.

[31] Así lo entiende BORGHETTI, *European Review of Private Law,* 6-2008, p. 1081, 1082.

[32] BORGHETTI, *European Review of Private Law*, 6-2008, p. 1081.

[33] Como observa MARTÍN CASALS, «Some Introductory and Comparative Remarks to the Decision of the Swiss Federal Court BGE/ATF 133 III 462 and to the "Loss of Chance" Doctrine», *European Review of Private Law,* 6-2008,

Cuestión distinta es que hable de «pérdida de oportunidad», como a veces sucede, para referirse a la pérdida de la posibilidad de decidir libre o reflexivamente[34]. En este caso dicha expresión alude en realidad al *daño moral* consecuencia de la lesión del derecho de autodeterminación del paciente o de la imposibilidad de haber rechazado la intervención -que es un daño distinto e independiente del daño corporal derivado de la materialización de los riesgos de los que no se informó- y no hace referencia a la doctrina de la «pérdida de oportunidad» como solución a una situación de incertidumbre causal (vid. infra ep. 3.1).

2. La denominada «pérdida de oportunidad de curación o supervivencia»: su aplicación por los tribunales españoles

2.1. La pérdida de oportunidad en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. La jurisprudencia de la Sala Tercera del TS

La doctrina de la pérdida de oportunidad de supervivencia o curación viene siendo aplicada con frecuencia por la Sala 3ª del TS al enjuiciar la responsabilidad patrimonial de la Administración, en supuestos de error o retraso en el diagnóstico y/o posterior tratamiento, consecuencia en muchos casos de la no realización o realización tardía de las pruebas necesarias para detectar la enfermedad[35]. En todos estos casos el paciente ha sufrido un daño cierto (muerte, secuelas) pero no es posible determinar con certeza si la causa del daño es el comportamiento del demandado, pues la existencia de factores aleatorios propia de la medicina impide que pueda saberse si, de haber existido un diagnóstico y/o tratamiento correcto más temprano, el resultado habría sido el mismo.

La Jurisprudencia administrativa sitúa acertadamente la doctrina de la pérdida de oportunidad en el ámbito de la incertidumbre causal. Así, suele afirmarse que «existe en aquellos supuestos en los que es dudosa la existencia de nexo causal o concurre una evidente incertidumbre sobre la misma»[36] o que «la denominada pérdida de oportunidad se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente…»[37], poniendo de manifiesto alguna sentencia que, si no hay incertidumbre causal, no cabe hablar de pérdida de oportunidad[38].

---

p. 1048) debe evitarse considerar como una «oportunidad perdida» todo supuesto de incertidumbre causal. Si la figura de la pérdida de oportunidad se aplica indiscriminadamente se corre el riesgo de imputar siempre la responsabilidad, aunque no exista causalidad.

[34] ASÚA GONZÁLEZ, «Responsabilidad civil médica» en *Tratado de Responsabilidad civil,* t. II, coord.. por REGLERO/BUSTO LAGO, 5ª ed., Thomson-Aranzadi, Navarra, 2014*,* p. 386; ASÚA GONZÁLEZ, *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*, pp. 103 SS.

[35] Ello determina el carácter negligente del error de diagnóstico. La jurisprudencia de la Sala 1ª viene afirmando, en este sentido, que, si bien no todo error de diagnóstico debe calificarse como culposo, sí lo son aquellos que son consecuencia de la omisión de las pruebas exigibles para llevarlo a cabo correctamente. Vid. infra, ep. 2.2.

[36] SSTS 8548/2012, de 21 de diciembre (ECLI:ES:TS: 2012:8548); STS 462/2018 de 20 de marzo (ECLI: ES:TS:2018:1096).

[37] SSTS 7060/2011 de 19 de octubre (ECLI:ES:TS:2011:7060); 3637/2012 de 22 de mayo (ECLI:ES:TS:2012:3637); 8458/2012 de 21 de diciembre (ECLI: ES:TS: 2012:8548).

[38] Así ocurre en la STS 4697/2012 de 3 de julio (ECLI: ES:TS: 2012:4697), que concluyó que un diagnóstico más temprano del cáncer padecido por la fallecida no habría evitado tal resultado, dada la etiología del tumor y sus características.

Sin embargo, en algunas sentencias se aprecia una cierta confusión en torno a los distintos presupuestos de la responsabilidad, concretamente, la relación causal y el criterio de imputación de la responsabilidad[39], que, como se sabe, cuando se trata de asistencia sanitaria pública, es la culpa o negligencia[40]. Así, diversas sentencias de la Sala Tercera afirman que la pérdida de oportunidad se configura «*como una figura alternativa a la quiebra de la lex artis que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio*»[41].

De esta afirmación parece deducirse que cuando existen dudas acerca de si la actuación médica -normalmente omisiva- ha sido causa del daño, la doctrina de la pérdida de oportunidad, no solo permite conceder indemnización pese a la situación incertidumbre causal, sino que también permite imputar responsabilidad a la administración sanitaria *aunque no haya incurrido en ningún tipo de culpa o negligencia*. Así parece entenderlo la STS 169/2018 de 6 de febrero (ECLI:ES:TS: 2018:352), que aplica la doctrina de la pérdida de oportunidad en un supuesto en que se demoró el traslado de un preso a un hospital[42], pese a mantener la conclusión de la sentencia recurrida que consideró que el retraso no supuso infracción de la *lex artis* por ser los síntomas iniciales del

---

[39] Esta confusión se aprecia también en las afirmaciones de algunos autores (GONZÁLEZ GUTIERREZ-BARQUIN/SANTAMARÍA PÉREZ, «La responsabilidad patrimonial como consecuencia de la asistencia sanitaria», en *Manual de Responsabilidad pública,* 2ª ed., Aranzadi-Thomson, Navarra, 2010, p. 909) recogidas además por los tribunales [cfr. STSJ Asturias 356/2015 de 11 de mayo (ECLI:ES:TSJAS: 2015:1195)] que indican que: «en la asistencia sanitaria *el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación causal entre el funcionamiento del servicio público* y *el resultado producido* ya que cuando el acto médico ha sido acorde con el estado de la ciencia resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente». Es decir, parece entenderse que la acreditación del nexo causal es una consecuencia de la existencia de negligencia cuando son dos elementos independientes de la responsabilidad. Que exista una asistencia médica negligente no significa que tal negligencia sea necesariamente la causa del daño sufrido por el paciente (de hecho, en caso de duda es cuando entra en juego la doctrina de la pérdida de oportunidad). Y, si no ha habido negligencia, no tiene sentido indagar sobre la relación causal porque no debe existir responsabilidad.

[40] Aunque la responsabilidad patrimonial de la administración es, en principio, de naturaleza objetiva -pues el daño indemnizable, siempre que no deba ser soportado por el perjudicado, puede derivar del funcionamiento *normal o anormal* de los servicios públicos (art. 32 LRJSP)-, en el ámbito de la sanidad pública la jurisprudencia administrativa ha subjetivizado dicha responsabilidad, de modo que solo se consideran antijurídicos, y por consiguiente, indemnizables aquellos daños que son consecuencia de un comportamiento contrario a la *lex artis.* Por todos vid. GONZÁLEZ GUTIERREZ-BARQUIN/SANTAMARÍA PÉREZ, en *Manual de Responsabilidad pública*, p. 909; ASÚA GONZÁLEZ, en *Tratado de Responsabilidad civil,* t. II, pp. 391 ss.; ESPINOSA DE RUEDA JOVER, «Casuística de responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria defectuosa y sus vías de reclamación", en *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en homenaje al prof. Dr. Roca Guillamón,* ATAZ LÓPEZ/COBACHO GÓMEZ (dir.), t. II, Thomson-Aranzadi, Navarra 2021, pp. 408-409.

[41] Este párrafo aparece, a modo de «cláusula de estilo», en numerosas resoluciones, la primera de ellas la STS 7527/2009 de 24 de noviembre (ECLI:ES:TS:2009:7527) -que rechaza que en el caso concreto existiera pérdida de oportunidad, parece que por entender probada la relación causal- si bien lo curioso es que no se trataba de una afirmación del propio TS, sino de la sentencia recurrida, que, al estar recogida en el FJ 2º de aquélla, ha sido reiterada por posteriores sentencias del Supremo. Cfr. SSTS 5922/2011 de 27 de septiembre (ECLI:ES:TS:2011:5922), 3/2012 de 2 enero (ECLI:ES:TS:2012:3); 8508/2012, de 3 de diciembre (ECLI:ES:TS:2012:8508); 145/2016 de 27 de enero (ECLI:ES:TS:2016:145); 462/2018 de 20 de marzo (ECLI: ES:TS: 2018:1096); 462/2018 de 20 de marzo (ECLI:ES:TS:2018:1096).

[42] El demandante devino en situación de incapacidad a consecuencia de un empiema epidural que le fue detectado en el Hospital Carlos Haya alrededor de tres días después del comienzo de los primeros síntomas, que eran compatibles con la diabetes que padecía. El demandante alegaba que la demora en enviarle al hospital donde se contaba con los medios necesarios para diagnosticar su enfermedad influyó en el resultado final, que podría haber sido menos lesivo.

enfermo compatibles con la diabetes que padecía. El TS revoca la sentencia recurrida, que desestimó la demanda, y condena a la Administración sanitaria a abonar una indemnización parcial por aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad, con base en una argumentación enormemente confusa que parece dar a entender que puede exigirse responsabilidad a la Administración *aunque la atención médica prestada no haya sido negligente*[43], ante la mera posibilidad de que, *de haberse actuado de otro modo, el resultado hubiese sido distinto*[44]. De hecho, esta es la interpretación que viene a hacer la STSJ Andalucía 871/2023 de 20 de abril (ECLI:ES:TSJAND:2023:3857) en un supuesto en que un menor fue sometido a una operación de hernia inguinal que le provocó atrofia testicular. La sentencia recurrida condenó a la Administración sobre la base de un informe forense que indicaba que podía haberse empleado otra técnica quirúrgica menos traumática, aunque no podía asegurarse que se hubiese evitado el daño. Recurrida la sentencia por el Servicio Andaluz de Salud, que solicitó la reducción de la indemnización por aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad, el TS pese a estimar que *no hubo mala praxis,* afirmó que la actuación médica había provocado al paciente una pérdida de expectativas porque «*con cierta probabilidad*» otra actuación médica podría haber evitado el daño (FJ 6º). En consecuencia otorgó una indemnización de un tercio de la cantidad solicitada[45]. Como fácilmente puede colegirse, con esta interpretación se corre el riesgo de considerar responsable a la Administración sanitaria simplemente por el mero hecho de que, existiendo distintas alternativas de tratamiento o distintas técnicas quirúrgicas, la empleada en el caso concreto no haya obtenido un resultado satisfactorio, pues siempre cabrá argüir que, aun no existiendo mala praxis, con otro tratamiento o técnica quirúrgica, *quizás podría* haberse obtenido otro resultado.

Las afirmaciones de la Sala Tercera del TS que venimos analizando provocan otro efecto pernicioso y es que llevan a argumentar que, si se constata una infracción de la *lex artis*, no puede aplicarse la doctrina de la pérdida de oportunidad para reducir la indemnización del daño final, al encontrar ésta su campo de operatividad *en ausencia de aquélla*. Así lo planteó la recurrente en el supuesto analizado por la STS 462/2018, de 20 de marzo (ECLI:ES:TS:2018:1096)[46]

---

[43] En la resolución comentada se afirma (FJ 6º) que la Jurisprudencia «ya desde los años noventa del pasado siglo, ha venido admitiendo en el ámbito de la responsabilidad sanitaria de las Administraciones Públicas, la posibilidad de que se pueda acceder a la declaración de dicha responsabilidad, *no solo por el hecho que se haya omitido la "lex artis ad hoc"… Existe un supuesto intermedio entre esa vulneración de la "lex artis" o la concurrencia de la misma,* con los relevantes efectos de acceder a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados o denegar dicha indemnización*, es el supuesto de la pérdida de oportunidad»* que se configura «*como una figura alternativa a la quiebra de la lex artis* que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio».

[44] Así se desprende de los párrafos siguientes, también contenidos en el FJ 6º, en los que se afirma: «ahora bien, en este supuesto el daño viene propiciado por el hecho de que, si bien a tenor de la prueba no cabe apreciar un tratamiento médico contrario a los cánones aceptados en cada momento por la ciencia médica*, es lo cierto que de haber existido un tratamiento diferente*, que no es ajeno a la propia medicina, *existe la duda de si se habría producido el resultado lesivo»* añadiéndose que «los supuestos de pérdida de oportunidad constituye (sic.) un supuesto intermedio porque se ocasiona cuando, producido el daño*, la experiencia y el estado de la ciencia médica permite acoger la probabilidad de que un diagnóstico diferente al que fue correcto, podría haberlo evitado».*

[45] Afirma la sentencia que «es doctrina de esta Sala que en casos de pérdida de oportunidad debe otorgarse un tercio de la cantidad solicitada». Sobre la cuestión del cálculo de la indemnización volveremos con posterioridad.

[46] Similar fue el planteamiento del recurso en los supuestos resuelto por las STS 733/2017 de 28 de abril (ECLI: ES:TS: 2019:1711) -retraso en el tratamiento de la enfermedad padecida por la demandante- y la STS 665/2018 de 24 de abril (ECLI:ES:TS:2017:1546) -omisión de un TAC que habría podido constatar el hematoma cerebral del fallecido-, en las que los recurrentes impugnaron la cuantía de las indemnizaciones acordadas en aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad aduciendo que, dado que había existido una clara vulneración de la *lex artis,*

Desgraciadamente, aunque el TS desestimó el recurso, confirmando la indemnización concedida en la instancia[47], no aprovechó para aclarar la confusa doctrina mantenida en sentencias anteriores pues, si bien afirma acertadamente que la doctrina de la pérdida de oportunidad «se mueve en distinto plano que el de la *lex artis*» y «se sitúa en el terreno de la incertidumbre» (FJ 9º, primer párrafo), también reitera, incomprensiblemente, que puede invocarse «incluso sin quiebra de la *lex artis*» (FJ 8º in fine).

La doctrina sentada en las sentencias mencionadas lleva a consecuencias un tanto absurdas. Supone que, cuando no se duda del nexo causal, es necesaria la existencia de negligencia para poder imputar responsabilidad a la Administración. En cambio, si existe incertidumbre causal, no es precisa una actuación contraria a la *lex artis,* lo que implica que la responsabilidad de la Administración sanitaria, en esta hipótesis concreta, se «objetiviza». Sin embargo, una cosa es solventar los problemas de incertidumbre causal mediante la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad y otra, bien distinta, prescindir del criterio de imputación de responsabilidad aplicable a los daños causados en la prestación de asistencia sanitaria pública.

Convendría por ello, que la Sala tercera del TS se cuidara de modificar o, al menos, matizar la doctrina mantenida en las referidas sentencias, pues si, de acuerdo con la postura mantenida por el Alto Tribunal, la Administración sanitaria no responde por la mera producción del daño sino solo cuando existe un funcionamiento «anómalo», la teoría de la pérdida de oportunidad no puede llevar a imponer responsabilidad a la Administración cuando la atención médica dispensada no ha sido negligente[48]. En realidad esto queda claro en otras decisiones de la Sala Tercera que, con mejor criterio, estiman que no cabe condenar a la Administración sanitaria sobre la base de la existencia de una pérdida de oportunidad si no ha habido infracción de la «lex artis»[49], y afirman que la pérdida de oportunidad solo puede operar si existe mala praxis o

---

debía serle indemnizado el daño final. En el primer caso el TS desestimó el recurso limitándose a afirmar que la recurrente pretendía una revisión de la valoración probatoria no admisible en casación. En la segunda sentencia se confirmó la resolución recurrida con una confusa argumentación que viene a sugerir que la existencia de mala praxis no era una premisa concluyente.

La STS 145/2016 de 27 de enero (ECLI:ES:TS: 2016:145). en un supuesto de retraso en el tratamiento a una mujer que sufrió una hemorragia tras el parto, parece aceptar que si hay vulneración de la *lex artis* no cabe apreciar pérdida de oportunidad.

[47] La demandante sufrió ciertas lesiones neurológicas, posible consecuencia del retraso en el diagnóstico de la enfermedad padecida debido a que no se le practicaron oportunamente las pruebas necesarias. La sentencia recurrida aplicó la doctrina de la pérdida de oportunidad y concedió una indemnización de 40.000 euros -frente a los 572.412 solicitados-, atendiendo al grado de probabilidad de que se hubiese obtenido el mismo resultado con un diagnóstico anterior (aunque no aporta dato alguno acerca del grado de probabilidad tomado en consideración).

[48] En este sentido ASÚA GONZÁLEZ, «Aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria: Coincidencias y divergencias entre la jurisdicción civil y la contencioso-administrativa», *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en Homenaje al prof. Dr. Roca Guillamón,* ATAZ LÓPEZ/COBACHO GÓMEZ (coord..), t. I, Aranzadi-Thomson, Navarra, 2021, p. 466; MEDINA ALCOZ, *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal,* Cívitas-Thomson, Navarra, 2018, p. 121.

[49] La STS 1832/2016 de 18 de julio (ECLI:ES:TS: 2016:3819), niega que en el caso enjuiciado fuese aplicable la teoría de la pérdida de oportunidad porque el paro cardiaco sufrido por el demandante mientras estaba ingresado en el hospital por neumonía no era previsible y la actuación médica dispensada no podía considerarse deficiente. La STS 8548/2012, de 21 de diciembre (ECLI:ES:TS:2012:8548), en un supuesto en que la demandante solicitó indemnización por los daños sufridos por su hijo en el parto a consecuencia de una infección, que en su opinión debía haber sido detectada a la madre, que fue quién la transmitió al menor, tras afirmar que «la pérdida de oportunidad se caracteriza por la incertidumbre acerca de si la actuación médica omitida pudiera haber evitado o

actuación médica incorrecta[50]. Y lo cierto es que en la mayoría de sentencias del TS que aprecian la existencia de una pérdida de oportunidad -incluidas algunas que afirman que la misma es «una figura alternativa a la quiebra de la *lex artis»* y puede operar en su ausencia- se parte de la base de que el error o retraso en el diagnóstico en cuestión conlleva una asistencia médica negligente[51].

Pues bien, presuponiendo que la figura de la pérdida de oportunidad solo debe entrar en juego cuando existe un comportamiento médico negligente, pero es dudoso que el mismo sea la causa del daño final sufrido por el paciente, la cuestión a dilucidar es ¿basta cualquier probabilidad de que la negligencia médica haya incidido en el resultado final para que exista el deber de indemnizar? O, dicho en términos propios de la postura que concibe la pérdida de oportunidad como un daño autónomo (que, dicho sea de paso, es la acogida en muchas de las sentencias analizadas) ¿es necesario que la probabilidad de supervivencia o curación perdida sea de cierta entidad?

La doctrina afirma de manera prácticamente unánime que la «oportunidad perdida» debe ser seria y contar con ciertas posibilidades de éxito, es decir, debe existir una probabilidad significativa o relevante de que el daño final no se hubiese producido de haber mediado un comportamiento diligente[52]. Sin embargo, no se concreta con qué condiciones o a partir de qué

---

minorado el resultado», niega igualmente que proceda aplicarla en el caso enjuiciado por entender que no hubo infracción de la *lex artis*.

[50] Así se indica en la STS 4736/2005 de 13 de julio (ECLI:ES:TS:2005:4736), una de las primeras en pronunciarse sobre la pérdida de oportunidad en la responsabilidad de la Administración sanitaria, que afirma que «para que la pérdida de oportunidad pueda ser apreciada debe deducirse ello de una situación relevante, bien *derivada de la actuación médica que evidencie mala praxis o actuación contra protocolo* o bien de otros extremos como pueda ser una simple sintomatología evidente indicativa de que *se actuó incorrectamente o con omisión de medios».* En este caso la demandante aducía que el retraso en diagnosticarle un tumor de ovario debía desencadenar la responsabilidad de la Administración, cosa que rechazó el TS por entender que no existió mala praxis por ser sus síntomas iniciales compatibles con el extreñimiento que le fue diagnosticado y precisarse, como regla, una media de unos dos meses en diagnosticar el tipo de tumor padecido. La mencionada afirmación es reiterada en la STS 3463/2010 de 25 de junio (ECLI:ES:TS:2010:3463), que consideró que la Administración había actuado incorrectamente al no informar sobre la necesidad de revacunar de la meningitis a cierto grupo de menores (una de las cuales contrajo la enfermedad).

[51] Es el caso, por ejemplo, de la STS 3/ 2012 de 2 de enero (ECLI: ES:TS: 2012:3), en la que, pese a afirmarse que la doctrina de la pérdida de oportunidad es una «figura alternativa a la quiebra de la lex artis», se consideró que existía evidencia de una clara infracción de la *lex artis ad hoc*. Se había diagnosticado al enfermo un cólico renal cuando padecía un aneurisma, sin que, pese al empeoramiento de su situación, se le realizaran las pruebas necesarias para detectar la afección padecida, que fue diagnosticada demasiado tarde, si bien era dudoso que un diagnóstico más temprano pudiera haber evitado la muerte. Lo mismo sucede en el supuesto de la STS 5922/2011 de 27 de septiembre (ECLI:ES:TS:2011:5922), en el que, pese a habérsele detectado al paciente un nódulo pulmonar, no se adoptaron las medidas necesarias para diagnosticar el carcinoma pulmonar que le provocó la muerte. Aunque la sentencia recoge también la referencia a la pérdida de oportunidad como «una figura alternativa a la quiebra de la lex artis», lo cierto es que TS afirma que en este caso el retraso en el diagnóstico y la realización tardía de las pruebas que habrían permitido su confirmación implicaron una mala praxis, generadora de una pérdida de oportunidad. Se estima igualmente que el retraso en el diagnóstico y posterior tratamiento supuso un comportamiento contrario a la *lex artis* en las STS 4867/2010 de 23 de septiembre (ECLI: ES: TS: 2010:4867); 7060/2011 de 19 octubre (ECLI: ES: TS:2011:7060) y 1450/2012 de 28 de febrero (ECLI:ES:TS:2012:1450). La STS 5230/2007 de 12 de julio (ECLI:ES:TS:2007:5230), consideró asimismo como un evidente supuesto de mala praxis el error de diagnóstico que llevó a confundir un infarto con dolores propios de una úlcera.

[52] Vid. LUNA YERGA, *InDret,* 2/2005, p. 15; RAMOS MATEO, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma,* 2020, n. 41, pp. 58-59; EGUZQUIZA BALMASEDA, en *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños,* t. II, p. 260; GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad civil médica*, pp. 724-725; GALLARDO CASTILLO, *Revista de la Administración Pública*, 2015, n. 45-46,

umbral cabe entender que así es. Entre los pocos autores que se detienen en establecer un porcentaje de probabilidad por debajo del cual no habrá lugar a indemnización, algunos opinan que debe situarse en el 20 %[53], mientras que otros lo elevan al 45 o 50 %[54].

La jurisprudencia administrativa ha afirmado en alguna sentencia que «la posibilidad frustrada» no puede ser una «expectativa general, vaga, meramente especulativa o excepcional»[55], siendo necesario que exista «*una probabilidad causal seria, no desdeñable*, de que un comportamiento distinto en la actuación sanitaria no solo era exigible, sino que podría haber determinado, razonablemente, un desenlace distinto»[56]. Sin embargo, muchas otras sentencias se limitan a afirmar que "*basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño,* aunque no quepa afirmarlo con certeza, para que proceda una indemnización ..."[57]. Ello hace surgir la duda acerca de la probabilidad que sería relevante para considerar que existe deber de indemnizar.

Ninguna de las resoluciones analizadas se pronuncia sobre el grado de probabilidad necesario para que pueda imputarse responsabilidad a la Administración, quizás porque, como ahora se verá, en los supuestos enjuiciados no suelen analizarse las probabilidades concretas de curación o supervivencia que tenía el enfermo en caso de que la atención médica hubiese sido correcta, lo que, por otra parte, dificulta el cálculo de la indemnización.

---

pp. 36-38; ASENSI PALLARÉS/CID-LUNA CLARES, *Revista Cesco,* 8/2013, p. 234; VICANDI MARTÍNEZ, *Revista Derecho y salud*, 25-2, 2015, p. 20; GARCÉS-GARRO RANZ, *Revista de Responsabilidad civil circulación y seguro,* 2014-4, pp. 8-10.

[53] En relación con la pérdida de oportunidad de superviviencia o curación, MOURE GONZÁLEZ, *Revista Derecho y Salud*, 27-1, 2017, p. 70, fija un umbral mínimo del 20 % y otro máximo del 80 % (a partir del cual se consideraría probado el nexo causal) dentro del cual debe operar esta figura. Lo mismo opina GIL MEMBRADO, «Pérdida de oportunidad en responsabilidad sanitaria por falta o deficiencia de información: ¿Un artificio para sortear la causalidad?», en *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en homenaje al prof. Dr Roca Guillamón,* ATAZ LÓPEZ/COBACHO GÓMEZ (dir.), t. I, Thomson-Aranzadi, Navarra 2021, p.1081. Desde una perspectiva general, MEDINA ALCOZ, *La doctrina de la pérdida de oportunidad,* pp. 316-317, estima que no ha lugar a indemnización si la probabilidad es inferior al 15%, y XIOL RÍOS, «El daño moral y la pérdida de oportunidad», *Revista Jurídica de Cataluña,* 2010, p. 20, alude a un umbral mínimo de entre el 15 y el 20%.

[54] Así lo hace SERRA RODRÍGUEZ, *La responsabilidad civil del abogado,* p. 234, si bien se refiere a la pérdida de oportunidad procesal. En el ámbito sanitario, PÉREZ VALLEJO, en *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños,* t. III, p. 1142, considera que el margen de probabilidad en el que entra en juego la pérdida de oportunidad oscila entre el 55% y el 45% y CRESPO MORA, *Responsabilidad civil por negligencia profesional,* ap. III.B, también parece considerar que la oportunidad perdida es seria cuando pueda acreditarse que, de haberse seguido un tratamiento adecuado, la probabilidad de supervivencia era superior al 50%. En el mismo sentido, en relación con la pérdida de oportunidad procesal, III.B.1 y B.2.

[55] Así lo indica STS 1177/2016, de 25 de mayo (ECLI: ES:TS: 2016:2289), en un supuesto en que un menor sufrió daños a consecuencia del sufrimiento fetal producido en el parto debido al retraso en la realización de la cesárea. El TS entendió que se cumplía el mencionado requisito porque podía afirmarse que la cesárea «con un porcentaje de probabilidad muy alto, habría evitado o aminorado la situación de asfixia perinatal y, por ende, las severas complicaciones neurológicas».

[56] STS 1832/2016 de 18 de julio (ECLI:ES: TS: 2016:3819), aunque esta sentencia consideró que no cabía hablar de pérdida de oportunidad porque la actuación médica no podía considerarse deficiente ni había dato alguno que permitiera afirmar que las secuelas del accidente cardiovascular que sufrió el enfermo mientras era tratado de neumonía en el hospital, se habrían evitado por el hecho de haber estado ingresado en la UCI.

[57] Así se afirma en las SSTS 4867/2010 de 23 de septiembre 2010 (ECLI:ES:TS:2010:4867); 1450/2012 de 28 de febrero (ECLI:ES:TS:2012:1450); 4530/2012 de 19 junio (ECLI:ES:TS:2012:4530).

Al respecto conviene recordar que en los casos de pérdida de oportunidad la indemnización no cubre el daño corporal final sino una fracción de éste que debe ser calculada atendiendo al grado de probabilidad de que el mismo se hubiese evitado de haber mediado un comportamiento diligente. Así, muchas de las sentencias de la Sala Tercera que han aplicado esta figura afirman que en tal caso «no es posible atender al principio de la reparación integral del daño»[58] ya que no se indemniza «el fallecimiento» ni el daño o las secuelas padecidas por el enfermo, sino la «pérdida de expectativas o posibilidades»[59].

En cuanto a los criterios a tener en cuenta para valorar tal daño, en numerosas sentencias afirma el TS que en el supuesto que analizamos han de tenerse en cuenta dos elementos: el grado de probabilidad de que la actuación médica omitida hubiera producido un efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste último[60]. Se dice también que la indemnización debe guardar relación con las oportunidades de curación[61] o que debe reducirse su montante en razón de la probabilidad de que el daño se hubiese producido igualmente, de haberse actuado diligentemente[62].

Sin embargo, pese a declaraciones de principio en este sentido, no parece que esta regla se aplique con rigor en la práctica. Como se ha anticipado, lo cierto es que en las sentencias analizadas no se suele entrar a realizar ese cálculo de probabilidades. A pesar de que en el ámbito médico suelen existir datos estadísticos suficientes acerca del pronóstico y evolución de las distintas enfermedades que podrían ser tomados en consideración por los tribunales para aplicar

---

[58] Así lo indica la STS 462/2018 de 20 de marzo (ECLI:ES:TS:2018:1096), que añade que «con la doctrina de la pérdida de oportunidad dicha indemnización es solo parcial por falta de probabilidad suficiente para tener por cierto el nexo causal» (FJ 11º). Afirman también que no se indemniza «por la totalidad de los daños sufridos» las SSTS 4867/2010 de 23 septiembre (ECLI:ES:TS:2010:4867); 4530/2012 de 19 de junio (ECLI: ES:TS:2012:4530); 1177/2016, de 25 de mayo (ECLI:ES:TS: 2016:2289).

[59] Cfr. STS 407/2020 de 14 de mayo (ECLI: ES:TS:2020:1062) -que adopta claramente la perspectiva de la pérdida de oportunidad como un daño autónomo al indicar que «no es el fallecimiento en sí mismo, sino la pérdida de expectativas, en este caso, de supervivencia, el daño causalmente imputable al servicio público sanitario»- y SSTS 3890/2008 de 7 de julio (ECLI:ES:TS:2008:3890); 5230/2007 de 12 de julio (ECLI:ES:TS:2007:5230); 3160/2008 de 26 de junio (ECLI:ES:TS:2008:3160); 3/2012 de 2 de enero (ECLI:ES:TS:2012:3), que parecen igualmente considerar la pérdida de oportunidad como un daño distinto del daño final.

[60] Son numerosas las sentencias que afirman que en la pérdida de oportunidad entran en juego, a la hora de valorar el daño, «dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son, *el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido ese efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo*» SSTS 7060/2011 de 19 de octubre (ECLI:ES:TS:760:2011); 4530/2012 de 19 junio (ECLI:ES:TS:2012:4530); 3637/2012 de 22 de mayo (ECLI:ES:TS:2012:3637); 8508/2012 de 3 de diciembre (ECLI:ES:TS:2012:8508); 5640/2015 de 21 de diciembre (ECLI:ES:TS:2015:5640); 1177/2016, de 25 de mayo (ECLI:ES:TS:2016:2289).

[61] Así se indica en las SSTS 4530/2012 de 19 de junio (ECLI:ES:TS:2012:4530); 78278/2012 de 27 de noviembre (ECLI:ES:TS:2012:7878); 5640/2015 de 21 de diciembre (ECLI: ES:TS:2015:5640) y en la STS 462/2018 de 20 de marzo (ECLI.:ES:TS:2018:1096,) que afirman que «la información acerca de las posibilidades reales de curación constituye elemento sustancial en la doctrina denominada pérdida de oportunidad por lo que la suma debe atemperarse a su existencia o no». Asimismo, diversas sentencias observan también que la indemnización se ha de reconocer «*en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad*» [SSTS 4867/2010 de 23 de septiembre (ECLI:ES:TS 2010:4867); 4530/2012 de 19 de junio (ECLI:ES:TS:2012:4530); 78278/2012 de 27 de noviembre (ECLI:ES:TS:2012:7878)].

[62] SSTS 5922/2011 de 27 de septiembre (ECLI:ES:TS: 2011:5922); 3/2012 de 2 de enero 2012 (ECLI:ES:TS: 2012:3); 78278/2012 de 27 de noviembre (ECLI:ES:TS:2012:7878).

el correspondiente porcentaje sobre el perjuicio final[63] (que suele calcularse conforme al baremo de indemnizaciones en accidentes de circulación), salvo en contadas excepciones[64], la mayoría de las sentencias se limitan a hacer una valoración discrecional del daño, tomando en consideración datos como la edad del perjudicado o la entidad de las lesiones sufridas[65], o bien dicen atender a las probabilidades, más o menos altas, de que el resultado se hubiese podido evitar de haberse detectado y/o tratado correcta y oportunamente la enfermedad, pero sin cuantificarlas expresamente ni tener en cuenta datos estadísticos.

Así, mientras que la STS 1177/2016 de 25 de mayo (ECLI:ES:TS:2016:2289) parece considerar que un *porcentaje de probabilidad «muy alto»* de haber evitado o aminorado las secuelas padecidas por el menor como consecuencia del retraso en la práctica de la cesárea, equivale a un 50 %[66], la STS 4530/2012 de 19 de junio (ECLI:ES:TS:2012:4530) aplica ese mismo porcentaje del 50 % para

---

[63] A diferencia de lo que sucede cuando se trata de la «pérdida de oportunidad procesal», en la que el grado de probabilidad de obtención del resultado favorable de no haber mediado el comportamiento negligente del demandado se valora mediante el método del denominado «juicio dentro del juicio», que, como indica la STS 50/2020 de 22 de enero (ECLI:ES:TS:2020:99), obliga al juez a «urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción» (SERRA RODRÍGUEZ, *La responsabilidad civil del abogado,* pp. 310 ss.; ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, *Actualidad Civil,* n. 9, septiempre 2014, p. 4; OLIVA BLÁZQUEZ, en *La modernización del contrato de servicios,* p. 313; CRESPO MORA, *Responsabilidad civil por negligencia profesional,* ap. IV.B.1 y B.3) en el ámbito médico bastaría con contar con informes médicos o forenses que reflejaran la probabilidad estadísticamente acreditada.

[64] La STS 78278/2012 de 27 de noviembre (ECLI:ES:TS:2012:7878), confirmó la sentencia recurrida, que redujo en un 50 % la indemnización solicitada por la madre de un recién nacido que sufrió secuelas al nacer, atendiendo a lo establecido en el informe pericial que mantenía que un tratamiento oportuno de la preeclampsia padecida por la demandante durante el embarazo habría reducido el riesgo de secuelas para su hijo recién nacido en un 50 %. Por su parte, la STS 3935/2015 de 25 de septiembre (ECLI:ES:TS:2015:3935), en relación con la demora en el traslado de un preso que había sufrido un ictus a un hospital, tuvo en cuenta un informe que establecía que las probabilidades de merma de las secuelas con un tratamiento más rápido eran de aproximadamente un 33 % por lo que redujo la indemnización a 1/3 de lo calculado conforme al baremo.

[65] Así, la STS 5922/2011 de 27 de septiembre (ECLI:ES:TS:2011:5922), en un supuesto de retraso en el diagnóstico de un carcinoma de pulmón que provocó el fallecimiento del paciente, otorgó a la viuda una indemnización de 30.000 euros atendiendo a la edad de la víctima y la indemnización solicitada por la demandante (de 160.000 euros). La STS 7060/2011 de 19 de octubre (ECLI:ES:TS:2011:7060), también relativa a un retraso en el diagnóstico, confirma la indemnización acordada por la resolución recurrida (de 12.000 euros) teniendo en cuenta la edad del paciente y las secuelas padecidas. La sentencia incide en la dificultad en la que se encontraba el juzgador de instancia, que no contaba con datos concretos que sirvieran de base para el cálculo de la indemnización, estimando suficiente la motivación aportada. La STS 3160/2008 de 26 de junio (ECLI: ES:TS:2008:3160), otorgó al recurrente (al que se le pautó una terapia sin suministrarle la medicación indicada para minimizar los posibles efectos secundarios) una indemnización de 30.000 euros -frente a los 150.253 solicitados- atendiendo a la «edad y profesión del actor». La STS 5230/2007 de 12 de julio (ECLI:ES:TS:5230/2007), en relación con un error de diagnóstico, que no detectó el infarto que sufría la víctima, fija la indemnización otorgada a la esposa e hijas tomando en consideración, curiosamente, no las circunstancias del fallecido, sino la edad de la recurrente y sus responsabilidades familiares (les otorga una indemnización de 120.202,42 euros frente a los 300.506,05 reclamados). Alguna otra decisión, como la STS 3463/2010 de 25 de junio (ECLI:ES:TS:2010;3463), relativa a la falta de información sobre la necesidad de vacunar a una menor que contrajo la meningitis, dice atender a la valoración de la prueba en su conjunto y las circunstancias referidas a la perjudicada, como su corta edad, para fijar una indemnización de 800.000 euros (que equivale aproximadamente a la mitad de lo solicitado, que fue 1.617.266 euros).

[66] La indemnización acordada por el TS es algo inferior a la mitad de la solicitada por la actora, pero ello parece deberse a que el TS consideró ciertos conceptos (adaptación del vehículo y la vivienda) como no indemnizables.

También alude a una «*alta probabilidad*» de que el resultado de gran invalidez padecido por el demandante -un preso que no fue trasladado oportunamente al hospital- no hubiese llegado a producirse, la STS 169/2018 de 6 de febrero (ECLI:ES:TS:2018:352). Sin embargo, en este caso se fija una indemnización de 500.000 euros, que se corresponde con un 38% de lo solicitado (1.314.393,40).

rebajar la indemnización otorgada a la esposa del fallecido –a quien no se detectó el agravamiento de la enfermedad cardiovascular que padecía- aduciendo que las *posibilidades de curación de la víctima eran «pocas»*. Más coherente es el criterio empleado en la STS 733/2017 de 28 de abril (ECLI:ES:TS:2017:1711) que, teniendo en cuenta la «limitada aportación causal» de la actuación médica -lo que presupone, igualmente *pocas* posibilidades de curación- confirma la indemnización acordada en la sentencia recurrida, que ascendió a algo más del 10 % de lo solicitado[67]. Sin embargo, contrasta en cierta medida con el criterio mantenido en la STS 5714/2007 de 4 de julio (ECLI:ES:TS: 2007:5174), que confirma la indemnización acordada por la sentencia recurrida, que, pese a estimar que los porcentajes de éxito de la operación omitida eran «*muy bajos*», acordó una cuantía de aproximadamente 1/3 de lo que habría correspondido[68]. En otros casos, teniendo en cuenta que las posibilidades *no eran escasas* -de lo que hay que deducir que tampoco eran altas y estaban, por tanto, *en un rango intermedio*- se han otorgado indemnizaciones de un 16,6 % de lo solicitado –STS 5640/2015 (ECLI:ES:TS:2015:5640)[69]- o incluso de un 8,7 % -STS 3637/2012 de 22 mayo (ECLI:ES:TS:2012:3637)[70]- .

Como puede apreciarse, la situación resulta ser bastante contradictoria, pues, a falta de datos estadísticos[71] (lo que puede deberse a que, por lo general no es el demandante quien invoca la doctrina de la pérdida de oportunidad, sino el juzgador cuando, una vez analizadas las pruebas, no considera acreditada la relación causal entre la atención médica dispensada y los perjuicios sufridos por la víctima) lo que los tribunales consideran en cada caso como un grado de probabilidad escaso, medio o elevado, fluctúa considerablemente. Además, a tenor de alguno de los porcentajes señalados, resulta evidente que se indemniza al paciente incluso en supuestos en que parece entenderse que las probabilidades de mejoría o curación, de haberse actuado diligentemente, no llegan siquiera al 20 %. Así, además de las resoluciones ya señaladas, cabe

---

[67] La sentencia recurrida había otorgado una indemnización de 100.000 euros frente a los 920.511,12 euros solicitados conforme al baremo.

[68] Se otorgó al demandante una indemnización de 50.000 euros cuando, de acuerdo con el baremo, le habría correspondido 155.904 euros.

[69] La resolución impugnada, en un supuesto de retraso en el diagnóstico y tratamiento de la afección padecida por el enfermo, le otorgó una indemnización de 35.000 euros frente a los 900.000 solicitados. El TS consideró que la indemnización era insuficiente, y tras observar que la sentencia recurrida no decía nada sobre el grado de probabilidad tenido en cuenta, afirma que *no era razonable entender que fuera escaso, ni mucho menos nimio, el grado de probabilidad* de que la actuación omitida hubiese producido un efecto beneficioso, ni tampoco el alcance de tal efecto beneficioso (FJ 4), por lo que aumentó la indemnización a 150.000 euros.

[70] En este caso, en el que al paciente no se le diagnosticó oportunamente el tumor en la columna que padecía y que le provocó paraplejia, la sentencia recurrida le había otorgado una indemnización de 30.000 euros en concepto de daño moral. El TS entendió que, dado que no existía certeza de que una actuación médica correcta hubiese evitado el daño, debía aplicarse la teoría de la pérdida de oportunidad. Aumentó la indemnización a 150.000 euros, argumentando, simplemente, que no parece que «fueran escasos, ni el grado de probabilidad de que la actuación médica omitida hubiera producido un efecto beneficioso en el estado final del paciente, ni tampoco el grado, entidad o alcance de este hipotético efecto favorable». Sin embargo, si se tiene en cuenta que la indemnización solicitada por el recurrente ascendía a 1.716.890,73 euros, es evidente que el porcentaje aplicado es bastante bajo.

[71] No obstante, también hay algún caso en el que, pese aludirse a las probabilidades estadísticas que habría tenido el paciente de haber sido tratado oportunamente, se obvia tal porcentaje a la hora de calcular la indemnización. Así, la STS 3890/2008 de 7 de julio (ECLI:ES:TS:2008:3890) -relativa a un supuesto en que se dilató el traslado del paciente, que había sufrido un accidente de buceo, a una cámara hiperbárica- pese a afirmar que se había hurtado al paciente «la eventualidad de pertenecer al 71,5 % de los lesionados que, tratados en plazo idóneo, se recuperan globalmente», prescinde de ese porcentaje y cifra la indemnización en 90.000 euros (frente a los 621.133,21 euros solicitados), aduciendo que tal cantidad resultaba adecuada atendiendo a la edad del paciente, su profesión y las lesiones padecidas.

citar la STS 462/2018 de 20 de marzo (ECLI:ES:TS:2018:1096), que, al rechazar el recurso de la demandante impugnando la indemnización concedida -que ascendió a solo un 5 % de lo establecido en el informe de daños[72]-, pone de manifiesto que la Sala debió situar «en términos remotos» (vid. FJ 9) el grado de probabilidad de que una actuación médica más temprana hubiese mejorado su situación.

Frente a ello, encontramos también alguna sentencia que aplica la doctrina de la pérdida de oportunidad en supuestos en que posiblemente debería tenerse por cierto el nexo causal[73]. Así ocurre en la STS 1100/2020, de 14 de mayo (ECLI:ES:TS:2020:1062), que, en un supuesto de retraso en la práctica de una intervención quirúrgica (el enfermo falleció antes de ser intervenido), tiene en cuenta que la probabilidad de supervivencia de haberse llevado a cabo a tiempo la intervención era de un 85 %, y aplica ese porcentaje para reducir la indemnización[74]. Bien es cierto que, en este caso, a diferencia de lo que sucede habitualmente, fue la propia demandante la que invocó la doctrina de la pérdida de oportunidad. Pero parece evidente que con planteamientos de este tipo se corre el riesgo de aplicar las reglas de la «responsabilidad proporcional» a supuestos en que realmente no existe incertidumbre causal, con el fin de disminuir el montante de la posible indemnización.

De lo expuesto se desprende que la jurisprudencia administrativa, además de realizar una aplicación poco rigurosa de la figura de la pérdida de oportunidad en lo que respecta a la cuantificación del perjuicio resarcible, considera indemnizable el daño en supuestos en que la incidencia causal del error o retraso en el diagnóstico/tratamiento en la salud del paciente es muy escasa, casi nimia, lo que parece contrario a la opinión de la doctrina dominante.

A mi juicio, una correcta aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad (entendida aquí como un supuesto de responsabilidad proporcional) exigiría concretar claramente por los tribunales, en cada caso, en qué porcentaje de probabilidad se estima que la conducta del demandado ha podido causar el daño para, a continuación, aplicar ese porcentaje a la indemnización, cosa que, como se ha visto, se hace en pocas ocasiones. Por lo que respecta al establecimiento de un umbral mínimo de probabilidad para declarar responsable al médico negligente, creo que la naturaleza los daños sufridos por la víctima –que afectan a su integridad corporal y su salud- puede justificar que exista en este caso deber de indemnizar, aunque la probabilidad de que el comportamiento negligente lo haya causado sea escasa[75]. Creo, en este sentido, que difícilmente puede fijarse un límite mínimo adecuado para los distintos tipos de

---

[72] La paciente aducía que el retraso en el diagnóstico de la patología cerebral que padecía era la causa de las secuelas resultantes. La resolución impugnada le otorgó una indemnización de 40.000 euros -frente a los 838.866,72 euros en que se valoraban los perjuicios en el informe de daños- atendiendo al grado de probabilidad (que no concretó) de que se hubiese obtenido el mismo resultado con una actuación médica más temprana.

[73]Téngase en cuenta que en el Derecho continental el nivel de probabilidad necesario para considerar probada la relación causal se sitúa en torno al 80%. MEDINA ALCOZ, *La teoría de la pérdida de oportunidad,* pp. 283-285; ASÚA GONZÁLEZ, *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria,* p. 27; MARTÍN CASALS, *Cuestiones actuales en materia de Responsabilidad civil,* pp. 45-46.

[74] Vid. ASÚA GONZÁLEZ, en *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños*, pp. 451, 465.

[75] Siguiendo lo establecido en los Principios de Derecho europeo de la Responsabilidad Civil (arts. 2:102) cabe pensar que la vida y la integridad física y psíquica gozan de la más amplia protección, mientras que la protección de intereses puramente patrimoniales o de relaciones contractuales puede tener un alcance más limitado.Vid. EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principios de Derecho europeo de la Responsabilidad Civil,* traducción a cargo de la REDPEC, coord. por MARTÍN CASALS, Thomson-Aranzadi, 2008, pp. 63 ss.

casos en los que puede operar la figura de «pérdida de oportunidad». En la hipótesis de pérdida de oportunidad procesal o de pérdida de la posibilidad de obtener ciertas ganancias aleatorias, tiene sentido establecer un umbral relativamente alto (v. gr. 40 o 50 %) para que la pérdida de esa expectativa se considere un «activo» patrimonial que dé derecho a indemnización. Pero posiblemente no debe llegarse a la misma conclusión cuando se trata de daños corporales o de la muerte de un individuo que han sido causados *probablemente*, pero sin que exista grado suficiente de certeza, por el profesional demandado. En tal caso parece más fácil aceptar que exista deber de indemnizar, aunque sea escasa la probabilidad de que la negligencia médica haya sido la causa del daño[76].

La naturaleza de los bienes e intereses lesionados hace además que sea extremadamente complicado fijar un umbral mínimo de probabilidad a partir del cual la víctima tenga derecho a obtener indemnización. Quizás lo más conveniente –al menos en términos de justicia material- sea determinar, caso por caso, lo que en función de las circunstancias se considera una «probabilidad seria», apreciación judicial en la que seguramente influye, a tenor de la jurisprudencia analizada, la entidad de las lesiones padecidas por la víctima en relación con sus circunstancias personales.

2.2. La pérdida de oportunidad terapéutica en la jurisprudencia de la Sala Civil

La doctrina de la pérdida de oportunidad fue mencionada por primera vez por la Sala Civil del TS en la conocida STS 5788/1998 de 10 de octubre (ECLI:ES:TS:1998:5788), relativa al fracaso de un implante de mano debido al descuido de la enfermera que debía vigilar la conservación del miembro amputado[77]. Más recientemente ha sido examinada con mayor detenimiento por la STS 105/2019 de 12 de febrero (ECLI:ES:TS:2019:576) en un supuesto que no es propiamente de responsabilidad médica[78]. No es frecuente, sin embargo, a diferencia de lo que sucede en la jurisdicción contencioso-administrativa, que los tribunales civiles recurran a esta figura en los casos de error o retraso en el diagnóstico. La mayoría de las sentencias de la Sala Primera sobre

[76] No obstante, también podría argüirse que en los casos en que la probabilidad de curación o mejoría del enfermo frustrada por la negligenca médica era muy escasa, lo que indemnizan en realidad los tribunales bajo la cobertura de la «pérdida de oportunidad» no es más que un daño moral.

[77] Un trabajador sufrió un accidente laboral que le ocasionó la amputación de una mano. La mano fue introducida en una caja con hielo sintético en lugar de hielo natural por un compañero, sin que la enfermera que atendió a la víctima comprobara que el hielo era el adecuado. Ello ocasionó la frustración del implante, pero, dado que el éxito de la operación no estaba en ningún caso asegurado, el TS afirmó que lo que se podía imputar al comportamiento negligente de la enfermera era solo la «pérdida de una expectativa». El TS no entró a valorar en esta sentencia qué consecuencias tenía tal planteamiento ni cómo debía calcularse la indemnización. Se limitó a fijar una indemnización de 1.500.000 pts. en lugar de los 20 millones solicitados por el demandante.

[78] Un bebé se atragantó al ser alimentado en una guardería. El personal de la misma le practicó maniobras de reanimación en lugar de llevarlo directamente al hospital como exigía el protocolo en casos similares, protocolo con el que no contaba el centro en cuestión. El TS, que casó la sentencia recurrida, consideró que la ausencia de protocolos para abordar una situación como la suscitada constituía un comportamiento claramente negligente por parte de la directora del centro –que fue demandado junto con aquélla y su compañía de seguros-. No obstante, al no existir certeza acerca de que el traslado al hospital hubiera salvado la vida del bebé, acude a la figura de la pérdida de oportunidad, que, según dice, «se ubica en el ámbito de la causalidad material o física, como medio de (sic.) la incertidumbre sobre ella y con la consecuencia de reducción proporcional de la indemnización". Pese a que la resolución comentada afirma que la indemnización «debe calcularse en función de la probabilidad de oportunidad perdida o ventaja frustrada», al no constar en el supuesto analizado prueba del grado concreto de probabilidad de que el bebé hubiera podido salvarse si hubiera sido llevado inmediatamente al centro hospitalario, fija la indemnización en 60.000 euros por ser la suma asegurada.

esta cuestión se ocupan de determinar cuándo tal comportamiento puede ser considerado negligente –pues no todo error de diagnóstico debe calificarse como tal[79]- pero no suelen entrar a analizar el problema del nexo causal, dando por sentado, por lo general, en los casos en que se aprecia negligencia, que también hay relación causal[80]. Como ejemplos de la aplicación de esta doctrina se mencionan las STS 463/2007 de 6 de febrero (ECLI:ES:TS:2007:463) y 423/2007 de 17 de abril (ECLI:ES:TS:2007:2561). La primera de ellas se limita a confirmar la sentencia recurrida, que, en relación con la falta de detección de la lesión que obligó a amputar la pierta al paciente, condenó al médico demandado y al servicio gallego de salud por entender que la no realización de la arteriografía médicamente indicada había «*privado al paciente de las posibilidades* que tenía de viabilidad de la extremidad inferior izquierda». El médico demandado interpuso recurso de casación aduciendo que no había habido negligencia ni se había probado la relación causal. El TS se limitó a afirmar que en el asunto enjuiciado existía culpa y nexo causal «entre la acción y omisión y el quebranto ocasionado»[81]. Por lo que respecta a la segunda decisión, relativa también a la omisión de una arteriografía que habría podido detectar la disección de la aorta sufrida por el paciente, el TS confirma la sentencia recurrida que, si bien afirmó que tal omisión privó al paciente de *una expectativa* (la de que una posible intervención quirúrgica tuviese éxito, cifrándose tales posibilidades en un porcentaje no superior al 20 %), la valoró como *daño moral* (vid. FJ 1, *in fine*). Es dudoso, por tanto, que dichas resoluciones puedan considerarse realmente representativas del acogimiento de la doctrina de la pérdida de oportunidad en este ámbito.

Entre las resoluciones de Audiencias Provinciales sí encontramos algunas que aplican la doctrina de la pérdida de oportunidad en casos de error o retraso en el diagnóstico. Significativa resulta la SAP Tarragona 502/2021 de 28 octubre (ECLI:ES:APT:2021:1696), relativa a una infección bacteriana que se diagnosticó y trató errónea y negligentemente como vírica, dando lugar a una sepsis que provocó la muerte de la paciente. En este caso fue el demandante, hijo de la fallecida, quien adujo que la actuación negligente de las facultativas supuso una «pérdida de oportunidad terapéutica» para su madre. La AP, aceptando que con un tratamiento antibiótico la paciente habría tenido una posibilidad razonable de salvar la vida, se remite a doctrina vertida por la Sala Tercera del TS para indicar que el «cálculo de la indemnización se efectúa atendiendo al porcentaje estadístico de probabilidades de curación si el interesado hubiera sido tratado correctamente». Dado que se consideró probado que la tasa de mortalidad en pacientes con sepsis no severa era del 16 % redujo en ese porcentaje (esto es, al 84 %) la indemnización fijada según el baremo. También relevante es la SAP Madrid 99/2018 de 5 de marzo (ECLI: ES:APM:2018:6072). En este caso se diagnosticó erróneamente gastroenteritis a una mujer que padecía un ictus. La sentencia estima que el error fue negligente pero considera no acreditado que un adecuado diagnóstico hubiese podido evitar las secuelas padecidas por la víctima. Ante tal situación recurre a la figura de la pérdida de oportunidad, y, tomando en consideración,

[79] El TS viene afirmando que solo el diagnóstico incorrecto consecuencia de la omisión de las pruebas exigibles en atención a las circunstancias del paciente y el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad pueden servir de base para declarar la responsabilidad. Vid., entre otras, STS 680/2023 de 8 de mayo (ECLI:ES:TS:2023:50); 112/2018 de 6 de marzo (ECLI:ES:TS:2018:724); 33/2015 de 18 de febrero (ECLI:ES:TS: 2015:434); 679/2010 de 10 de diciembre (ECLI:ES:TS:2010:6690); 415/2007 de 16 de abril (ECLI:ES:TS:2007:4237), etc.

[80] Vid., por ejemplo, SSTS 679/2010, Civil, de 10 de diciembre (ECLI:ES:TS:2010:6690 y 33/2015, Civil, de 18 de febrero (ECLI:ES:TS: 2015:434) que parecen dar por sentada la existencia de relación causal entre el error médico y el daño.

[81] Y añade que «para la presencia de la relación causal, basta la certidumbre manifiesta de que el conjunto de las circunstancias antes reseñadas ha repercutido en el daño sufrido».

nuevamente, la doctrina de la Sala Tercera, afirma que para valorar el daño hay que tener en cuenta el *grado de probabilidad* de que la actuación médica hubiese producido un efecto beneficioso y el grado, entidad o alcance de éste. A la vista de ello, y teniendo en cuenta los datos de mortalidad y secuelas del ictus calcula que el porcentaje aplicable es del 25 % reduciendo, por tanto, a la cuarta parte el montante de la indemnización reclamada[82].

Estas dos sentencias se basan en la jurisprudencia de la Sala Tercera y realizan, desde mi punto de vista, una correcta aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad, pues en ambos supuestos, en los que se considera acreditada la negligencia del demandado, se parte de un supuesto de incertidumbre causal. Para resolverlo se hace responder al facultativo teniendo en cuenta la probabilidad de que el comportamiento del demandado haya causado el daño y para ello se basan en datos estadísticos sobre el pronóstico y evolución de la enfermedad en cuestión. Ahora bien, mientras que en el primer caso la probabilidad de curación del enfermo en caso de no haber existido negligencia era bastante alta[83], en el segundo caso era más bien escasa, lo que no impidió, sin embargo, que se otorgara la correspondiente indemnización.

3. La reparación del daño derivado de la falta de información médica. ¿Aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad?

Como se sabe, toda intervención médica requiere el previo consentimiento «informado» del paciente (art. 2,2 y 8,1 Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica), consentimiento que constituye una manifestación del derecho de autodeterminación de aquél y que, por su relación con los arts. 15 y 10,1 CE, suele ser considerado como un derecho fundamental[84]. Para que el paciente pueda valorar «las opciones propias del caso» (art. 8.1 Ley 41/2002), y, por tanto, decidir si acepta o rechaza el tratamiento o intervención, es necesario que sea informado previamente, al menos, sobre su naturaleza, riesgos y consecuencias (art. 4,1 Ley 41/2002). La información relativa a los riesgos del tratamiento recae sobre los denominados «riesgos típicos», que son aquellos inherentes al tratamiento o intervención[85], y que son, por tanto, previsibles, con independencia de su mayor o menor frecuencia estadística. La finalidad de esta información es clara, pues, dado que casi toda actuación sanitaria conlleva riesgos que forman parte de la esfera de actividad médica, debe darse al paciente la opción de rechazar la intervención si no quiere asumirlos voluntariamente[86].

---

[82] Se dice en la sentencia que, según el informe pericial, el 12% de los pacientes fallecen antes de llegar al hospital, el 45% de los pacientes fallece en los primeros 30 días y el 50% de los supervivientes queda con algún tipo de secuela irreversible.

[83] En realidad, si el porcentaje de curación era del 84 % quizás podría haberse considerado probado el nexo causal. Adviértase, no obstante, que fue el demandante el que invocó la doctrina de la pérdida de la oportunidad.

[84] Cfr. STS, Civil, 3/2001 de 12 de enero (ECLI:ES:TS:2001:7412); STC 37/2011 de 28 de marzo. Por todos, vid. GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad civil médica,* 8ª ed, Cívitas-Thomson, 2022, pp. 825 ss.

[85] Por riesgos inherentes al tratamiento se entiende aquéllos que, conforme a la experiencia y el estado de la ciencia, están directamente relacionados con el tratamiento o intervención de que se trate. Cfr. art. 10 Ley 41/2002. Sobre ello vid. GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad civil médica,* pp. 906 ss.; MACÍA MORILLO, en *Derecho de daños 2020,* pp. 549, 550.

[86] Por ello cabe entender, como observa MACÍA MORILLO, en *Derecho de daños 2020,* p. 547, que dicha información tiene como fin proteger la salud e integridad física del paciente, que puede adoptar la decisión que le permita protegerla de la manera que le resulte más aceptable o menos gravosa.

La cuestión es ¿qué sucede cuando el médico no informa o no informa adecuadamente al paciente sobre los riesgos del tratamiento? No hay duda de que este comportamiento constituye una infracción de la *lex artis*. Más dudas ofrece, sin embargo, la determinación del daño resarcible. De un lado, nos encontramos con lesiones corporales consecuencia de la materialización del riesgo del que no se informó. La reparación de este daño, como ya se avanzó, presenta algunos problemas ligados a la causalidad. De otro, cabe pensar en la existencia de un daño moral provocado por el incumplimiento del deber de información, independiente del daño corporal referido. La Sala 3ª del TS viene entendiendo que en el supuesto que analizamos procede indemnizar el daño moral derivado de la lesión del derecho de autodeterminación del paciente. La Sala civil, sin embargo, no mantiene un criterio uniforme al respecto y existen resoluciones de todo tipo, algunas de las cuales aluden a la figura de la «pérdida de oportunidad». Veámoslo a continuación.

3.1. El daño moral derivado del incumplimiento del deber de información

Parte de la doctrina[87] y, fundamentalmente, la Sala 3ª del TS, estima que el incumplimiento de deberes de información o (según una expresión usual aunque, desde mi punto de vista, inexacta) la falta de «consentimiento informado»[88] lesiona del derecho de autodeterminación del paciente «al impedirle elegir con conocimiento, y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias,

[87] Vid. RIBOT IGUALADA, *Revista de Derecho Privado,* 2007, pp. 51 ss. PARRA SEPÚLVEDA, *La responsabilidad civil del médico en la medicina curativa,* tesis doctoral Uc3m, 2014 (https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19232), pp. 198 ss., 377 ss.; ASÚA GONZÁLEZ, «Infracción de deberes de información y obligación de indemnizar en el ámbito sanitario», *Revista Cesco de Derecho de Consumo,* n. 8/2013, pp. 147 ss. CADENAS OSUNA, *El consentimiento informado y la responsabilidad médica,* pp. 346 ss. MACÍA MORILLO, en *Derecho de Daños 2020*, pp. 581 ss.

[88] Conviene advertir que en muchos casos la Sala Tercera del TS habla de «falta de consentimiento informado» no porque no haya habido consentimiento al tratamiento o intervención -que sí lo ha habido, aunque sea tácito o verbal- sino porque no existe «documento de consentimiento informado» describiendo los riesgos relativos al acto médico (recuérdese que el art. 8,2 de la Ley 41/2002 exige que el consentimiento se preste por escrito en los casos de operaciones quirúrgicas y procedimientos diagnósticos invasivos). Aunque la falta de documentación no determina la invalidez del consentimiento, la carga de la prueba de que se ha informado correctamente al paciente le corresponde al demandado [cfr., SSTS, Sala contencioso-administrativa, 2750/2000 de 4 de abril (ECLI:ES:TS: 2000:2750); 2506/2005 de 24 de abril (ECLI:ES:TS: 2005:506); 6460/2007 de 10 de octubre (ECLI:ES:TS:2007:6360); 2049/2010 de 4 de mayo (ECLI:ES:TS: 2010:2049); 27401/2012 de 20 de noviembre (ECLI:ES:TS:2012:7401); 664/2018 de 24 de abril (ECLI:ES:TS:2018:1545). En similar sentido se pronuncia la Sala civil del TS, SS. 416/2001 de 27 de abril (ECLI:ES:TS: 2001:3429); 5424/2003 de 8 de septiembre (ECLI:ES:TS:2003:5424); 721/2005 de 29 de septiembre (ECLI:ES:TS:2005:5675); 759/2007 de 29 de junio (ECLI:ES:TS:2007:4472); 4767/2008 de 29 de julio (ECLI:ES:TS:2008:4767); 2/2009 de 21 de enero, ECLI:ES:TS:2009:68). Es por ello que, en tales casos, si no puede probarse de otro modo que se informó al paciente de los riesgos del tratamiento, se entiende incumplido el deber de información.

En mi opinión la expresión «falta de consentimiento informado» debería reservarse para los supuestos en los que no hay consentimiento, pues no es lo mismo prescindir del consentimiento del paciente que obtener su consentimiento pero sobre la base de información insuficiente o incompleta. Vid. la distinción que realiza, RIBOT IGUALADA, *Revista de Derecho Privado,* 2007, pp. 55 ss. También distingue ambos supuestos PANTALEÓN DÍAZ, «Ausencia de consentimiento, defecto de información y responsabilidad médica: perspectivas penal y civil (1)», *Diario La Ley,* 2018, nº 9277, p. 4 ss. (versión smarteca).

entre las diversas opciones vitales que se le presentan» lo que ocasiona un daño moral[89], pues supone privar al paciente de la capacidad de decidir fundadamente[90].

La mayoría de las sentencias de la Sala 3ª consideran indemnizable solo el daño moral, excluyendo el daño corporal provocado por la actuación médica[91], aunque algunas resoluciones, para calcular el valor de ese daño moral, tienen en cuenta las secuelas padecidas por el paciente[92].

En cualquier caso, concebido el daño resarcible como el perjuicio moral consecuencia de la lesión del derecho de autodeterminación del paciente, es claro que no se plantean problemas en materia de nexo causal. El problema que presenta esta postura, a mi juicio, es que, en teoría, en la medida en que la lesión del derecho de autodeterminación del paciente es consecuencia de su imposibilidad para decidir adecuada y reflexivamente al no contar con toda la información relevante, puede generar un daño moral en todo caso, incluso en los supuestos en que los riesgos

---

[89] Esta afirmación aparece como cláusula de estilo en diversas sentencias de la Sala Tercera. Así: SSTS 2316/2015 de 26 mayo (ECLI:ES:TS:2015:2316); 6816/2012 de 2 de octubre (ECLI:ES:TS:2012:6186); 7401/2012 de 20 de noviembre (ECLI:ES:TS:2012/7401); 6394/2011 de 30 de septiembre (ECLI:ES:TS:2011:6394); 6944/2011 de 2 de noviembre (ECLI:ES:TS:2011:6944). En otras de la misma Sala Tercera se indica que la falta de información supone privar al paciente de la «oportunidad de optar por el sometimiento o no a la intervención, y en su caso, aquella modalidad que entienda asumible» lo que ocasiona igualmente un daño moral [STS 140/2021 de 4 de febrero 2021 (ECLI:ES:TS:2021:550)], que le impide «decidir libremente» [STS 7734/2009, de 4 de diciembre (ECLI:ES:TS:2009:7734)], o que supone la sustracción de su capacidad para decidir [STS 5928/2010 de 12 de noviembre (ECLI:ES:TS:2010:5928)]. En este sentido, la STS 6159/2012, Contencioso-Administrativo, de 9 de octubre (ECLI:ES:TS:2012:6519) afirma que el incumplimiento del deber de información implica la «pérdida de oportunidad del paciente para decidir». Adviértase que se alude aquí a la pérdida de oportunidad en sentido impropio, pues lo que se resarce es el daño moral derivado de la imposibilidad de decidir con conocimiento de causa. De hecho, siguiendo con las sentencias de la Sala Tercera, la STS 6254/2009 de 30 de septiembre (ECLI:ES:TS:2009:6254), en un supuesto en que la resolución recurrida fundó la indemnización en la «pérdida de oportunidad» derivada de la falta de advertencia de los riesgos de la operación, advierte que no se está, propiamente, ante un caso de pérdida de oportunidad, sino ante un daño moral, consecuencia de haber impedido al paciente «tomar la decisión que en uso de su autonomía y dignidad personal considerase más oportuna». La STS 2506/2005, Contencioso-Administrativo, de 25 de abril (ECLI:ES:TS:2004:2506), alude simplemente al daño moral derivado de la falta de información, al igual que la STS 664/2018, Contencioso-Administrativo, de 24 de abril (ECLI:ES:TS:2018:1545), que sostiene que sólo es resarcible el daño moral ocasionado por el incumplimiento del deber de informar.

[90] STS, Contencioso-Administrativo, 140/2021 de 4 de febrero (ECLI:ES:TS 2021:550).

[91] Entre las sentencias de la Sala Tercera, observan expresamente que lo indemnizable es exclusivamente el daño moral y no el relativo a las secuelas provocadas por el tratamiento o intervención, las STSS, 664/2018 de 24 de abril (ECLI:ES:TS:2018:1545); 2/2012 de 2 de enero (ECLI:ES:TS:2012:2); 6186/2012 de 2 de noviembre (ECLI:ES:TS:2012:6186). Constituyen, sin embargo, una excepción, las SSTS 2049/2010 de 4 de mayo (ECLI:ES:TS: 2010:2049) y la STS 6847/2005 de 9 noviembre (ECLI:ES:TS:2005:6847), pues en ellas se indemniza el daño corporal final. La primera parece entender que la falta de información trasladó los riesgos de la operación al médico. La segunda, pese a afirmar que la falta de consentimiento informado causó un daño a la recurrente porque «le privó de adoptar en uso de su derecho a decidir en torno a las posibles opciones que se le ofrecieron la más conveniente para sí» condena a indemnizar, conforme al baremo, el daño causado por las secuelas padecidas por la perjudicada.

[92] Entienden que para la valoración de la indemnización deben tenerse en cuenta las secuelas padecidas por el paciente junto con las circunstancias concurrentes las SSTS, 2316/2015, Contencioso-Administrativo, de 26 de junio (ECLI:ES:TS:2015:2316) y 6159/2012 de 9 de octubre (ECLI:ES:TS:2012:6519). También alude a la edad y las secuelas padecidas por la actora la STS 6394/2011,Contencioso-Administrativo, de 30 de septiembre (ECLI:ES:TS:2011:6394). Por el contrario, la STS 1083/2016, Contencioso-Administrativo, de 15 de marzo (ECLI:ES:TS:2016:1083), en un supuesto en que se impugnó la cuantía de la indemnización concedida (18.000 euros) afirma que, dado que lo que se resarce es «la falta de consentimiento informado», para calcular la indemnización hay que hacer abstracción de la gravedad de la lesión.

posibles finalmente no se materializan[93]. Y esto es contrario a la propia doctrina del TS, que viene afirmando –y así lo sostiene tanto la Sala Tercera[94] como la Sala Primera[95]- que el incumplimiento del deber de información no genera por sí mismo responsabilidad, siendo necesario que se haya producido un daño corporal como consecuencia de la materialización del riesgo del que no se informó.

Por eso a mi parecer sería más lógico configurar el daño moral derivado de la falta de información como el resultante de la imposibilidad de eludir la producción del daño final rechazando el tratamiento o intervención. Concebido de este modo tal perjuicio, es claro que solo puede apreciarse si efectivamente el paciente sufre lesiones o secuelas debido a la cristalización del riesgo omitido. Además, no resulta del todo incompatible con la posibilidad de indemnizar a los familiares en caso de muerte del paciente. Porque si el daño resarcible consiste en la «lesión del derecho de autodeterminación del paciente» no se ve cómo puede indemnizarse el perjuicio moral que sufren los familiares a consecuencia de su muerte[96], como sucede, por ejemplo, en la STS, Sala 3ª, 140/2021 de 4 de febrero (ECLI:ES:TS:2021:550)[97].

Por otra parte, también cabría interpretar que la falta de información provoca un perjuicio moral resultante de la imposibilidad del enfermo de haberse preparado sicológicamente para aceptar las posibles consecuencias lesivas de la intervención[98]. A este tipo de daño parece aludir la STS,

---

[93] Así lo entiende, por ej., PARRA SEPÚLVEDA, *La responsabilidad civil del médico en la medicina curativa,* tesis doctoral Uc3m, 2014, (https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19232), pp. 198 ss. y 377-379; CADENAS OSUNA, *El consentimiento informado y la responsabilidad médica,* p. 366. RIBOT IGUALADA, *Revista de Derecho Privado,* 2007, p. 55 opina que, en teoría, dado que el derecho a la autonomía del paciente es un interés tutelado con independencia de que su lesión comporte o no la de otros intereses, sería admisible su resarcimiento en todo caso. No obstante, concluye que en el supuesto de ausencia de daño corporal no debería existir responsabilidad porque la conducta negligente del demandado no coloca al actor en peor situación que aquella a la que aspiraba cuando aceptó someterse al tratamiento o intervención (p. 57).

[94] Cfr., entre otras, las Sentencias de la Sala Tercera del TS, 2229/2002 de 26 de marzo (ECLI:ES:TS:2002:2229); 1287/2004 de 26 de febrero (ECLI:ES:TS:2004:1287); 8258/2005 de 14 de diciembre (ECLI:ES:TS:2005:8258); 1094/2007 de 23 de febrero (ECLI:ES:TS:2007:1094); 6254/2009 de 30 de septiembre (ECLI:ES:TS:2009:6254); 2049/2010 de 4 de mayo (ECLI:ES:TS:2010:2049); 782/2017 de 9 de mayo (ECLI:ES:TS:2017:1280).

[95] Cfr. Sentencias de la Sala Primera del TS, 865/2001 de 27 de septiembre (ECLI:ES:TS:2001:72533); 488/2006 de 10 de mayo (ECLI:ES:TS:2006:3027); 943/2008 de 23 de octubre (ECLI:ES:TS:2008:5371); 478/2009 de 30 de junio (ECLI:ES:TS:2009:4412); 101/2011 de 4 de marzo (ECLI:ES:TS:2011:1804); 483/2015 de 8 de septiembre (ECLI:ES:TS:2015:371).

[96] Como observa ASÚA GONZÁLEZ, «Infracción de deberes de información y obligación de indemnizar en el ámbito sanitario», *Revista Cesco de Derecho de Consumo,* n. 8/2013, p. 160, si el daño se refiere a la lesión del derecho a la autonomía, los parientes no pueden pretender verse indemnizados por la muerte del titular del derecho.

[97] El paciente se sometió a una operación de hernia discal que le provocó una infección por la que tuvo que ser intervenido dos veces más, aunque acabó falleciendo. El TS consideró que se había incumplido el deber de informar de los riesgos del tratamiento, lo que implicaba una lesión de su derecho de autodeterminación. Sin embargo, condenó a indemnizar el daño moral sufrido por la esposa e hijo del fallecido en la cantidad de 2.000 y 1.000 euros respectivamente. Una situación similar se da en la STS 2988/2013, Contencioso-Administrativo, de 4 de junio (ECLI:ES:TS: 2013:2988), si bien aquí el TS se limitó a desestimar el recurso contra la sentencia recurrida, que había condenado a indemnizar, por el daño moral derivado del incumplimiento del deber de informar, a la esposa e hijos del fallecido (10.000 euros a cada uno de ellos).

[98] RIBOT IGUALADA, *Revista de Derecho Privado,* pp. 54-60, observa que «la falta de información coloca al paciente en la tesitura de soportar su situación nueva sin estar preparado en el terreno personal y familiar, e incluso en el patrimonial» por lo que el responsable debe indemnizar «al paciente o sus causahabientes en una cuantía estimada para minimizar ese efecto». También alude al daño moral consistente en la falta de preparación psicológica del enfermo, MACÍA MORILLO, en *Derecho de daños, 2020,* pp. 581-583.

de la Sala 3ª, 2750/2000 de 4 de abril (ECLI:ES:TS:2000:2750) que, si bien indica que la inadecuada información privó a los representantes del menor[99] de la posibilidad de ponderar la conveniencia de sustraerse a la operación, también afirma que «*esta situación de inconsciencia provocada por la falta de información* imputable a la Administración sanitaria del riesgo existente…supone por sí misma un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención»[100]. Un planteamiento similar se aprecia, si bien en el ámbito civil, en la SAP Cantabria 442/2004 de 19 de noviembre (ECLI:ES:APS:2004:2135)[101], que, tras indicar que el bien jurídico lesionado es el derecho del paciente a ejercitar su capacidad de autodeterminación, observa asimismo que, de haber conocido éste el riesgo omitido, al menos podría haber asumido *«con la necesaria preparación psicológica, unas secuelas que, a falta de la preceptiva información previa, se han percibido como un daño sorpresivo».* En cualquier caso, este perjuicio moral sería, en mi opinión, concurrente con el que deriva de la imposibilidad de haber evitado el resultado lesivo rechazando la intervención, por lo que solo tendrá relevancia si se tiene en cuenta para aumentar la cuantía de la indemnización.

3.2. Los daños corporales sufridos por el paciente

Con independencia de lo expresado con anterioridad en torno a la existencia de un daño moral derivado del incumplimiento del deber de información, otra posibilidad es considerar resarcible, no tal daño, sino las lesiones físicas resultantes de la intervención. En relación con ellas cabría entender que, cuando el médico no informa al paciente de alguno de los riesgos típicos del tratamiento, en la medida que dichos riesgos no han podido ser trasladados a éste, deben ser asumidos por el médico, que responderá, por tanto, del daño corporal sufrido por el perjudicado

---

En relación con ello cabe señalar que, en el derecho anglosajón, donde se considera resarcible el daño corporal derivado del incumplimiento del deber de información solo si se prueba que el paciente no se habría sometido a la intervención, algunas sentencias han reconocido indemnización al paciente que no ha conseguido acreditar tal cosa, como consecuencia del schock y la depresión causadas por el descubrimiento de las secuelas sin previa advertencia de que podrían tener lugar. JONES, *Medical negligence*, p. 711.

[99] Un menor fue sometido a una operación quirúrgica para remediar una coartación aórtica que le provocó secuelas permanentes de hemiplejia en sus extremidades inferiores. No se demostró que se hubiera informado a los padres del enfermo ni a este último sobre el riesgo que corría con la intervención. La resolución recurrida desestimó la demanda por entender que en las circunstancias concurrentes cualquier persona se habría sometido a la intervención. El TS consideró, sin embargo, que existía un daño moral susceptible de reparación.

[100] La sentencia condenó a indemnizar al actor con una cantidad de 11.170.000 pts. basándose en la cuantía prevista en la tabla II del baremo para los «daños morales complementarios en el caso de secuelas de especial gravedad».

[101] Una mujer fue sometida a una operación de bocio que le provocó disfonía como consecuencia de la parálisis de una cuerda vocal, riesgo típico del que no fue informada.

como consecuencia de su materialización[102]. De hecho, en el ámbito civil algunas resoluciones judiciales parecen adoptar esta solución[103].

Un buen sector de la doctrina, considera, sin embargo, que para que el médico que incumplió sus deberes de información deba responder de las lesiones corporales padecidas por la víctima es necesario que su comportamiento pueda ser considerado *causa* del daño. Esto exige comprobar si el paciente, de haber sido correctamente informado, se habría sometido o no a la intervención[104]. Así, si el juez llega al convencimiento de que el paciente habría aceptado en cualquier caso la intervención, no habrá lugar a responsabilidad, y si llega a convencerse de que la víctima no se hubiese sometido a ella de haber contado con la necesaria información debería

---

[102] En este sentido GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad civil médica*, pp. 823-824. DOMÍNGUEZ LUELMO, *Derecho sanitario y responsabilidad médica,* Lex Nova, Valladolid, 2003, pp. 260 ss., 314; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La impropiamente llamada objeción de conciencia a los tratamientos médicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 109-112; MACÍA MORILLO, *Derecho de daños 2020*, p. 584. A similar conclusión llega SANTOS MORÓN, «La responsabilidad médica (en particular en la medicina «voluntaria»): Una relectura desde el punto de vista contractual», *InDret,* 2018-1, p. 33, al analizar la cuestión desde el punto de vista de la responsabilidad contractual. Según esta autora el deber de informar sobre los riesgos del tratamiento incide también en la configuración de la prestación del deudor. Si bien se entiende que el médico asume una obligación de medios, con ello se hace referencia a que no garantiza al paciente su curación. Es decir, el interés primario consistente en la curación no está cubierto en principio por el contrato de prestación de servicios médicos. Ahora bien, para que pueda entenderse que tampoco forma parte del interés cubierto por el contrato el hecho de no sufrir daños o consecuencias lesivas adicionales (el denominado «interés de integridad»), es necesario que se informe al paciente de que existe el riesgo de que se produzcan determinados daños, aunque el deudor actúe diligentemente. De otro modo dichos riesgos permanecerán en la esfera de actuación del deudor, que deberá responder de los mismos en caso de que se materialicen. Por su parte, GONZÁLEZ CARRASCO, «Falta de consentimiento informado y riesgos materializados. Comentario de la STS 8 abril de 2016», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, 102, 2016 (ap. III del documento electrónico) considera que en el ámbito de la medicina satisfactiva la solución adecuada es que la infracción de deberes de información traslada el riesgo al profesional sanitario.

[103] Esta parece ser la postura adoptada en las SSTS, de la Sala Civil, 849/2000 de 26 septiembre (ECLI:ES:TS:2000:6772) aunque aquí se ejercitó una acción de responsabilidad contractual; 667/2002 de 2 julio (ECLI:ES:TS:2002:4911); 6400/2005 de 21 octubre (ECLI:ES:TS:2005:6400) –también parece considerarse que la responsabilidad era contractual-). También en la SSTSJ Navarra, Sala de lo Civil y Penal, 22/2001 de 27 de octubre (ECLI:ES:TSJNA:2001:1649). En la jurisprudencia de la Sala 3ª, la STS, 2049/2010 de 4 de mayo (ECLI:ES:TS: 2010:2049) considera indemnizable el daño final sufrido por el paciente, al no haber podido asumir los riesgos inherentes a la intervención.

[104]Hay que advertir, no obstante, como ya se adelantó, que algunos autores analizan la cuestión desde la perspectiva de la causalidad y otros desde la perspectiva de la imputación objetiva. Aunque suele decirse que en el ámbito de las omisiones no cabe hablar de casualidad propiamente dicha y que el análisis de la causalidad se refiere más bien a la imputación objetiva del daño, lo cierto es que la perspectiva que se adopte influye en la carga de la prueba. Si entendemos que se trata de una cuestión de causalidad fáctica correspondería al demandante convencer al juez de que habría rechazado la intervención si hubiera sido correctamente informado. Si presuponemos que se está ante un juicio de imputación objetiva, habría que dar por sentada la relación causal, correspondiendo al demandado invocar en su favor la excepción del «comportamiento lícito alternativo» y demostrar que un comportamiento diligente habría provocado igual resultado dado que el paciente habría aceptado en cualquier caso el tratamiento o intervención. RIBOT IGUALADA, «La responsabilidad civil por falta de consentimiento informado», *Revista de Derecho Privado,* 2007, Noviembre-Diciembre, pp. 40 ss. y 44 ss., parece situar la cuestión en sede de causalidad, si bien considera que debe presumirse *iuris tantum* que el daño no se habría producido de no haberse omitido la información. ASÚA GONZÁLEZ, en *Tratado de Responsabilidad civil,* t. II, p. 383, nota 124; *Revista Cesco de Derecho de Consumo,* n. 8/2013, p. 151, habla de causalidad en una «acepción amplia» como capacidad del comportamiento omitido para evitar el daño causado, pero no se pronuncia sobre la carga de la prueba. CADENAS OSUNA, *El consentimiento informado y la responsabilidad médica,* pp. 380 ss., enmarca la cuestión en el ámbito de la causalidad fáctica indicando que sería aplicable una versión adaptada de la «condicio sine qua non». Otros autores, en cambio, sitúan el análisis de la decisión que habría adoptado la víctima dentro del juicio de imputación objetiva. ARCOS VIEIRA, *Responsabilidad sanitaria por incumplimiento del deber de información al paciente,* pp. 88 ss. MACÍA MORILLO, en *Derecho de daños, 2020,* pp. 608 ss. Aunque no demasiado claramente, GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad civil médica,* pp. 1180 ss.

condenar al médico a indemnizar el daño final[105]. De acuerdo con esta premisa, en la jurisprudencia civil hay sentencias que absuelven al demandado por entender que el paciente habría aceptado en todo caso la intervención[106], mientras que otras, por llegar a la conclusión contraria, le condenan a reparar todos los daños sufridos por la víctima[107], aunque alguna resolución, curiosamente, reduce el importe de la indemnización por aplicación del art. 1103 C.c.[108]

El problema en la práctica es cómo llegar a una u otra conclusión, pues la mera declaración de la víctima no parece suficiente para dar por probada la relación causal. Cabe pensar que para ello han de tenerse en cuenta la gravedad de la situación del enfermo y la mayor necesidad o no de la intervención junto con la probabilidad y gravedad del riesgo no informado[109]. Es lógico asumir que, cuanto más precaria sea la situación del enfermo y mayor la necesidad y urgencia de una intervención, y cuanto menor sea la probabilidad y gravedad del riesgo, más factible es, conforme al estándar de comportamiento del paciente medio, que éste se hubiese sometido a la intervención de haber sido adecuadamente informado. Ahora bien, es posible que las circunstancias anteriores no permitan concluir que, conforme a lo previsible en una situación de esas características, el paciente se habría decantado por una u otra opción (por ej. porque la intervención era la única alternativa para mejorar la salud del paciente, pero no era urgente y, sin embargo, conllevaba graves riesgos, aunque poco frecuentes). En tal situación, en principio, no sería posible condenar al médico demandado a indemnizar los daños corporales sufridos por

---

[105] ASÚA GONZÁLEZ, *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria,* p. 99; CADENAS OSUNA, *El consentimiento informado y la responsabilidad médica*, p. 355 (aunque esta última autora no limita esta situación al daño corporal).

[106] La STS 985/97, Civil, de 10 de noviembre (ECLI:ES:TS:1997:6695) se limita a afirmar que no hay relación causal entre la ausencia de información y el daño. La STS 759/2007, Civil, de 29 junio (ECLI: ES:TS:2007:4472) en un supuesto de ligadura de trompas realizada durante cesárea, con posterior embarazo ectópico, estima que la paciente se habría sometido igualmente a la esterilización de haber contado con toda la información.

[107] Estiman que la paciente no se habría sometido a la operación si hubiera sido correctamente informado las SSTS, Civil, 416/2001 de 27 de abril (ECLI:ES:TS:2001:3429), relativa a una ligadura de trompas fallida realizada a una mujer con familia numerosa (el TS desestima el recurso contra la sentencia de la AP que concedió una indemnización por daño moral y material que no se detalla), y la S. 560/2004 de 22 de junio 2004 (ECLI:ES:TS:2004:4333) sobre una operación de reducción de mamas que provocó la pérdida de la zona aureola-pezón. La STS, 483/2015, Civil, de 8 de septiembre (ECLI: ES:TS:2015:371), tras afirmar que «la relación de causalidad ha de establecerse entre la omisión de la información y la posibilidad de haberse sustraído a la intervención médica», parece entender que la víctima no se habría sometido a la operación de reducción de estómago si hubiera sido informado de que existía un alto porcentaje de fracaso, pues condena al médico a indemnizar el daño final derivado del hecho de tener que someterse a una nueva operación.

[108] La STS 478/2009, Civil, de 30 de junio (ECLI:ES:TS:2009:4412) se refiere a un supuesto en que no se informó a la paciente de la posibilidad de sufrir una lesión del nervio ciático como consecuencia de la realización de una operación de cadera. El juzgado estimó la demanda, pero redujo el importe de la indemnización solicitada para reparar las secuelas por aplicación del art. 1103 C.c. La AP revocó esta sentencia por entender que no existía deber de informar sobre tal riesgo. El TS, confirmando la sentencia del Juzgado, afirma que «la indemnización no tiene que coincidir necesariamente con la que correspondería al daño o lesión causado por la intervención, es decir, a la materialización o cristalización del riesgo típico» y considera que efectivamente procede moderar la indemnización porque no debe equipararse «la intensidad de la culpa derivada de una mala praxis en la intervención a la que comporta la omisión o insuficiencia de información sobre un riesgo típico». No obstante, aumenta de 10 a 20 millones de pts. la indemnización acordada por la instancia, dejándola en la mitad de lo solicitado.

[109] Sobre las circunstancias a tener en cuenta para determinar la posible decisión del enfermo, RIBOT IGUALADA, *Revista de Derecho Privado,* p. 45; GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad civil médica*, pp. 1206-1207.

la víctima por falta de certeza del nexo causal, pero sí cabría la posibilidad, como ya se ha mencionado, de concederle una indemnización por daño moral[110].

3.3. El recurso a la figura de la pérdida de oportunidad por parte de la jurisprudencia civil

En atención –en teoría- al supuesto en que no se sabe cuál habría sido la decisión de la víctima, algunas sentencias de la Sala Primera del TS han recurrido a la figura de la pérdida de oportunidad para reparar el daño corporal (con sus consecuencias patrimoniales y morales) resultante de la materialización del riesgo que no se informó. Con todo, la primera sentencia que suele citarse como exponente de esta tendencia -la STS 488/2006 de 10 de mayo (ECLI:ES:TS:2006:3027)- no parece resolver un supuesto de incertidumbre causal sino, más bien, de ausencia de nexo causal, ya que tanto el Juzgado como la AP desestimaron la demanda por entender que la operación era necesaria, no cabía otra alternativa y, por consiguiente, no había relación de causalidad entre la omisión del deber de información y la posterior lesión sufrida por el paciente[111]. En la sentencia mencionada el TS, sin embargo, tras indicar que la información pretende que el paciente «pueda ponderar la posibilidad de sustraerse a una determinada intervención quirúrgica, contrastar el pronóstico con otros facultativos», o elegir otro centro o especialista, afirma que la falta de información no puede ser irrelevante. Y condena a una indemnización «*derivada de la pérdida de oportunidad,* no de la reparación íntegra del daño en función de las secuelas que le quedaron al paciente». Parece que en esta Sentencia el TS recurre a la pérdida de oportunidad para evitar la imposibilidad de obtener cualquier resarcimiento –dado que, según se deduce de las circunstancias concurrentes, el menor tendría que haberse sometido en todo caso a la operación-, pero, al mismo tiempo, la utiliza para reducir la indemnización a una cuarta parte de lo solicitado[112]. Lo que no queda nada claro es qué criterios utiliza para calcularla, pues en realidad la resolución comentada no desarrolla la figura de la pérdida de oportunidad ni explica cómo la aplica en este caso. De hecho hay quien entiende que en esta sentencia la idea de «pérdida de oportunidad» hace referencia más bien a la pérdida de la posibilidad de autodeterminarse[113], de modo que lo que se indemnizaría sería, en realidad, el daño moral[114].

---

[110] Esto es lo que hizo la STS 5424/2003 de 8 septiembre (ECLI:ES:TS:2003:5424), una de las pocas, en la jurisprudencia civil, que considera indemnizable el daño moral derivado de la falta de información. La actora se había sometido a una operación de bocio nodular que le produjo disfonía, riesgo del cual no se acreditó que hubiese sido informada. La sentencia recurrida consideró que la falta de información sobre los riesgos del tratamiento era irrelevante porque la operación era la única alternativa posible. El TS, sin embargo, sostuvo que, si bien no era indemnizable el daño corporal, debía indemnizarse el daño correspondiente a la «privación del derecho del paciente a obtener información esclarecedora» (que cifró en 6.500 euros), daño que, aunque no lo indica expresamente la sentencia, debe considerarse de carácter no patrimonial.

[111] Un menor fue sometido a una operación de extirpación de un tumor en la pierna izquierda que le produjo la afectación del nervio ciático, riesgo del que no habían sido informado sus familiares. La madre presentó una demanda en nombre propio y del menor.

[112] Condenó a indemnizar 5 millones de pts. frente a los 20 millones, por daños materiales, solicitados por la demandante.

[113] ASÚA GONZÁLEZ, *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*, p. 104.

[114] MACÍA MORILLO, en *Derecho de daños* 2020, p. 568. Hay que advertir, no obstante, que la sentencia parece indemnizar una fracción del daño corporal.

La STS 948/2011 de 16 enero de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:279), en un supuesto en que se practicó al actor una disectomía cervical a consecuencia de lo cual quedó afectado de tetraplejia (riesgo del que no fue informado), es la primera que establece claramente el recurso a la figura de la pérdida de oportunidad como un instrumento que permite indemnizar una «fracción del daño corporal» en supuestos de incertidumbre causal. La sentencia recurrida –que al parecer no entró a valorar la cuestión de la causalidad- condenó a indemnizar el daño final, calculado conforme al baremo, frente al criterio del Juzgado que otorgó una indemnización por daño moral. Por tal motivo el demandado recurrió la sentencia alegando que lo que debía haberse indemnizado era exclusivamente tal daño moral (Vid. FJ 3º). En esta tesitura el TS observa que la identificación y cuantificación del daño puede hacerse de distintas formas, bien por los totales perjuicios causados, con el alcance propio del daño moral, o por la pérdida de «oportunidades o de expectativas» en la que el daño se identifica «con una fracción del daño corporal considerado en su integridad *en razón a una evidente incertidumbre causal sobre el resultado final*»[115]. Y se decanta por esta tercera opción. Tras indicar que «la relación de causalidad se debe establecer entre la omisión de la información y la posibilidad de haberse sustraído a la intervención médica» concluye que en el supuesto enjuiciado existía «una evidente incertidumbre causal en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haber sido informado el paciente». Así las cosas, afirma la sentencia que esa «pérdida de oportunidad» debe valorarse atendiendo a la «probabilidad de que, una vez informado de estos riesgos personales, probables o típicos» hubiera aceptado o rechazado la intervención, y concede una indemnización de la mitad de lo que habría correspondido conforme al baremo.

¿Significa esto que, según el TS, la probabilidad de que el paciente hubiese optado por aceptar o rechazar la intervención era del 50 %? Si se tiene en cuenta, que el Alto Tribunal dice tomar en consideración circunstancias que se concretan en «una intervención clínicamente aconsejable, en la relación de confianza existente entre paciente-medico, en su estado previo de salud, el fracaso del tratamiento conservador, las complicaciones de escasa incidencia estadística y en las consecuencias que se derivaron de la misma» cabe pensar que lo más probable era que la víctima se hubiese sometido en cualquier caso a la intervención, lo que, en realidad, excluiría la existencia de relación causal. Por eso la solución adoptada por el TS parece ser más bien de carácter «salomónico», dirigida a garantizar el resarcimiento de la víctima, pero minorando el importe de la indemnización correspondiente al daño total sufrido por aquella.

Algo similar sucede en la STS 227/2016 de 8 de abril (ECLI:ES:TS:2016:1427), relativa a un paciente tetrapléjico pero con cierto grado de movilidad en las extremidades superiores a quien el médico que lo trataba le propuso una novedosa operación para mejorar su estado, sin informarle de los riesgos que conllevaba. Desgraciadamente la operación empeoró el estado del enfermo que perdió la poca movilidad que conservaba. Presentada la correspondiente demanda de responsabilidad, el Juzgado la estimó parcialmente, otorgando una indemnización inferior a la solicitada porque solo consideró resarcible el daño consistente en el agravamiento de la

[115] Estas afirmaciones en torno a las distintas formas de indemnizar el daño en caso de falta de información sobre los riesgos del tratamiento aparecen ya en la STS 101/2011 de 4 de marzo (ECLI:ES:TS:2011:1804), -relativa a una operación de fístula anal que provocó a la paciente incontinencia- si bien esta resolución confirma la sentencia recurrida que, en realidad, había acordado una indemnización en concepto de daño moral (el TS observa, no obstante, que lo cuantificó de forma que parecía indemnizar más bien una fracción del daño corporal). Es decir, realmente no utiliza la figura de la pérdida de oportunidad para fundar la condena a indemnizar, pues desestima el recurso limitándose a afirmar que la recurrente no había aportado argumentos de los que pudiera deducirse que le correspondía una indemnización superior a la acordada en la sentencia de la AP.

situación del paciente[116]. La AP, por su parte, desestimó el recurso presentado por el actor, que cuestionaba el importe de la indemnización concedida, aduciendo que la reparación del daño no podía coincidir con la que derivaría de existir mala praxis en la intervención quirúrgica desarrollada.

El TS desestimó el recurso de casación, sobre la base de la existencia de una «pérdida de oportunidad[117]. Lo llamativo de esta resolución a es que, si bien el TS afirma que en el supuesto analizado existía «incertidumbre causal en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haber sido informado el paciente», al mismo tiempo sostiene que «si la evolución de la lesión secular que padecía culminaría con la invalidez que ahora tiene, y la intervención iba destinada a ralentizar esa evolución y a minimizarla*, es razonable que, en principio, se asumiese el riesgo*» (vid. FJ 2º). Si lo razonable era entender que el paciente hubiese sometido de todos modos a la operación (porque como consecuencia de su enfermedad, según observa el TS, habría llegado en cualquier caso a la misma situación de invalidez) lo lógico sería concluir que no se había probado la relación causal. De hecho, no se comprende cómo puede afirmar la mencionada sentencia que «*ante la verosimilitud de que (el actor) hubiese consentido la intervención* si se evalúan todas las circunstancias concurrentes» nos encontramos «en esa franja intermedia de incertidumbre causal» que da lugar a la pérdida de oportunidad (FJ 2º).

Ciertamente, aunque el TS hubiese llegado a la conclusión de que no había relación causal (parece que las instancias inferiores no se plantearon esta cuestión o dieron, sin más, por probada la causalidad) el hecho de que el recurso fuera presentado exclusivamente por el actor, que consideraba insuficiente el importe de la indemnización, impedía absolver al demandado. Por eso parece que, en realidad, el Alto Tribunal acude en esta sentencia a la figura de la pérdida de oportunidad, no porque realmente existiera incertidumbre causal, sino más bien para justificar que no procedía aumentar la indemnización acordada en la instancia. Cosa que, por otra parte, podía haber argumentado sin necesidad de acudir a la teoría de la pérdida de oportunidad pues si bien dicha indemnización fue inferior a la solicitada, resarcía el daño "final" derivado del agravamiento de la enfermedad. En realidad la sentencia comentada en ningún caso utiliza la probabilidad de que el paciente hubiese rechazado la intervención –criterio a emplear para cuantificar el daño derivado de la «pérdida de oportunidad» según la mencionada STS 948/2011- para calcular la indemnización, que en realidad se correspondió con el daño corporal provocado por la intervención[118].

Las resoluciones comentadas ponen de manifiesto, en mi opinión, una utilización poco rigurosa de la figura de la pérdida de oportunidad, con el fin de garantizar al demandante una

---

[116] El paciente sostenía que debía concedérsele la indemnización correspondiente a la categoría de Gran Inválido de la Tabla 4ª del Baremo del año 2009 (cuando los hechos se produjeron en 1999), pero, dado que con carácter previo a la operación ya se encontraba en situación de invalidez (aunque de menor entidad), y los hechos se produjeron en 1999, tanto la sentencia del Juzgado como la de la AP estimaron que no procedía calcular la indemnización conforme a tal parámetro.

[117] La sentencia reitera el contenido de la citada STS 948/2011 de 16 enero de 2012 (ECLI:ES:TS: 2012:279) en cuanto a las distintas formas de indemnizar el daño derivado del incumplimiento de deberes médicos de información (por los totales perjuicios causados, con el alcance propio del daño moral o por la pérdida de oportunidades o de expectativas), concluyendo que se apoya, «a la hora de identificar y cuantificar el daño en la teoría de la pérdida de oportunidad».

[118] En este sentido GONZÁLEZ CARRASCO, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil,* 102, 2016 (ap. V del documento electrónico).

indemnización en casos en los que, más que incertidumbre causal, parece haber ausencia de causalidad[119]. Eso sí, minorando, las dos primera sentencias citadas, el importe del daño resarcible, que se entiende no debe alcanzar el valor del daño total sufrido como consecuencia de la materialización del riesgo no informado[120]. Ahora bien, si lo que se pretende es garantizar que la víctima, sea cual sea la decisión que hubiese adoptado en caso de haber sido correctamente informada, obtenga una indemnización cuyo importe no debe alcanzar el valor del daño total sufrido como consecuencia de la materialización del riesgo no informado, sería más sensato, en mi opinión, considerar resarcible el daño moral derivado de la imposibilidad de haberse sustraído a la operación[121], para cuya valoración podría tenerse en cuenta la entidad del daño corporal sufrido.

Creo en definitiva que las sentencias analizadas hacen una aplicación indebida de la figura de la pérdida de oportunidad:

a) En primer lugar, porque, como ya se avanzó, a mi juicio no debe acudirse a esta teoría para resolver la incertidumbre motivada por la duda acerca de cuál habría sido la decisión de la víctima en caso de haber sido adecuadamente informada. A las razones anteriormente explicadas, relativas a la conveniencia de no aplicar la figura de la pérdida de oportunidad para resolver cualquier supuesto de causalidad incierta, cabe añadir aquí que, si no existen datos o circunstancias que, partiendo del previsible comportamiento del paciente medio, permitan al juez llegar a la convicción de que el perjudicado se habría sometido o no a la intervención, no veo cómo puede el juez colocarse en el lugar de la víctima para calcular, al menos seriamente, la probabilidad (¿del 30 %? ¿del 45 %?...) de

---

[119] Buen ejemplo de ello es también la SAP Barcelona, Sección 14ª, 528/2021 de 9 de noviembre, (ECLI:ES:APB:2021:14688), relativa a un paciente que sufrió secuelas estéticas (riesgo ligado a su tabaquismo del cual no fue informado) a consecuencia de una abdominoplastia. A pesar de entender que el actor se habría sometido en cualquier caso a la operación, tras invocar la doctrina sentada por el TS en la mencionada S. 227/2016 de 8 de abril (ECLI:ES:TS:2016:1427), la AP le concede una indemnización «por pérdida de oportunidad» de 2000 euros -frente a los 83.427,89 reclamados- si bien no hace alusión alguna a los criterios tenidos en cuenta para calcularla.

[120] Pese a que, como se indicó con anterioridad, cabe pensar que, si el médico no informa adecuadamente al enfermo de los riesgos del tratamiento, no puede trasladarlos al paciente y, por tanto, los asume, se aprecia en la doctrina (cfr. GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad civil médica,* p. 1164) y en a jurisprudencia cierta reticencia a hacer responder al médico del daño corporal final. La STS 227/2016,Civil, de 8 de abril (ECLI:ES:TS:2016:1427) afirma, en este sentido, que no merece el mismo tratamiento los supuestos «en que el cuadro secular tiene su origen en una mala práctica médica» y aquellos otros en que «la complicación no tiene relación con una práctica médica sino simplemente en no ser informado el paciente de que ello podía ocurrir». Recuérdese, en relación con ello, que la citada STS 478/2009, Civil, de 30 junio (ECLI:ES:TS:2009:4412), que moderó la indemnización del daño corporal por aplicación del art. 1103 C.c., ya afirmó que la «indemnización no tiene que coincidir necesariamente con la que correspondería al daño o lesión... cristalización del riesgo típico». Y también en otras sentencias de la Sala Primera- SSTS 101/2011 de 4 de marzo (ECLI:ES:TS:2011:1804); 948/2011 de 16 enero de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:279)- ha afirmado el TS que «el daño que se debe poner a cargo del facultativo no es el que resulta de una intervención defectuosa» sino el que es consecuencia de haberse omitido la información de que se trate, lo que pone de manifiesto cierto reparo a hacer responder al médico que incumple su deber de información de la totalidad del daño derivado de la materialización del riesgo del que no se informó.

[121] Recordemos que eso fue lo que hizo el Juzgado en el supuesto resuelto por la repetida STS 948/2011 de 16 de enero de 2012. Y no se entiende por qué, el TS, en lugar de confirmar la sentencia de primera instancia que había condenado a indemnizar el daño moral, recurre a la figura de la pérdida de oportunidad para sortear la ausencia de causalidad (pues realmente no parece que existiera incertidumbre acerca de cuál habría sido la decisión de la víctima) cuando podría haber declarado indemnizable el daño moral (¿salvo que, quizás, considerara que una indemnización por daño moral, por muy elevada que fuera, resultaría insuficiente?).

que se hubiese inclinado por una u otra opción (a menos, quizás, que se entienda que la probabilidad es, simplemente, del 50 %[122]).

b) En segundo lugar, porque no puede perderse de vista que los tribunales utilizan esta doctrina en supuestos en que realmente no existe incertidumbre causal ya que las circunstancias apuntan, en realidad, a la ausencia de causalidad. Y lo hacen con el fin de otorgar a la víctima una indemnización, si bien de una cuantía inferior a la correspondiente al daño final provocado por la cristalización del riesgo no informado.

Ahora bien, si el juez no puede alcanzar un grado de convicción suficiente acerca de la probable decisión de la víctima, lo procedente sería considerar no probada la relación causal entre la falta de información y el daño corporal, que no sería, por tanto, resarcible. Pero, dado que ello no impide reparar el daño moral derivado de la imposibilidad de haberse sustraído a la intervención, si se quiere ofrecer a la víctima la correspondiente compensación, en lugar de hacer una aplicación espuria de la figura de la pérdida de oportunidad, lo más sensato sería, a mi parecer, declarar indemnizable tal daño no patrimonial.

4. Conclusiones

La jurisprudencia contencioso-administrativa viene aplicando la figura de la pérdida de oportunidad en los casos de error o retraso en el diagnóstico y o tratamiento. En este caso el enfermo sufre un daño cierto (lesiones, secuelas, muerte, etc.) pero no es posible saber si el mismo se habría evitado de haber actuado el médico diligentemente, o, por el contrario, se habría producido igualmente como consecuencia del curso de la enfermedad. Nos encontrarmos, pues, ante una situación de incertidumbre causal motivada por la concurrencia de factores aleatorios (enfermedad, estado previo del paciente..) que conllevan que sea imposible «científicamente» determinar cuál habría sido el resultado si no hubiera mediado un comportamiento médico negligente.

En tal hipótesis está justificado el recurso a la teoría de la «pérdida de oportunidad» con el fin de solventar la imposibilidad de probar la causalidad. Pero en el bien entendido de que no estamos ante un daño autónomo y distinto al daño corporal final (recordemos que la mera reducción de expectativas de curación o supervivencia no es objeto de indemnización), sino ante una fórmula que permite imputar responsabilidad al demandado en proporción a la probabilidad de que haya causado tal daño.

La jurisprudencia administrativa, cuando aplica esta teoría, exige acertadamente que existan dudas en torno al nexo causal. Sin embargo no es particularmente rigurosa en cuanto a sus

[122] Algunas sentencias de Audiencias Provinciales, en aplicación de la doctrina del TS en este ámbito, otorgan justamente una indemnización del 50 % del valor correspondiente al daño corporal. Así, SAP León, Sección 2ª, 347/2017 de 27 de noviembre (ECLI: ES:APLE:2013:1488); SAP Burgos, Sección 2ª, 424/2017 de 21 de diciembre (ECLI:ES:APBU:2017:1109). Otras, en cambio, parecen esforzarse en calcular la «probabilidad» de que la victima se hubiese sometido a la intervención. La SAP Barcelona, Sección 1ª, 635/2018 de 19 de noviembre (ECLI:ES:APB:2018:11473), en relación con ciertas secuelas de una operación de hernia discal, fija la indemnización en un 40 % del daño corporal atendiendo a la falta de alternativas de la dolencia y la escasez estadística de la complicación producida. La SAP Barcelona, sección 1ª, 481/2015 de 9 de noviembre (ECLI:ES:APB:2015:12801), en un supuesto en que la actora se sometió a una intervención para paliar su rubor facial excesivo lo que le provocó una hiperhidrosis que empeoró su situación, estima que la probabilidad de que la paciente se hubiese sometido a la operación era bastante alta. Y cifra la indemnización en un 25 % del daño sufrido por ser éste «el porcentaje de incertidumbre causal sobre el resultado final» que puede atribuírsele.

consecuencias. Es poco frecuente que en la práctica se analicen las probabilidades de que el demandado haya causado el resultado lesivo tomando en consideración datos estadísticos acerca del pronóstico y evolución de la enfermedad o dolencia de que se trate. Si bien en algunos casos se alude a las probabilidades -altas, medias o bajas- de que el perjuicio se hubiese evitado en caso de existir una correcta asistencia sanitaria, el porcentaje concreto que se asigna a tales probabilidades es fluctuante y se calcula con escaso rigor. Por otra parte, aunque suele afirmarse que la probabilidad debe ser «seria» para que exista deber de indemnizar, en la práctica se declara la responsabilidad de la Administración sanitaria en casos en que el grado de probabilidad de que el comportamiento médico sea la causa del daño es bastante escaso. Cosa que, como se ha dicho, quizás puede estar justificada ante la relevancia de los bienes jurídicos lesionados (la vida y/o la salud).

La jurisprudencia civil no suele aplicar la teoría de la pérdida de oportunidad en los casos de error o retraso en el diagnóstico (si bien hay sentencias de Audiencias Provinciales que se hacen eco de la doctrina sentada por la Sala Tercera del TS), pero la ha aplicado, en cambio, en el supuesto de incumplimiento de deberes médicos de información, si –en teoría- existen dudas acerca de la decisión que habría tomado la víctima en caso de haber sido correctamente informada. A diferencia de lo que sucede en la hipótesis anterior, en este caso no está justificado el recurso a la figura de la pérdida de oportunidad. No existe una imposibilidad «objetiva» o «científica» que impida saber cuál habría sido el resultado de un proceso aleatorio del que deriva el daño sufrido por la víctima. Se trata de una imposibilidad meramente circunstancial para probar el nexo causal. Ocurre además que en los casos analizados no parece existir incertidumbre en torno a la decisión de la víctima ya que se presupone, más bien, que se habría sometido en cualquier caso a la intervención. Parece por ello que la figura de la pérdida de oportunidad se utiliza para garantizar al demandante una indemnización, si bien de una cuantía inferior a la correspondiente al daño corporal final. Lo cierto es, sin embargo, que para este «viaje» no hacen falta tales «alforjas». Bastaría con indemnizar el daño moral derivado de la imposibilidad de haber eludido el resultado lesivo rechazando el tratamiento o intervención.

5. Bibliografía

ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, Mercedes «La responsabilidad civil del abogado por pérdida de la oportunidad procesal», *Actualidad Civil,* n. 9, septiembre de 2014, pp. 1-5.

ARCOS VIEIRA, Mª Luisa, *Responsabilidad sanitaria por incumplimiento del deber de información del paciente,* Navarra, Aranzadi, 2007.

ASENSI PALLARÉS Eduardo/CID-LUNA CLARES Íñigo, «La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica", *Revista CESCO de Derecho de consumo,* nº 8/2013, pp. 228-239.

ASÚA GONZÁLEZ, Clara, «Aplicación de la doctrina de la pérdida de la oportunidad en la responsabilidad sanitaria: coincidencias y divergencias entre la jurisdicción civil y la contencioso-administrativa», en *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en homenaje al prof. Dr Roca Guillamón,* ATAZ LÓPEZ/COBACHO GÓMEZ (dir.), t. I, Thomson-Aranzadi, Navarra 2021, pp. 441-468.

--, «Responsabilidad civil médica» en *Tratado de Responsabilidad civil,* t. II, coord.. por REGLERO/BUSTO LAGO, 5ª ed., Thomson-Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 331-438.

--, «Infracción de deberes de información y obligación de indemnizar en el ámbito sanitario», *Revista Cesco de Derecho de Consumo,* n. 8/2013, pp. 147-161.

--, *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria,* Cicur menor, Aranzadi, 2008.

BIERI Laurent/MARTY Pierre, The Discontinuous Nature of the Loss of Chance System, 2 *Journal of European Tort Law,* 2011, 2, pp. 23-28

BORGHETTI, Jean-Sébastien, "La reparation de la perte d'une chance en droit Suisse et en droit français", *European Review of Private Law,* 6-2008, pp. 1072-1082.

CADENAS OSUNA, Davinia, *El consentimiento informado y la responsabilidad médica,* ed. BOE, 2018.

CARDONA FERREIRA, Rui, «The loss of chance in civil law countries: a comparative and critical analysis", *Maastricht Journal of European and Comparative Law,* vol. 20, n. 1, 2013, pp.56-74

CRESPO MORA, Carmen, *La responsabilidad del abogado en el Derecho civil,* Thomson-Cívitas, Madrid, 2005

--, *Responsabilidad civil por negligencia profesional,* Thomson-Aranzadi, en prensa.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, *Derecho sanitario y responsabilidad médica,* Lex Nova, Valladolid, 2003.

EGUSQUIZA BALMASEDA, Mª Ángeles, «Pérdida de oportunidad por retraso diagnóstico: algunas cuestiones desde la perspectiva jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial", en en *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en homenaje al prof. Dr Roca Guillamón,* ATAZ LÓPEZ/COBACHO GÓMEZ (dir.), t. II, Thomson-Aranzadi, Navarra 2021, pp. 255-281.

ESPINOSA DE RUEDA JOVER, Mariano, «Casuística de responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria defectuosa y sus vías de reclamación", en *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en homenaje al prof. Dr Roca Guillamón,* ATAZ LÓPEZ/COBACHO GÓMEZ (dir.), t. II, Thomson-Aranzadi, Navarra 2021, pp. 407-425.

EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principios de Derecho europeo de la Responsabilidad Civil,* traducción a cargo de la REDPEC, coord. por MARTÍN CASALS, Thomson-Aranzadi, 2008.

GALAN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil médica,* 8ª ed, Cívitas-Thomson, Navarra, 2022.

GALLARDO CASTILLO, Mª Jesús, "Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: La doctrina de la pérdida de oportunidad", *Revista Aragonesa de Administración Pública,* 2015, n. 45-46, pp. 35-66.

GARCÉS GARRO RANZ, Montserrat,"La consolidación de la doctrina de la pérdida de oportunidad en el ámbito sanitario: Teoría, articulación de la prueba y cuantificación de la indemnización", *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro,* 2014, nº 4, p.6-24.

GIL MEMBRADO, Cristina, «Pérdida de oportunidad en responsabilidad sanitaria por falta o deficiencia de información: ¿Un artificio para sortear la causalidad?», en *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en homenaje al prof. Dr Roca Guillamón,* ATAZ

LÓPEZ/COBACHO GÓMEZ (dir.), t. I, Thomson-Aranzadi, Navarra 2021, pp. 1057-1109.
GONZÁLEZ CARRASCO, Mª Carmen, «Falta de consentimiento informado y riesgos materializados. Comentario de la STS 8 abril de 2016», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil,* 102, 2016 (documento electrónico, 7 pp.).

GONZÁLEZ GUTIERREZ-BARQUIN Pedro/SANTAMARÍA PÉREZ, Florencio, «La responsabilidad patrimonial como consecuencia de la asistencia sanitaria», en *Manual de Responsabilidad pública,* 2ª ed., Aranzadi-Thomson, Navarra, 2010, pp. 901-918.

GREGORACI FERNÁNDEZ, Beatriz, «La relación de causalidad», *Practicum Daños 2019,* Aranzadi-Thomson, pp. 287-204.

JACKSON, Emily, *Medical Law. Test, cases and materials*, Oxford U.P.,3ª ed. 2013.

JONES, Michael*, Medical negligence,* 4ª ed., Swett and Maxwell, 2008.

KADNER GRAZIANO, Thomas, «Loss of a Chance in European Private Law. "All or nothing" or Partial Liability in Cases of Uncertain Causation», *European Review of Private Law,* n. 16, 6-2008, pp. 1009-1042.

KOCH, Bernhard A., «Medical malpractice in Austria», en OLIPHANT/WRIGHT (eds.) *Medical Malpractice and Compensation in Global Perspective,* De Gruyter, 2013.

--, «Medical Liability in Austria», en KOCH,(ed.) *Medical Liability i Europe A Comparison of Selected Jurisdictions,* DeGruyter, Germany, 2011, pp. 1-59.

--, "Der Verlust einer Heilungschance in Österreich", *European Review of Private Law,* 6-2008, pp. 1051-1060.

LUNA YERGA, Álvaro, «Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria», *Indret,* 2-2005, 18 pp.

MACÍA MORILLO, Andrea, «El daño derivado de la falta de información médica», en HERRADOR GUARDIA (dir.), *Derecho de daños, 2020,* Lefebvre, pp. 531-622.

--*, La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

MARTÍN CASALS, Miquel, «Acotaciones sobre la relación de causalidad y el alcance de la responsabilidad desde una perspectiva comparada», en *Nuevos retos del Derecho de daños en Iberoamérica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

--, «La modernización del Derecho de la responsabilidad extracontractual», en *Cuestiones actuales en materia de Responsabilidad civil,* APDC, Murcia, 2011, pp. 11-111.

--, «Some Introductory and Comparative Remarks to the Decision of the Swiss Federal Court BGE/ATF 133 III 462 and to the "Loss of Chance" Doctrine", *European Review of Private Law,* 6-2008, pp. 1043-1050.

MARTÍN CASALS Miquel/SOLÉ FELIU, Josep «Comentario a la STS 7 junio 2022» *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia civil*, 2002, vol. 60, pp. 1097-1121.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves, "La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria", en *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar*, dir. por Llamas Pombo, Madrid, Wolters Kluwer, 2014, pp. 206-249.

MEDINA ALCOZ, Luis, *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal,* Cívitas-Thomson, Navarra, 2018.

--, *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado,* Pamplona, Cívitas-Thomson, 2007.

MOURE GONZÁLEZ, Eugenio, "La salud cesante. O como valorar la pérdida de oportunidad terapéutica", *Revista Derecho y Salud,* 2017, vol. 27, nº 1. pp. 57-75.

MÜLLER, Christoph, *La perte d'une chance. Etude comparative en vuye de son idemnisation en droit suisse, notamment dans la responsabilité médicale,* Berna, 2002.

NYSS, Hermann, «Medical Liability in Belgium» en *Medical Liability in Europe. A Comparison of Selected Jurisdictions,* De Gruyter, 2011, pp. 61-95.

OLIPHANT, Ken, «Loss of Chance in English Law», *European Review of Private Law,* 6-2008, pp. 1061-1071.

OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco, «La defectuosa prestación del servicio jurídico por parte de los abogados: criterios de determinación de la indemnización por pérdida de oportunidad procesal», en *La modernización del contrato de servicios,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 303-320.

OYARZÚN VARGAS, Felipe, «Aproximaciones doctrinales a la teoría de la pérdida de oportunidad. Análisis y reflexiones del caso español», *RJUA*, nº 43, 2021-I, pp. 119-147.

PANTALEÓN DÍAZ, Marta, «Ausencia de consentimiento, defecto de información y responsabilidad médica: perspectivas penal y civil (1)», *Diario La Ley,* 2018, nº 9277, (versión smarteca).

PARRA SEPÚLVEDA, Darío, *La responsabilidad civil del médico en la medicina curativa,* tesis doctoral Uc3m, 2014, (https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19232).

PÉREZ VALLEJO, Ana, «Responsabilidad médico-sanitaria y pérdida de oportunidad», en *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en homenaje al prof. Dr Roca Guillamón,* ATAZ

LÓPEZ/COBACHO GÓMEZ (dir.), t. III, Thomson-Aranzadi, Navarra 2021, pp. 1131-1164.
PETRY, Franz Michael, «Medical Liability in Germany en *Medical Liability in Europe. A Comparison of Selected Jurisdictions,* De Gruyter, 2011, pp. 233-289.

RAMOS MATEOS, Almudena, «Diagnóstico tardío y pérdida de oportunidad», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid,* nº 41, 2020-1, pp. 53-68.

RIBOT IGUALADA, Jordi, «La responsabilidad civil por falta de consentimiento informado», *Revista de Derecho Privado,* 2007, Noviembre-Diciembre, pp. 29-62.

SERRA RODRÍGUEZ, Adela, «La responsabilidad civil del abogado: algunas consideraciones sobre su naturaleza jurídica, el incumplimiento, la configuración del daño y su cuantificación en el Derecho español», *Revista Justicia y Derecho,* Vol.2, n. 2, 2019, pp. 81-100.

--, *La responsabilidad civil del abogado,* Aranzadi, Navarra, 2000.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Mª Paz, *La impropiamente llamada objeción de conciencia a los tratamientos médicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

SANTOS MORÓN, M. José, «La responsabilidad médica (en particular en la medicina «voluntaria»): Una relectura desde el punto de vista contractual», *InDret,* 2018-1.

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

VICANDI MARTÍNEZ, Arantzazu, «La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil sanitaria, ¿se puede cuantificar lo incuantificable?, *Revista Derecho y salud,* 25-2, 2015, pp. 9-66.

XIOL RÍOS, Juan Antonio, «El daño moral y la pérdida de oportunidad», *Revista Jurídica de Cataluña,* 2010, pp. 9-38.

6. Relación de sentencias citadas

Sentencias del TS, Sala CIVIL

STS 985/97 de 10 de noviembre (ECLI:ES:TS:1997:6695)

STS 5788/1998 de 10 de octubre (ECLI:ES:TS:1998:5788),

SSTS 849/2000 de 26 septiembre (ECLI:ES:TS:2000:6772)

STS 3/2001 de 12 de enero (ECLI:ES:TS:2001:7412)

STS 865/2001 de 27 de septiembre (ECLI:ES:TS:2001:72533)

STS 416/2001 de 27 de abril 2001 (ECLI:ES:TS:2001:3429)

STS 667/2002 de 2 julio (ECLI:ES:TS:2002:4911)

STS 5424/2003 de 8 de septiembre (ECLI:ES:TS:2003:5424)

STS 560/2004 de 22 de junio 2004 (ECLI:ES:TS:2004:4333)

STS 721/2005 de 29 de septiembre (ECLI:ES:TS:2005:5675)

STS 6400/2005 de 21 octubre (ECLI:ES:TS:2005:6400)

STS 488/2006 de 10 de mayo (ECLI:ES:TS:2006:3027)

STS 801/2006 de 27 de julio (ECLI:ES:TS: 2006:58669)

STS 463/2007 de 6 de febrero (ECLI:ES:TS: 2007:463)

STS 415/2007 de 16 de abril (ECLI:ES:TS:2007:4237)

STS 423/2007 de 17 de abril (ECLI:ES:TS:2007:2561)

STS 759/2007 de 29 junio (ECLI: ES:TS:2007:4472)

STS 157/2008 de 28 de febrero (ECLI:ES:TS:2008:3968)

STS 88/2008 de 15 de febrero (ECLI:ES:TS: 2008:2190)

STS 4767/2008 de 29 de julio (ECLI:ES:TS:2008:4767)

STS 943/2008 de 23 de octubre (ECLI:ES:TS:2008:5371)

STS 2/2009 de 21 de enero (ECLI:ES:TS:2009:68)

STS 303/2009 de 12 de mayo (ECLI:ES:TS:2009:2680)

STS 478/2009 de 30 de junio (ECLI:ES:TS:2009:4412)

STS 250/2010 de 30 de abril (ECLI:ES:TS:2010:2311)

STS 462/2010 de 14 de julio (ECLI:ES:TS:2010:4630)

STS 679/2010 de 10 de diciembre (ECLI:ES:TS:2010:6690)

STS 948/2011 de 16 de enero (ECLI:ES:TS:2012:279)

STS 101/2011 de 4 de marzo (ECLI:ES:TS:2011:1804)

STS 123/2011 de 9 de marzo (ECLI:ES:TS:2011:2692)

STS 437/2012 de 26 de junio (ECLI:ES:TS:2012:5762)

STS 374/2013 de 5 de junio (ECLI:ES:TS:2013:3340)

STS 739/2013 de 19 de noviembre (ECLI: ES:TS: 2013:5513)

STS 33/2015 de 18 de febrero (ECLI:ES:TS 2015:434)

STS 229/2015 de 24 de abril (ECLI:ES:TS:2015:1695)

STS 483/2015 de 8 de septiembre (ECLI:ES:TS:2015:371)

STS 583/2015 de 23 de octubre (ECLI:ES:TS:2015:4290)

STS 227/2016 de 8 de abril (ECLI:ES:TS:2016:1427)

STS 112/2018 de 6 de marzo (ECLI:ES:TS:2018:724)

STS 105/2019 de 12 de febrero (ECLI:ES:TS:2019:576)

STS 50/2020 de 22 de enero (ECLI:2020:99)

STS 680/2023 de 8 de mayo (ECLI:ES:TS:2023:50)

Sentencias del TS, Sala contencioso-administrativo

STS 2750/2000 de 4 de abril (ECLI:ES:TS: 2000:2750)

STS 2229/2002 de 26 de marzo (ECLI:ES:TS:2002:2229)

STS 1287/2004 de 26 de febrero (ECLI:ES:TS:2004:1287)

STS 2506/2005 de 25 de abril (ECLI:ES:TS: 2004:2506)

STS 4736/2005 de 13 de julio (ECLI:ES:TS: 2005:4736)

STS 6847/2005 de 9 noviembre (ECLI:ES:TS:2005:6847)

STS 58/2005 de 14 de diciembre (ECLI: ES:TS: 2005:8258)

STS 1094/2007 de 23 de febrero (ECLI:ES:TS: 2007:1094)

STS 5714/2007 de 4 de julio (ECLI:ES:TS: 2007:5174)

STS 5230/2007 de 12 de julio (ECLI:ES:TS:2007:5230)

STS 6460/2007 de 10 de octubre (ECLI:ES:TS:2007:6360)

STS 3890/2008 de 7 de julio (ECLI: ES: TS:2008:3890)

STS 6254/2009 de 30 de septiembre (ECLI:ES:TS:2009:6254)

STS 7527/2009 de 24 de noviembre (ECLI:ES:TS:2009:7527)

STS 7734/2009, de 4 de diciembre (ECLI:ES:TS:2009:7734)

STS 2049/2010 de 4 de mayo (ECLI:ES:TS:2010:2049)

STS 3463/2010 de 25 de junio (ECLI:ES:TS:2010:3463)

STS 4867/2010 de 23 de septiembre (ECLI: ES: TS:2010:4867)

STS 5928/2010 de 12 de noviembre, ECLI:ES:TS:2010:5928)

SSTS 5922/2011 de 27 de septiembre (ECLI:ES: TS:2011:5922)

STS 6394/2011 de 30 de septiembre (ECLI:ES:TS:2011:6394)

STS 7060/2011 de 19 de octubre (ECLI:2011:7060)

STS 6944/2011 de 2 de noviembre (ECLI:ES:TS:2011:6944)

STS 2/2012 de 2 de enero (ECLI: ES:TS:2012:2)

STS 3/2012 de 2 enero (ECLI: ES: TS: 2012:3)

STS 6816/2012 de 2 de octubre (ECLI:ES:TS:2012:6186)

STS 6159/2012 de 9 de octubre (ECLI:ES:TS: 2012:6519)

STS 1450/2012 de 28 de febrero (ECLI:ES:TS:2012:1450).

STS 3637/2012 de 22 de mayo (ECLI:ES: TS:2012:3637)

STS 4530/2012 de 19 junio (ECLI:ES:TS:2012:4530)

STS 4697/2012 de 3 de julio (ECLI: ES: TS: 2012:4697)

STS 7401/2012 de 20 de noviembre (ECLI:ES:TS: 2012/7401)

STS 7878/2012 de 27 de noviembre (ECLI:ES:TS:2012:7878)

STS 8508/2012, de 3 de diciembre (ECLI:ES:TS:2012:8508)

STS 8458/2012 de 21 de diciembre (ECLI: ES: TS: 2012:8548)

STS 2988/2013 de 4 de junio (ECLI:ES: TS: 2013:2988)

STS 2316/2015 de 26 mayo (ECLI:ES:TS:2015:2316)

STS 3935/2015 de 25 de septiembre (ECLI:ES:TS:2015:3935)

STS 5640/2015 de 21 de diciembre (ECLI: ES:TS: 2015:5640)

STS 145/2016 de 27 de enero (ECLI: ES:TS:2016:145)

STS1083/2016 de 15 de marzo (ECLI :ES:TS:2016:1083)

STS 1177/2016, de 25 de mayo (ECLI: ES:TS:2016:2289)

STS 1832/2016 de 18 de julio (ECLI:ES:TS:2016:3819)

STS 733/2017 de 28 de abril (ECLI: ES:TS:2019:1711)

STS 782/2017 de 9 de mayo (ECLI:ES:TS:2017:1280)

STS 169/2018 de 6 de febrero (ECLI:ES:TS:2018:352)

STS 462/2018 de 20 de marzo (ECLI:ES:TS:2018:1096)

STS 664/2018 de 24 de abril (ECLI:ES:TS:2018:1545).

STS 665/2018 de 24 de abril (ECLI: ES:TS:2018:1546)

STS 407/2020 de 14 de mayo (ECLI:ES:TS:2020:1062)

STS 140/2021 de 4 de febrero 2021 (ECLI:ES:TS 2021:550)

Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia

STSJ Navarra, Sala de lo Civil y Penal, 22/2001 de 27 de octubre (ECLI:ES:TSJNA:2001:1649).

STSJ Asturias, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 356/2015 de 11 de mayo, ECLI:ES:TSJAS:2015:1195)

STSJ Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 871/2023 de 20 de abril (ECLI:TSJAND:2023:3857)

Sentencias de Audiencias Provinciales

la SAP Cantabria 442/2004 de 19 de noviembre (ECLI:ES:APS:2004:2135)

SAP Barcelona, sección 1ª, 481/2015 de 9 de noviembre (ECLI:ES:APB:2015:12801)

SAP León, Sección 2ª, 347/2017 de 27 de noviembre (ECLI: ES:APLE:2013:1488)

SAP Burgos, Sección 2ª, 424/2017 de 21 de diciembre (ECLI:ES:APBU:2017:1109)

la SAP Madrid 99/2018 de 5 de marzo (ECLI:ES:APT:2018:6072)

SAP Barcelona, Sección 1ª, 635/2018 de 19 de noviembre (ECLI:ES:APB:2018:11473)

SAP Tarragona 502/2021 de 28 octubre (ECLI:ES:APT:2021:1696)

SAP Barcelona, Sección 14ª, 528/2021 de 9 de noviembre (ECLI:ES:APB:2021:14688)

Sentencias del TC

STC 37/2011 de 28 de marzo

InDret
2.2024

Josep Maria Bech Serrat
Universidad de Girona
-

La influencia predominante de las plataformas en línea y la responsabilidad contractual por los bienes y servicios subyacentes

Sumario

-

La responsabilidad contractual de las plataformas en línea está siendo objeto de un intenso debate. Los operadores normalmente actúan como meros intermediarios y así suelen revelarlo con arreglo al art. 97 bis TRLGDCU, apartado 1, letra d), mientras que una corriente de opinión pretende hacerlos responder por los bienes y servicios subyacentes a partir de la influencia predominante que ejercen sobre los proveedores. El criterio tiene su origen en la jurisprudencia elaborada por el TJUE a propósito de los prestadores de servicios de la sociedad de la información. A falta de una regulación específica en la Unión Europea, el art. 20 de las Reglas modelo sobre intermediación en línea publicadas por el European Law Institute (ELI) constituye un hito importante en el debate. Este artículo se muestra partidario de acudir al Derecho de contratos. A este respecto primero aborda el principio de relatividad de los contratos y tantea si cabe incluir el contrato celebrado entre los dos grupos de usuarios, proveedores y clientes, entre las excepciones a la regla del art. 1257 I CC realizadas por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo español con respecto a otros contratos y actividades económicas. A continuación, contrapone una responsabilidad por los bienes y servicios basada en la influencia predominante de las plataformas sobre los proveedores con la posibilidad de «levantar el velo» a partir de una distribución contractual de oportunidades y riesgos.

Abstract

-

The contractual responsibility of online platform operators has been subject to an intensive debate. Operators usually act as mere intermediaries and thus they usually disclose it pursuant to art. 97 bis (1)(d) TRLGDCU, while an opinion seeks to make them liable for the underlying goods and services based on the predominant influence they exercised on suppliers. The criterion has its origins in the case law developed by the CJEU regarding information society service providers. Lacking specific regulation in the European Union, art. 20 of the Model Rules on Online Intermediation published by the European Law Institute (ELI) constitute an important milestone in the debate. This paper is in favor of resorting to Contract Law. In this regard, it first addresses the principle of relativity of contracts and considers whether it is possible to include the contract concluded between the two groups of users, suppliers and clients, among the exceptions to the rule of art. 1257 I CC carried out by the jurisprudential doctrine of the Spanish Supreme Court with respect to other contracts and economic activities. It then contrasts a responsibility for goods and services based on the predominant influence of platforms over suppliers with the possibility of «piercing the veil» based on a contractual distribution of opportunities and risks.

Title: *The predominant influence of online platforms and contractual responsibility for underlying goods and services*

-

Palabras clave: Plataformas en línea, Requisitos de transparencia, Influencia predominante, Responsabilidad contractual, Intermediación

***Keywords*:** *Online platforms, Transparency requirements, Predominant influence, Contractual liability, Intermediation*

-

DOI: 10.31009/InDret.2024.i2.02

InDret

2.2024

Recepción
03/01/2024
-
Aceptación
10/04/2024
-

Índice

-

1. Introducción
2. El criterio de la influencia predominante
2.1. Transformando el estatuto jurídico de las plataformas
a. La jurisprudencia del TJUE sobre responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información
b. Los apartados 2 y 3 del art. 6 del Reglamento de Servicios Digitales
2.2. La recepción del criterio de la influencia predominante en el ámbito de la responsabilidad contractual de las plataformas por el bien o servicio subyacente
a. Art. 20 de las Reglas modelo ELI sobre plataformas en línea: el «principio de confianza» en la influencia predominante de la plataforma
b. Manifestaciones normativas de la influencia predominante de la plataforma para establecer su responsabilidad contractual: los casos de Portugal, Italia y Francia. Contraste con la regulación española
c. Acogida de la influencia predominante en la doctrina científica española para propugnar una responsabilidad contractual de la plataforma
d. Valoración crítica: el art. 6 del Reglamento de Servicios Digitales como fundamento de una responsabilidad contractual
3. En defensa del Derecho de contratos y el modelo de intermediación en línea
3.1. El respeto a los principios de relatividad del contrato, autonomía privada y libertad contractual
3.2. «Levantando el velo»: el criterio de la distribución contractual de oportunidades y riesgos
a. La plataforma predetermina el deber de prestación que el cliente puede exigir con respecto al bien o servicio
b. La plataforma fija el precio del bien o servicio
c. El proveedor actúa como auxiliar de la plataforma en el cumplimiento del contrato que tiene por objeto el bien o servicio
d. Un contrato anterior entre el proveedor y el operador pone de manifiesto que a la plataforma se asignan las oportunidades y riesgos resultantes del contrato celebrado por el cliente
4. Conclusiones
5. Jurisprudencia
6. Bibliografía

-

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

1. Introducción*

Unas pocas plataformas en línea facilitan el acceso a un número ingente de bienes y servicios y ocupan un lugar destacado en el mercado digital[1]. Se trata de empresas que hoy resultan cruciales en la comercialización. Establecen el marco en que se encuentran la oferta y la demanda y su actividad da origen a la celebración de muchísimos contratos[2]. Cada proveedor concluye un contrato para acceder a la plataforma. El operador de la plataforma lleva a cabo una labor de promoción, publicidad e intermediación en línea a cambio de percibir una remuneración por cada transacción facilitada o en función de un período de suscripción. Las plataformas obtienen grandes beneficios al aprovecharse de unas economías de escala. Frecuentemente recaban unos datos personales a los dos grupos de usuarios, tanto a proveedores como a clientes, que pueden ser empleados para publicitar servicios adicionales o hacer recomendaciones a los clientes a partir del perfil creado[3]. Los clientes también suelen registrarse en la plataforma y utilizan esta vía para acceder cómodamente a una gran variedad de bienes y servicios. La economía de plataformas puede ser beneficiosa al reducir los costes de transacción, sobre todo si en un futuro mejora la transparencia en la gestión del llamado sistema reputacional[4].

Las plataformas digitales se presentan a sí mismas como simples intermediarias y crean un ambiente transaccional que habitualmente se compone de tres relaciones contractuales: a) un contrato de acceso entre la plataforma y el proveedor estableciendo las condiciones bajo las cuales este último puede ofrecer sus bienes o servicios; b) un contrato de acceso entre la plataforma y el cliente que permite a este ordenar la contratación del bien o servicio, a menudo celebrado a partir de un registro gratis; y c) un contrato entre el proveedor y el cliente. A veces los buscadores de ofertas o potenciales clientes no han de darse de alta en la plataforma para comenzar a usarla[5]. Aunque excepcionalmente las plataformas en línea pueden ser la única parte contractual del cliente[6], casi siempre se presentan como intermediarias que facilitan transacciones entre terceros a través de un entorno electrónico: expresan en la página web y/o en las condiciones generales de la contratación que son prestadoras de un servicio de alojamiento de datos o información, y/o que actúan como representantes del proveedor o, más comúnmente, que solo desempeñan una función de intermediación y que, en consecuencia, no son parte del

---

* Josep Maria Bech Serrat (josepm.bech@udg.edu).

[1] La presente investigación emplea indistintamente los términos «operador de la plataforma», «titular de la plataforma» y «plataforma» con el mismo alcance y significado.

[2] GRUNDMANN, Stefan/HACKER, Philipp, «The Digital Dimension as a Challenge to European Contract Law- The Architecture», en GRUNDMANN, Stefan (ed.), *European Contract Law in the Digital Age*, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2018, 4-45, pp. 22-26.

[3] DEVOLDER, Bram, «Contractual Liability of the Platform», en DEVOLDER, Bram (ed.), *The Platform Economy (Unravelling the Legal Status of Online Intermediaries)*, Cambridge-Antwerp-Chicago, Intersentia, 2019, 31-88, pp. 32-33; y TWIGG-FLESNER, Christian, «Online Intermediary Platforms and English Contract Law», en DAVIES, Paul S./CHENG-HAN, Tan (eds.), *Intermediaries in Commercial Law*, Oxford-London-New York-New Delhi-Sydney, Hart, 2022, 171-192, p. 178.

[4] Art. 5 del Reglamento UE 2019/1150, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea, DOCE L 186/57 de 11 de julio de 2019.

[5] SÁNCHEZ LERÍA, Reyes, «Mercado digital y protección del consumidor: a propósito de la Directiva 770/2019 y su transposición al ordenamiento jurídico español», *InDret* 4/2021, 33-87, p. 40.

[6] ROTT, Peter, «New Liability of Online Marketplaces Under the Digital Services Act?», *European Review of Private Law* 6/2022, 1039-1058, p. 1041.

contrato que tiene por objeto el bien o servicio subyacente (cláusula de intermediación)[7]. De hecho, el operador de la plataforma por medio del contrato de acceso, corretaje o intermediación que celebra con los dos grupos de usuarios, proveedores y clientes, se obliga a llevar a cabo las actuaciones necesarias y a tener disponibles los medios electrónicos idóneos para que estos sujetos puedan interactuar y, eventualmente, contratar el bien o servicio subyacente[8].

De entrada, uno podría admitir la validez de la cláusula de intermediación en base al principio de que las personas, físicas o jurídicas, pueden obligarse de la forma que estimen conveniente, y a que los pactos deben ser respetados (*pacta sunt servanda*) (arts. 1091 y 1255 CC). Singularmente, la autonomía contractual debería permitir a plataformas, proveedores y clientes escoger libremente cuáles son sus respectivos contratantes. El llamado principio de relatividad de los contratos supone que, lo que crean las partes de un contrato, ya sean derechos, facultades u obligaciones, no es aplicable a terceros (art. 1257 I CC).

Sin embargo, las plataformas digitales tienen una cara que el ordenamiento jurídico en modo alguno puede soslayar: son creadoras y reguladoras del mercado[9]. Cuantos más clientes empleen la plataforma, más proveedores de bienes y servicios habrá disponibles en su web, y viceversa; y, una vez alcanza una masa crítica suficiente a ambos lados de las transacciones, la plataforma operadora obtiene una posición extraordinariamente fuerte en el mercado que le permite ejercer una función reguladora[10]. Entonces la plataforma predetermina en buena medida las relaciones contractuales de las partes que concluyen contratos a través suyo mediante sus propias condiciones generales que se aplican a todos los usuarios[11]. Establece condiciones generales para los contratos que celebran proveedores y clientes. Impone a los proveedores unas obligaciones que deberán cumplir frente a los clientes que contratan bienes o servicios desde la plataforma. Determina las condiciones bajo las cuales se celebran los contratos y se cumplen (v.gr. requisitos de uso de la plataforma para recibir órdenes y comunicarse con los clientes, condiciones de suspensión o resolución del contrato de acceso celebrado con el proveedor y posibilidad de modificación unilateral de la plataforma) y clasifica a los proveedores. Crea un marco para que los clientes expresen su opinión sobre los bienes y servicios y ofrece mecanismos de resolución de conflictos[12].

La función creadora y reguladora del mercado de las plataformas fue tomada en consideración por una opinión doctrinal imperante en el Derecho europeo del consumo para establecer y propugnar su responsabilidad por el bien o servicio subyacente contratado. El nivel de involucración de la plataforma en la transacción entre proveedor y cliente devino relevante en

---

[7] TWIGG-FLESNER, «Online Intermediary Platforms and English Contract Law», cit., pp. 172 y 175, quien añade que en ocasiones las plataformas se presentan a sí mismas como «representantes» cuando en realidad no existe un poder de representación. Sobre el tema, DEMOTT, Deborah A., «The Platform as Agent», en DAVIES, Paul S./ CHENG-HAN, Tan (eds.), *Intermediaries in Commercial Law*, Oxford-London-New York-New Delhi-Sydney, Hart, 2022, 153-170, pp. 153-170.

[8] CUENA CASAS, Matilde, «La contratación a través de plataformas intermediarias en línea», *Cuadernos de Derecho Transnacional* 2/2020, 283-348, pp. 328-334; LÓPEZ ORTEGA, Raquel, «Las plataformas Uber, BlaBlaCar y Airbnb: ¿Intermediarias o prestadoras del servicio subyacente?», *Revista de Derecho Mercantil* 321/2021, 177-238, pp. 217-219, con respecto a las plataformas BlaBlaCar y Airbnb.

[9] TWIGG-FLESNER, «Online Intermediary Platforms and English Contract Law», cit., pp. 171-172.

[10] Ibidem, pp. 178-179.

[11] ROTT, «New Liability of Online Marketplaces Under the Digital Services Act?», cit., p. 1040.

[12] TWIGG-FLESNER, «Online Intermediary Platforms and English Contract Law», cit., pp. 171-174.

la misma línea que lo ocurrido con la no aplicación de la exención de responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento de datos («puerto seguro») contenida en el antiguo art. 14.2 de la Directiva sobre comercio electrónico[13], más recientemente en vista de la reformulación del criterio en el nuevo apartado 3 del art. 6 del Reglamento de Servicios Digitales[14], de aplicación a partir del pasado día 17 de febrero de 2024 (art. 93.2). Singularmente, el art. 20 de las Reglas modelo ELI (*European Law Institute*) sobre plataformas en línea[15] estableció que el cliente puede ejercer aquellos derechos y remedios frente a un incumplimiento disponibles frente al proveedor bajo el contrato proveedor-cliente también contra el operador de la plataforma si «el cliente puede razonablemente confiar en que el operador de la plataforma tiene una influencia predominante sobre el proveedor». Esta doctrina es el eco en el ámbito de la responsabilidad contractual de la jurisprudencia elaborada en torno al art. 14.2 de la Directiva sobre comercio electrónico[16].

A su vez las Directivas (UE) 770 y 771/2019 reguladoras, respectivamente, de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y de la compraventa de bienes, abrieron la puerta a su eventual aplicación a las plataformas cuando estas actúan con fines relacionados con sus propias actividades y en calidad de socio contractual directo del consumidor en estos ámbitos[17]. Estas normas también prestaron atención al particular rol que desempeñan las plataformas con el fin de proteger a las personas consumidoras. Dieron pie a que la instauración de una responsabilidad contractual de los operadores por el bien o servicio subyacente basada en su influencia predominante encontrara reflejo en un plano normativo (art. 44 del *Decreto-lei* portugués 84/2021, de 18 de octubre)[18]; y a que la regulación de algunos Estados miembros imponga a las plataformas digitales una responsabilidad como profesionales o vendedoras por la falta de conformidad de los contenidos y servicios digitales y los bienes de consumo (letra e)

---

[13] Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (en adelante, Directiva sobre comercio electrónico), DOCE L 178/1 de 17 de julio de 2000.

[14] Reglamento (UE) 2022/2065 de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales (en adelante, Reglamento de Servicios Digitales), DOUE L 277/1 de 27 de octubre de 2022. El art. 89 del Reglamento de Servicios Digitales suprimió los arts. 12 a 15 de la Directiva sobre comercio electrónico y prescribe que las referencia a estas normas en la actualidad se entenderán hechas a los arts. 4 , 5 , 6 y 8 de este Reglamento, respectivamente.

[15] En 2016 un grupo de académicos de la UE, el RESEARCH GROUP ON THE LAW OF DIGITAL SERVICES, publicó una Discusión de Propuesta de Directiva sobre Plataformas de Intermediación en Línea. En 2017, el proyecto fue asumido por el *European Law Institute* (ELI) y convertido en una propuesta de reglas modelo a partir del trabajo de un grupo formado por 35 investigadores de 10 Estados miembros de la Unión Europea (en adelante, Reglas modelo ELI sobre plataformas en línea). El texto puede consultarse en BUSCH, Christoph/DANNEMANN, Gerhard/SCHULTE-NÖLKE, Hans/WIEVIÓROWSKA-DOMAGASKA, Aneta/ZOLL, Fryderyk (RESEARCH GROUP ON THE LAW OF DIGITAL SERVICES), «The ELI Model Rules on Online Platforms», pp. 1-20, https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/_p_eli/Publications/ELI_Model_Rules_on_Online_Platforms.pdf (fecha de consulta: 17 de octubre de 2023); también en *Journal of European Consumer and Market Law* 2/2020, pp. 61-70. Para los detalles técnicos del proyecto, SØRENSEN, Marie Jull, «Draft Model Rules on Online Intermediary Platforms», en DEVOLDER, Bram (ed.), *The Platform Economy (Unravelling the Legal Status of Online Intermediaries)*, Cambridge-Antwerp-Chicago, Intersentia, 2019, 173-186, pp. 173-186.

[16] Entre otras, STJUE de 23 de marzo de 2010, Louis Vuitton, C-236/08 a C-238/08 (ECLI:EU:C:2010:159); STJUE de 12 de julio de 2011, L'Oréal, C-324/09 (ECLI:EU:C:2011:474); STJUE de 20 de diciembre de 2017, Uber, C-434/15 (ECLI:EU:C:2017:981); STJUE de 19 de diciembre de 2019, Airbnb, C-390/18 X (ECLI:EU:C:2019:1112).

[17] Cdo. 18 de la Directiva (UE) 770/2019, de 20 de mayo, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y Cdo. 23 de la Directiva (UE) 771/2019, de 20 de mayo, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes. DOUE L 136/1 y 136/28 de 22 de mayo de 2019, respectivamente.

[18] *Diário da República*, 1ª serie núm. 202, de 18 de octubre de 2021, p. 27 y ss.

del apartado 2 del art. 135-*octies* del Código de consumo italiano en relación con el art. 135-*decies*, apartados 1 y 2 y art. 135-*quaterdecies*, y letra c) del apartado 2 del art. 128 en relación con el art. 133 del mismo texto legal)[19]. Además, más allá de las Directivas (UE) 770 y 771/2019, otros países optaron por establecer una responsabilidad de las centrales de reserva frente a lo clientes por el incumplimiento del contrato de transporte a la luz del caso Uber[20] (primer párrafo del art. L 3142-3 del Código de transportes francés, creado a partir de la «*loi Grandguillaume*»)[21].

La presente investigación revisa el criterio de la influencia predominante empleado para establecer una responsabilidad contractual de las plataformas por una falta de conformidad del bien o servicio subyacente. El apartado 2 hace hincapié en la jurisprudencia del TJUE elaborada en torno al antiguo art. 14 de la Directiva sobre comercio electrónico, analiza cuál es el significado atribuido a la antedicha influencia predominante en el art. 20 de las Reglas modelo ELI y la acogida que tuvo el criterio en los textos normativos portugueses, italianos y franceses que fueron mencionados, así como en la doctrina científica española. El apartado 3 aborda el principio de relatividad de los contratos, tantea si cabe incluir el contrato celebrado entre los dos grupos de usuarios, proveedores y clientes, entre las excepciones a la regla del art. 1257 I CC realizadas por la doctrina jurisprudencial de la Sala Civil del Tribunal Supremo español con respecto a otros contratos y actividades económicas y examina así mismo el tema en base a una distribución contractual de oportunidades y riesgos de los sujetos involucrados. Finalmente, el apartado 4 contiene unas conclusiones.

2. El criterio de la influencia predominante

2.1. Transformando el estatuto jurídico de las plataformas

a. La jurisprudencia del TJUE sobre responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información

En estos momentos resulta poco realista reducir la función del operador de una plataforma a un almacenamiento de datos y contenidos o a una mera provisión de motores de búsqueda. El modelo de unos proveedores de servicios de intermediación amparados por el «puerto seguro», caracterizados por una pasividad, ausencia de control y falta de conocimiento, hoy quedó superado a partir de la irrupción de la economía de plataformas. Muy pocas plataformas tienen un modelo de negocio que se limita a mostrar anuncios clasificados. Lejos de lo previsto en su momento por el art. 14 de la Directiva sobre comercio electrónico y el art. 16 LSSICE[22], todavía vigente, los operadores se esfuerzan por crear un entorno de confianza para los usuarios proporcionando mecanismos para obtener conocimiento, gestionar avisos, eliminar contenidos o garantizar el cumplimiento de las políticas internas. La mayoría de plataformas implementan sistemas de avisos y retirada, filtrado algorítmico o mecanismos de clasificación que se apoyan

[19] Véanse las modificaciones al Código de consumo italiano introducidas por los Decretos Legistativos núms. 170 y 171, de 4 de noviembre de 2021, *Gazzetta Ufficiale*, *Serie Generale* núms. 281 y 282 de 25 y 26 de noviembre de 2021, los cuales entraron en vigor en fechas 10 y 11 de diciembre de 2021, respectivamente.

[20] STJUE de 20 de diciembre de 2017, Uber, C-434/15 (ECLI:EU:C:2017:981).

[21] *Loi 2016-1920 du 29 décember 2016 relative à la régulation, à la responsabilisation et à la simplification dans le secteur du transport public particulier de personnes*, en vigor desde el 31 de diciembre de 2016.

[22] Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (en adelante, LSSICE), BOE 166 de 12 de julio de 2002.

en verificaciones de hechos y marcadores de confianza, y se orientan a adoptar normas comunes y garantizar el cumplimiento efectivo. En la gran mayoría de casos es improbable que pueda negarse una cierta intervención activa del operador en el ejercicio de sus funciones como regulador, supervisor y generador de confianza[23]. Los operadores abandonan la posición de meros intermediarios pasivos para mejorar sus servicios, captar y conservar a los usuarios y que las plataformas resulten atractivas en un mercado competitivo[24]. De ese modo, continúan presentándose a sí mismos como intermediarios pero ejercen un control elevado sobre los proveedores de los bienes o servicios subyacentes.

Como es conocido, el fenómeno fue abordado por el TJUE. El Tribunal de Luxemburgo introdujo unos criterios relacionados con el nivel de control e influencia decisiva sobre los usuarios para evaluar el papel del operador de la plataforma, como factores para establecer la responsabilidad de los proveedores de los servicios de la sociedad de la información a raíz de una serie de cuestiones prejudiciales relativas al art. 14 de la Directiva sobre comercio electrónico. Los antiguos arts. 12 a 15 de la mencionada directiva, bajo el título «Responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios», pretendieron restringir los casos en los que, conforme al derecho nacional aplicable en la materia, podía originarse la responsabilidad de estos sujetos. Concretamente, el apartado primero del art. 14 excluía la responsabilidad por un servicio de la sociedad de la información consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio, a menos que, tras llegar a su conocimiento la ilicitud de estos datos o de las actividades del destinatario gracias a la información recibida de un perjudicado o de otro modo, el proveedor del servicio de la sociedad de la información no actuara con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos fuera imposible; y el apartado segundo del mismo art. 14 prescribía la no aplicación del apartado primero cuando el destinatario del servicio actuara «bajo la autoridad o control del prestador de servicios». Fue en ese ámbito donde la atención se focalizó en la influencia predominante de las plataformas.

En un primer momento la Comisión europea y el TJUE dieron distintas respuestas a la cuestión de considerar la plataforma como proveedora del servicio subyacente. Por una parte, mediante la Comunicación «Una Agenda Europea para la economía colaborativa», de 2 de junio de 2016[25], la Comisión estableció un test muy exigente. Tres criterios fueron empleados acumulativamente para presumir una actuación de la plataforma como prestadora del servicio: su influencia predominante en la fijación del precio del servicio, su influencia en otras condiciones contractuales esenciales determinantes de la relación contractual entre el proveedor y el cliente, y la titularidad por parte de la plataforma de activos clave para prestar el servicio. A juicio de la Comisión europea, el simple hecho de que la plataforma realizara también otras actividades –además de prestar servicios de alojamiento de datos e información—, no significaba necesariamente que dicha plataforma ya no pudiera invocar la exención de responsabilidad del art. 14 de la Directiva sobre comercio electrónico con respecto a estos servicios.

[23] En esos términos, RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, «La fórmula de la DSA para resolver el "dilema de la responsabilidad de las plataformas": un equilibrio entre continuidad e innovación», en HERNÁNDEZ SAINZ, Esther/MATE SATUÉ, Loreto Carmen/ALONSO PÉREZ, María Teresa (dirs.), *La responsabilidad civil por servicios de intermediación prestados por plataformas digitales*, A Coruña, Colex, 2023, 25-50, p. 42.

[24] RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, «La fórmula de la DSA para resolver el "dilema de la responsabilidad de las plataformas"», cit., pp. 40-41.

[25] COM(2016) 356 final, 1-18, pp. 8-9.

En contraste, el Tribunal de Luxemburgo realizó una interpretación más proclive a considerar la plataforma como prestadora del servicio subyacente. Delimitó las fronteras de la inmunidad establecida en el antiguo art. 14 de la Directiva sobre comercio electrónico atendiendo al rol de la plataforma en la cadena comercial. Distinguió entre aquellas plataformas que tienen un papel activo en la promoción y asistencia de las partes para obtener un control sobre los datos intercambiados, y otras que el tribunal calificó de «meras intermediarias» y que mantienen una posición «neutral» con respecto a la relación proveedor-cliente[26].

La idea de una «influencia predominante» de las plataformas se fue conformando a partir de distintas sentencias de este tribunal. De cada decisión judicial cabe sacar alguna lección. En el caso Louis Vuitton[27] la empresa Google ofrecía un servicio remunerado de referenciación denominado AdWords operando un motor de búsqueda en Internet, el cual permitía a los operadores económicos seleccionar una o varias palabras clave para la muestra de un enlace promocional que iba acompañado de un breve mensaje comercial (anuncio). El anunciante debía abonar una cantidad de dinero por el servicio cada vez que un cliente pulsara su enlace promocional. El TJUE declaró que la exención de responsabilidad del antiguo art. 14 de la Directiva sobre comercio electrónico solamente era aplicable a aquellos casos en que la actividad del prestador de servicios de la sociedad de la información fuera «meramente técnica, automática y pasiva», lo que implicaba que el prestador no tenía «conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada». El empleo por parte de Google SARL de un programa desarrollado por la misma empresa para el tratamiento de los datos introducidos por los anunciantes y la determinación del orden de aparición de los anuncios en pantalla en función de la cantidad abonada por estos sujetos, llevaron al Tribunal de Luxemburgo a no considerar aplicable la exención de responsabilidad del art. 14 de la Directiva sobre comercio electrónico. El papel desempeñado por el prestador del servicio en la redacción del mensaje comercial que acompañaba al enlace promocional o en el establecimiento o la selección de palabras clave fue considerado relevante para la no exención de responsabilidad, mientras que las circunstancias del carácter remunerado del servicio de referenciación y el hecho de que Google fijara las formas de remuneración no fueron consideradas como suficientes por sí mismas para excluir la exención.

Otra sentencia relevante fue, sin duda, el caso L'Oréal[28]. Los hechos se refirieron en esta ocasión a una selección de palabras clave correspondientes a marcas de esta empresa llevada a cabo por la plataforma eBay en el marco del antedicho servicio de referenciación AdWords de Google. La plataforma hacía aparecer un enlace publicitario en su sitio web cada vez que las palabras clave correspondientes a marcas de la empresa L'Oréal coincidían con las palabras contenidas en la búsqueda efectuada por la persona internauta a través del motor de búsqueda de Google. Al parecer, la plataforma comercializó de este modo distintos productos de perfume y cosméticos que en realidad no se encontraban destinados a la venta a consumidores, sin autorización de la empresa L'Oréal. De nuevo en esta ocasión el TJUE tomó en consideración la influencia del

[26] STJUE de 23 de marzo de 2010, Louis Vuitton, C-236/08 a C-238/08 (ECLI:EU:C:2010:159); STJUE de 12 de julio de 2011, L'Oréal, C-324/09 (ECLI:EU:C:2011:474), apartado 112. IAMICELI, Paola, «Online Platforms and the Digital Turn in EU Contract Law: Unfair Practices, Transparency and the (pierced) Veil of Digital Immunity», *European Review of Contract Law* 4/2019, 392-420, pp. 416-417, opina que el nivel de responsabilidad incrementará –y la inmunidad disminuirá— en la medida que la «neutralidad» de las plataformas deja espacio a una cierta forma de control.

[27] STJUE de 23 de marzo de 2010, Louis Vuitton, C-236/08 a C-238/08 (ECLI:EU:C:2010:159), apartados 113-120.

[28] STJUE de 12 de julio de 2011, L'Oréal, C-324/09 (ECLI:EU:C:2011:474), apartados 116-124.

operador del mercado electrónico para establecer su responsabilidad. Cuando este operador presta una asistencia consistente, entre tras cosas, en optimizar la presentación de las ofertas de venta en cuestión o en promover tales ofertas, según el tribunal, cabe considerar que no ocupa una posición neutra entre el vendedor correspondiente (proveedor) y los potenciales compradores (clientes), sino que desempeña un papel activo que le permite adquirir conocimiento o control de los datos relativos a estas ofertas. Esta circunstancia llevó al Tribunal de Luxemburgo a considerar que la plataforma eBay no podía acogerse a la excepción en materia de responsabilidad prevista por el antiguo art. 14 de la Directiva sobre comercio electrónico – hoy sustituido por el art. 6 del Reglamento de Servicios Digitales.

A este respecto, resultó también emblemático el caso Uber[29] en el ámbito de la contratación del servicio de transporte de personas. Esta plataforma exige unos requisitos a los conductores de vehículos y ofrece la carrera a aquel conductor más cercano una vez la misma ha sido solicitada por el pasajero desde una aplicación empleando un sistema de geolocalización. El conductor dispone de diez segundos para aceptar llevar a cabo la carrera sin ser informado de cuál es la destinación y, en caso afirmativo, la plataforma comunica al pasajero el nombre del conductor, tipo de coche y clasificación, incluso puede ver una fotografía. Si el pasajero también acepta, Uber carga automáticamente el importe de la carrera, calculado unilateralmente por la plataforma. Conductor y pasajero tienen prohibido negociar el precio y el operador desaconseja el pago de propinas. Finalmente, la plataforma pide al pasajero que evalúe al conductor[30].

A juicio del Tribunal de Luxemburgo, el servicio de intermediación de Uber forma parte integrante de un «servicio global cuyo elemento principal es un servicio de transporte» y, por tanto, «no responde a la calificación de "servicio de la sociedad de la información" en el sentido del art. 1, punto 2, de la Directiva 98/34, al que remite el art. 2, letra a), de la Directiva sobre comercio electrónico, sino a la de "servicio en el ámbito de los transportes", en el sentido del art. 2, apartado 2, letra d), de la Directiva 2006/123»[31]. Dicha calificación se debe, según la sentencia, a que los conductores no estarían en condiciones de prestar un servicio de transportes sin la aplicación epónima que Uber les proporciona, y a que esta empresa ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por los conductores mediante dicha aplicación (v.gr. establece al menos el precio máximo de la carrera, recibe este precio del cliente para después abonar una parte al conductor del vehículo y ejerce cierto control sobre la calidad de los vehículos, así como sobre la idoneidad y el comportamiento de los conductores)[32]. En la medida que Uber esencialmente crea el mercado para el transporte urbano efectuado por conductores no profesionales y ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones en que los conductores llevan a cabo el servicio de transporte, el servicio íntegro compuesto –incluido el servicio de intermediación en línea que, en principio, reúne los criterios para ser reputado como

[29] STJUE de 20 de diciembre de 2017, Uber, C-434/15 (ECLI:EU:C:2017:981).

[30] Para un análisis detallado de los requisitos que exige Uber a los conductores y de cómo funciona la plataforma, SØRENSEN, Marie Jull, «Private Law Perspectives on Platform Services (Uber: A business model in search of a new contractual legal frame?)», *Journal of European Consumer and Market Law* 1/2016, 15-19, pp. 15-16. Contrástese con el modelo de negocio desarrollado por la plataforma BlaBlaCar, donde el conductor realiza un transporte privado compartiendo su vehículo a cambio de percibir una participación del cliente en los gastos. Distintas sentencias españolas consideraron que en este caso el operador de la plataforma no ejerce una influencia decisiva para convertirse en transportista. SJMer 30/2017 núm. 2 Madrid, de 2 de febrero de 2017, ECLI:ES:JMM:2017:6, FJ 5º, o SAP Madrid 86/2019, Sección 28ª, de 18 de febrero, ECLI:ES:APM:2019:1255, FJ 6º.

[31] Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior (en adelante, Directiva de servicios), L 376/36 de 27 de diciembre de 2006.

[32] STJUE de 20 de diciembre de 2017, Uber, C-434/15 (ECLI:EU:C:2017:981).

«servicio de la sociedad de la información»— no queda cubierto por la Directiva sobre comercio electrónico[33]. En consecuencia, si la empresa Uber facilita un servicio de alojamiento de datos o información, además de llevar a cabo otras actividades como prestar el servicio de transporte en sí mismo considerado, a estos servicios no se les aplica la exención de responsabilidad[34].

Una última sentencia del STJUE que resulta fundamental es la que resuelve el caso Airbnb[35]. Según la resolución judicial, Airbnb Ireland UC ofrece una plataforma electrónica que, a cambio del pago de una comisión, pone en contacto a anfitriones, profesionales y particulares, que disponen de alojamientos para alquilar, por un lado, y a personas que buscan este tipo de alojamiento, por otro. Airbnb Payments UK Ltd, por su parte, presta servicios de pago en línea relacionados con esta puesta en contacto y gestiona las actividades de pago del grupo en la Unión Europea. A su vez, Airbnb France SARL, se encarga de la promoción de dicha plataforma entre los usuarios del mercado francés. Además del servicio de intermediación entre proveedores y clientes mediante una plataforma electrónica que centraliza las ofertas, Airbnb Ireland ofrece a los primeros otro tipo de prestaciones, entre ellas una plantilla en la que se define el contenido de sus ofertas, opcional, un servicio de fotografía, también opcional, un seguro de responsabilidad civil y una garantía por daños. También pone a su disposición una herramienta opcional de estimación del precio de su arrendamiento en función de los precios medios del mercado en dicha plataforma. En la práctica, una persona internauta que busca un alojamiento de alquiler se conecta a la plataforma electrónica epónima e indica el lugar al que desea ir, el período y el número de personas de su elección. Basándose en esta información, esta empresa le proporciona una lista de los alojamientos disponibles que correspondan a tales criterios a fin de que seleccione el que le interese y efectúe la reserva en línea. Si un proveedor-arrendador (anfitrión) acepta a un cliente-arrendatario (huésped), este último transfiere a Airbnb Payments UK el precio del alquiler, al que se añade entre el 6 % y el 12 % de dicho importe en concepto de gastos y del servicio prestado por Airbnb Ireland. Airbnb Payments UK conserva los fondos por cuenta del anfitrión y, 24 horas después de la entrada del huésped en el alojamiento, los transfiere al anfitrión, ofreciendo de ese modo al huésped la certeza de la existencia del bien y al anfitrión la garantía del pago. Por último, Airbnb Ireland ha creado un sistema mediante el que anfitrión y huésped pueden realizar una evaluación, consistente en una valoración de entre cero y cinco estrellas, que aparece publicada en dicha plataforma electrónica. Para que todo ello sea posible los usuarios de la plataforma electrónica, ya sean anfitriones o huéspedes, deben estipular un contrato con Airbnb Ireland para la utilización de la referida plataforma y con Airbnb Payments UK para los pagos efectuados a través de ella.

Pues bien, según el Alto Tribunal europeo, «si bien es cierto que el servicio de intermediación prestado por Airbnb Ireland tiene por objeto facilitar el alquiler de un alojamiento, que

[33] Hubo quien criticó la sentencia. El abogado general SZPUNAR estimó que una liberalización de la actividad en línea de Uber hubiera sido inútil si la misma no podía llevarse a cabo libremente debido a unas regulaciones de los Estados miembros relativas al servicio de transporte (apartados 31-32 de las conclusiones presentadas el 11 de mayo de 2017, ECLI:EU:C:2017:364). Sin embargo, según SCHAUB, Martien Y., «Why Uber is an information society service: Case Note to CJEU 20 December 2017 C-434/15 (Asociación profesional Élite Taxi)», *Journal of European Consumer and Market Law* 3/2018, 109-115, pp. 112-114, la calificación de Uber como transportista no debería excluir su condición de prestadora de un servicio de la sociedad de la información. Según esta doctrina, la sentencia excluyó sin motivo suficiente a la plataforma Uber de la aplicación de los anteriores arts. 12 a 15 de la Directiva sobre comercio electrónico en detrimento del nivel de protección de los consumidores. Sobre el asunto en Derecho español, véase el párrafo 2 del art. 6 LSSICE.

[34] DEVOLDER, «Contractual Liability of the Platform», cit., pp. 76-79.

[35] STJUE de 19 de diciembre de 2019, Airbnb, C-390/18 X (ECLI:EU:C:2019:1112).

efectivamente está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2006/123, la naturaleza de los vínculos existentes entre tales servicios no justifica que se excluya la calificación como "servicio de la sociedad de la información" del servicio de intermediación y, por consiguiente, la aplicación de la Directiva 2000/31 al mismo»[36]. Considera la sentencia que el servicio de intermediación prestado por la empresa Airbnb es disociable de la transacción inmobiliaria propiamente dicha «en la medida en que no solo tiene por objeto la realización inmediata de una prestación de alojamiento, sino, más bien, sobre la base de una lista estructurada de los alojamientos disponibles en la plataforma electrónica epónima que correspondan a los criterios de las personas que buscan un alojamiento de corta duración, proporcionar un instrumento que facilite la conclusión de contratos en futuras transacciones». Según la sentencia, «la creación de esa lista en beneficio tanto de quienes dispongan de alojamientos para arrendar como de quienes buscan ese tipo de alojamiento constituye el principal rasgo de la plataforma electrónica gestionada por Airbnb Ireland». La presentación organizada del conjunto de las ofertas, junto con las herramientas de búsqueda, de localización y de comparación entre ellas, continúa razonando el TJUE, «constituye, por su importancia, un servicio que no puede considerarse meramente accesorio de un servicio global al que corresponde una calificación jurídica diferente, a saber, la prestación de alojamiento; y, por otra parte, un servicio como el prestado por Airbnb Ireland en modo alguno resulta indispensable para llevar a cabo la prestación de servicios de alojamiento, ni desde el punto de vista de los arrendatarios ni del de los arrendadores que recurran a él, puesto que ambos disponen de otros muchos cauces, algunos de los cuales existen desde hace mucho tiempo, como las agencias inmobiliarias, los anuncios clasificados en papel o en formato electrónico o incluso los sitios web de alquiler de inmuebles [...]». La sentencia toma en consideración además que la plataforma no determina o limita el importe del alquiler contratado[37].

Recapitulando, el TJUE determinó cuál es el rol del operador de la plataforma atendiendo principalmente: a) al nivel de implicación en la promoción y comercialización del bien o servicio subyacente; b) a si este sujeto predeterminó el contenido de la relación contractual entre los dos grupos de usuarios, proveedores y clientes; c) a si la plataforma fijó el precio final; y d) a si el operador fue propietario de activos clave para dar cumplimiento al contrato celebrado a través de la plataforma.

Llegados a este punto, con arreglo a la jurisprudencia del TJUE cabe admitir que el ejercicio de cierto control por parte de las plataformas al ofrecer servicios de la sociedad de la información es compatible con su caracterización como intermediarias[38], aunque las posibilidades de exención de responsabilidad basadas en el antiguo art. 14 de la Directiva sobre comercio

[36] De conformidad con el art. 1, apartado 1, letra b), de la Directiva (UE) 2015/1535, de 9 de septiembre, por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información, DOUE L 241/1 de 17 de septiembre de 2015, el concepto de «servicio de la sociedad de la información» comprende «todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios».

[37] STJUE de 19 de diciembre de 2019, Airbnb, C-390/18 X (ECLI:EU:C:2019:1112), apartados 53-69. Distintas sentencias españolas dictadas con posterioridad continuaron calificando a la operadora de Airbnb como prestadora de servicios de la sociedad de la información. STS 2/2022, Contencioso-Administrativo (Sección 3ª), de 7 de enero de 2022, ECLI:ES:TS:2022:6, FJ 4º. Con anterioridad, STS 1818/2020, Contencioso-Administrativo (Sección 3ª), de 30 diciembre de 2020, ECLI:ES:TS:2020:4484, FJ 9º, con relación a la plataforma Homeaway, confirmando el criterio jurisprudencial. Véase también la SAP Madrid 613/2022, Sección 1ª, de 2 de noviembre, ECLI:ES:APM:2022:15560.

[38] IAMICELI, «Online Platforms and the Digital Turn in EU Contract Law», cit., p. 417.

electrónico –reemplazado ahora por el art. 6 del Reglamento de Servicios Digitales– fueron limitándose notablemente.

b. Los apartados 2 y 3 del art. 6 del Reglamento de Servicios Digitales

Tras el desarrollo de las implicaciones de un rol activo o determinante de la plataforma en relación con la figura del «puerto seguro» en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, recientemente los apartados 2 y 3 del art. 6 del Reglamento de Servicios Digitales vinieron a sustituir el art. 14 de la Directiva sobre comercio electrónico. La nueva regulación conservó como elemento clave del sistema la exención de responsabilidad y resultó poco innovadora.

El art. 6.1 también establece la exención a condición de que el prestador de servicios no tenga conocimiento efectivo de una actividad ilícita o de un contenido ilícito; y, en lo que se refiere a solicitudes de indemnización por daños y perjuicios, será presupuesto del llamado «puerto seguro» que el prestador no sea consciente de hechos o circunstancias que pongan de manifiesto la actividad ilícita o el contenido ilícito o que, en cuanto tenga conocimiento o sea consciente de ello, este sujeto actúe con prontitud para retirar el contenido ilícito o bloquear el acceso a este.

Los apartados 2 y 3 del art. 6 del Reglamento de Servicios Digitales se limitan –como ya hacía el art. 14 de la Directiva sobre comercio electrónico— a adoptar un enfoque negativo: determinan los casos en los cuales las plataformas no pueden acogerse a la exención de responsabilidad.

Sobre la base de la experiencia del mercado digital acumulada, la excepción de responsabilidad prevista en el art. 6.2 del Reglamento de Servicios Digitales coincide literalmente con la contenida anteriormente en el apartado 2 del art. 14 de la Directiva sobre comercio electrónico: la autoridad o el control ejercido por el operador de la plataforma en la actuación del proveedor del bien o servicio subyacente excluye el «puerto seguro». La nueva regulación parece dar por buena la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo expuesta en el apartado anterior de esta investigación en cuanto a una no exoneración de responsabilidad a partir de cierto nivel involucración activa de la plataforma en la prestación del servicio contratado.

El Cdo. 6 del mismo Reglamento alude a una intermediación en servicios de tecnologías de la información a distancia, servicios de transporte, de hospedaje o de reparto, haciéndose eco de los casos más emblemáticos que conforman la jurisprudencia del TJUE. Dispone además que el Reglamento solo debe aplicarse a los servicios intermediarios y no afectar a los requisitos impuestos por el Derecho de la Unión o nacional en relación con productos o servicios intermediados a través de servicios intermediarios, «incluidas las situaciones en las que el servicio intermediario constituye una parte integrante de otro servicio que no es un servicio intermediario como se reconoce en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en una clara referencia al asunto Uber[39]. Con todo, no se concretó por vía legislativa cuál debe ser el grado preciso de la involucración del operador de la plataforma a los efectos de ser considerado como prestador de los servicios de la sociedad de la información o bien como prestador del bien o servicio contratado por el cliente[40].

[39] STJUE de 20 de diciembre de 2017, Uber, C-434/15 (ECLI:EU:C:2017:981).

[40] CUENA CASAS, «La contratación a través de plataformas intermediarias en línea», cit., p. 309, reclama que los criterios para determinar el rol de las plataformas digitales sean establecidos legalmente en aras a una elemental seguridad jurídica.

La segunda excepción a la exención de responsabilidad establecida en el Reglamento de Servicios Digitales se basa en la confianza razonable del consumidor en la apariencia de que el operador es el proveedor directo del producto o servicio o de la información o que estos se prestan bajo su autoridad o control (art. 6.3). Una visión doctrinal opinó que la idea de fondo de este último precepto legal radica en establecer una responsabilidad cuando ciertos elementos en la operativa de la plataforma crean la apariencia de que el operador no es un mero intermediario[41]. La confianza en la apariencia por parte del consumidor medio, se afirmó, será creada a partir del diseño, el funcionamiento, la operativa y la forma en que la información se presenta, es accesible o se verifica[42]. A este respecto será fundamental la transparencia[43]. En vista de ello, cabe entender que la excepción a la exención de responsabilidad del art. 6.3 del Reglamento de Servicios Digitales no será de aplicación cuando la información facilitada por la plataforma deja claro al consumidor que el operador actúa únicamente como prestador de servicios de la sociedad de la información intermediario.

Los apartados 2 y 3 del art. 6 del Reglamento de Servicios Digitales no se formulan como regla positiva de atribución de responsabilidad sino como excepción a la regla del «puerto seguro» y, en el caso del apartado 3, limitada a la responsabilidad derivada del «Derecho en materia de protección de los consumidores»[44].

El control e influencia decisiva sobre los proveedores de bienes o servicios subyacentes, a la luz de la jurisprudencia de TJUE que fue reseñada, y la necesidad de proteger las legítimas expectativas de los consumidores a que alude el art. 6.3 del Reglamento de Servicios Digitales, están siendo vistos por un amplio sector de la doctrina científica en el Derecho europeo del consumo como circunstancias transformadoras, de un modo inevitable y automáticamente, del estatuto jurídico del operador de la plataforma.

La transformación se refiere al ámbito de la responsabilidad contractual, hasta el punto de considerar que el operador de una plataforma puede calificarse, además de empresa prestadora de servicios de la sociedad de la información, como si fuera la empresa proveedora del bien o servicio que fue contratado por el cliente. El ambiente transaccional creado y la influencia predominante de la plataforma contribuyen a esa calificación, en detrimento de su tradicional rol de intermediaria. La influencia predominante está siendo empleada como fundamento de la responsabilidad contractual de la plataforma por el bien o servicio subyacente sin que se atribuya a aquella locución el mismo significado o alcance que el Tribunal de Luxemburgo. Solamente se emplea como idea de fondo y con el propósito de establecer dicha responsabilidad frente al cliente. Tal consideración está teniendo lugar a pesar de que el operador haya sido

[41] RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, «La fórmula de la DSA para resolver el "dilema de la responsabilidad de las plataformas"», cit., p. 47.

[42] Ibidem, p. 48.

[43] El mismo Cdo. 24 del Reglamento de Servicios Digitales pone los ejemplos de una plataforma en línea que no muestra claramente la identidad del comerciante como exige el Reglamento, que no revela la identidad o los datos de contacto del comerciante hasta después de la formalización del contrato celebrado entre el comerciante y el consumidor, o que comercializa el bien o servicio en su propio nombre en lugar de en nombre del comerciante que suministrará el producto o servicio.

[44] Lo advierte RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, «La fórmula de la DSA para resolver el "dilema de la responsabilidad de las plataformas"», cit., p. 50.

absolutamente transparente a la hora de informar sobre su condición de intermediaria con respecto al contrato celebrado entre el proveedor y el cliente desde la plataforma.

2.2. La recepción del criterio de la influencia predominante en el ámbito de la responsabilidad contractual de las plataformas por el bien o servicio subyacente

a. Art. 20 de las Reglas modelo ELI sobre plataformas en línea: el «principio de confianza» en la influencia predominante de la plataforma

El apartado 1 del art. 20 de las Reglas modelo ELI sobre plataformas en línea establece que el cliente puede ejercer aquellos derechos y remedios frente a un incumplimiento disponibles frente al proveedor bajo el contrato proveedor-cliente también contra el operador de la plataforma si «el cliente puede razonablemente confiar en que el operador de la plataforma tiene una influencia predominante sobre el proveedor»[45].

A la vista de esta regla modelo, la apariencia creada por la plataforma en el triángulo contractual adquiere un particular relieve. Entonces se afirma que el operador a menudo no solamente domina completamente el modelo de negocio, sino que también puede aparecer ante el público como el proveedor real o efectivo; de modo que puede ser difícil para el cliente discernir quién es su contraparte contractual. La práctica común del operador de la plataforma de facilitar las condiciones generales del contrato subyacente, prestar un servicio de pago del precio del bien o servicio o establecer un sistema de reputación, a juicio de los autores de la regla modelo[46], puede llevar al consumidor a creer que el operador de la plataforma actúa como contratante.

Desde este punto de vista, el cumplimiento de los requisitos de transparencia que fueron establecidos legalmente no será suficiente para excluir una responsabilidad del operador de la plataforma por el bien o servicio subyacente. En aquellos casos en que el operador de la plataforma aparece como parte de la relación contractual, o donde el cliente por lo menos tiene una buena razón para percibir la plataforma como su contraparte contractual real o efectiva, concluye esta visión, la plataforma debería ser responsable en caso de que el proveedor del bien o servicio incumpla sus obligaciones.

El papel activo adoptado a menudo por el operador de la plataforma en las comunicaciones entre los contratantes, por ejemplo, publicitando los bienes y servicios ofrecidos a través de la plataforma, conforme al planteamiento del apartado 1 del art. 20 de las Reglas modelo ELI sobre plataformas en línea, moldea las legítimas expectativas del consumidor en lo que respecta a la calidad de los bienes y servicios; y, en consecuencia, las declaraciones de la plataforma deberían ser tomadas en consideración al determinar si los bienes o servicios son conformes con el contrato. De ese modo, esta corriente de opinión propugna el establecimiento de una responsabilidad contractual «compartida» entre el operador de la plataforma y el proveedor por los bienes o servicios subyacentes[47]. Una responsabilidad que, a falta de una aclaración por parte

---

[45] Puede consultarse el texto de las Reglas modelo ELI sobre plataformas en línea en https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Model_Rules_on_Online_Platforms.pdf (fecha de consulta: 18 de marzo de 2024).

[46] BUSCH, Christoph/SCHULTE-NÖLKE, Hans/WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA, Aneta/ZOLL, Fryderyk, «The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law?», *Journal of European Consumer and Market Law* 1/2016, 3-10, pp. 7-8.

[47] Ibidem, p. 6.

de quienes participaron en el proyecto[48], cabe entender que el art. 20.1 establece con carácter de solidaria entre los sujetos responsables[49], de modo que permite al cliente reclamar la totalidad de la deuda originada por el incumplimiento indistintamente contra el prestador o el operador de la plataforma[50].

La principal dificultad del enfoque consiste en determinar a partir de qué punto la involucración del operador de la plataforma en la contratación del bien o servicio subyacente y la confianza suscitada en el cliente deberán ser relevantes para originar la responsabilidad del primero por el cumplimiento del contrato subyacente.

Con el fin de mejorar la seguridad jurídica, el llamado criterio de la influencia predominante fue desarrollado por el art. 20.2 de las Reglas modelo ELI sobre plataformas en línea, mediante la previsión de un listado no exhaustivo de siete subcriterios que pueden ser considerados al evaluar si el cliente puede razonablemente confiar en la influencia predominante de la plataforma sobre el prestador del servicio: a) el contrato entre prestador y cliente es concluido empleando exclusivamente medios facilitados por la plataforma; b) el operador de la plataforma retiene la identidad del prestador o los detalles de contacto hasta después de la conclusión del contrato prestador-cliente; c) el operador de la plataforma emplea exclusivamente sistemas de pago que le permiten retener pagos hechos por el cliente al prestador; d) los términos del contrato prestador-cliente son esencialmente determinados por el operador de la plataforma; e) el precio a pagar por el cliente es determinado por el operador de la plataforma; f) la comercialización se centra en el operador de la plataforma y no en los prestadores; o g) la plataforma promete controlar la conducta de los prestadores y hacer cumplir con sus estándares más allá de lo que es exigido por las normas. Estos subcriterios se concibieron como elementos de un «sistema flexible», de modo que no sería necesario que concurrieran todos ellos, ni es suficiente que se cumpla solamente uno. A juicio de los autores del proyecto, la regla modelo es más bien una invitación a que los tribunales empleen una aproximación discrecional y que valoren el modelo de negocio de cada plataforma a partir de las circunstancias del caso a la hora de establecer su responsabilidad contractual por el bien o servicio subyacente[51].

Salta a la vista que algunos de estos subcriterios coinciden con los establecidos por el Tribunal de Luxemburgo en el campo de la responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información por el almacenaje de un contenido ilícito[52]. De hecho, según los autores del proyecto, la regla de responsabilidad de los operadores de plataformas en línea con influencia predominante del art. 20 de las Reglas modelo ELI sobre plataformas en línea fue inspirada, entre

---

[48] BUSCH/DANNEMANN/SCHULTE-NÖLKE/WIEVIÓROWSKA-DOMAGASKA/ZOLL (RESEARCH GROUP ON THE LAW OF DIGITAL SERVICES), «The ELI Model Rules on Online Platforms», cit., p. 9.

[49] El art. 20.1 expresa que el cliente puede ejercer sus derechos y remedios «también» contra el operador de la plataforma *(«*[*i*]*f the customer can reasonably rely on the platform operator having a predominant influence over the supplier, the customer can exercise the rights and remedies for the non-performance available against the supplier under the supplier-customer contract* also *against the platform operator* [la no cursiva es de este trabajo]»).

[50] SØRENSEN, «Draft Model Rules on Online Intermediary Platforms», cit., p. 184.

[51] En palabras de quienes participaron en el proyecto, considerando la amplia variedad de unos modelos de negocio rápidamente cambiantes, el enfoque legislativo debería adoptar un paso intermedio entre una lista rígida de criterios y una cláusula general abierta. De ese modo se pretende facilitar a los operadores de plataformas una autoevaluación que les permita anticipar cuál es la probabilidad de incurrir en responsabilidad por el incumplimiento de los proveedores. BUSCH/DANNEMANN/SCHULTE-NÖLKE/WIEVIÓROWSKA-DOMAGASKA/ZOLL (RESEARCH GROUP ON THE LAW OF DIGITAL SERVICES), «The ELI Model Rules on Online Platforms», cit., p. 5.

[52] Supra § 2.1.a.

otros materiales, por los casos Uber y Airbnb. Sustancialmente sostuvieron que, aunque estas sentencias no resuelven directamente aspectos de responsabilidad contractual, las mismas pueden ser leídas como la expresión de un principio más general que puede ser transferido al campo del Derecho de contratos[53].

Bajo este prisma, un sector doctrinal propugnó una responsabilidad de Uber por el cumplimiento del servicio de transporte, solidaria con el conductor o subsidiaria[54]; e incluso se atribuyó al operador Airbnb una influencia predominante en los anfitriones que el Tribunal de Luxemburgo no le asignó. Concretamente, se defendió que esta plataforma debería responder contractualmente cuando la estancia en la vivienda o habitación alquiladas presenta deficiencias, o en caso de incumplimiento del contrato de arrendamiento, a pesar de que la misma opinión admite que el éxito de una reclamación por ese tipo de responsabilidad va a depender de normas del Derecho nacional[55]. Conforme a esta visión, la empresa Airbnb impone unas reglas de conducta al anfitrión («estándares de la estancia») –insta incluso a procurar que el alojamiento sea saludable y seguro para los huéspedes—, ofrece asistencia cuando el alojamiento reservado es cancelado por el anfitrión dentro de las veinticuatro horas previstas para la llegada del huésped, o el alojamiento no reúne las características que fueron descritas en el listado, mantiene operativo un sistema de mediación para la resolución de controversias surgidas del arrendamiento, e incluso ofrece una «Garantía del Anfitrión» que cubre ciertos daños causados por el huésped en el inmueble, entre otras actuaciones. Estas circunstancias pondrían de manifiesto una influencia predominante de la plataforma que justificaría su responsabilidad contractual en caso de incumplimiento del contrato celebrado entre los dos grupos de usuarios, el proveedor y los clientes[56]. A tenor de este planteamiento hoy es demasiado simplista afirmar que una empresa como Uber es siempre responsable en caso de incumplimiento del contrato de transporte, mientras que otra como Airbnb no lo es nunca con respecto al servicio de alojamiento turístico prestado[57].

El enfoque resultante de la jurisprudencia del TJUE elaborada en torno al antiguo art. 14 de la Directiva sobre comercio electrónico –insiste este trabajo, actualmente sustituido por el art. 6 del Reglamento de Servicios Digitales– y del art. 20 de la Reglas modelo ELI sobre plataformas digitales puso en tela de juicio el valor que puede llegar a tener una mera calificación del operador a sí mismo como intermediario a efectos establecer su responsabilidad contractual por el bien o servicio subyacente. Lejos de atender a una cláusula de intermediación contenida eventualmente en el contrato de acceso, la atención se pone entonces en la confianza que el operador de la plataforma suscita en el cliente en cuanto a la influencia que ejerce sobre el proveedor a partir del papel desempeñado. La determinación de la responsabilidad contractual de la plataforma por los bienes y servicios subyacentes se juzga caso por caso a partir de los distintos niveles de

[53] BUSCH/DANNEMANN/SCHULTE-NÖLKE/WIEVIÓROWSKA-DOMAGASKA/ZOLL (RESEARCH GROUP ON THE LAW OF DIGITAL SERVICES), «The ELI Model Rules on Online Platforms», cit., p. 3. SØRENSEN, «Draft Model Rules on Online Intermediary Platforms», cit., p. 184, afirmó que la nueva categoría de la influencia predominante empleada por las Reglas modelo ELI sigue el mismo enfoque técnico de la Directiva sobre comercio electrónico, consistente en hacer responder al prestador de un servicio de la sociedad de la información a partir de la actividad.

[54] Haciendo mención a una responsabilidad por el daño corporal sufrido por el pasajero a raíz de un accidente del vehículo, SØRENSEN, «Private Law Perspectives on Platform Services», cit., p. 18.

[55] MAK, Vanessa, «Private Law Perspectives on Platform Services (Airbnb: Home Rentals between AYOR and NIMBY)», *Journal of European Consumer and Market Law* 1/2016, 19-25, p. 20.

[56] Ibidem, pp. 21-22.

[57] IAMICELI, «Online Platforms and the Digital Turn in EU Contract Law», cit., p. 417.

control del operador de la plataforma sobre el negocio subyacente y las específicas transacciones envueltas[58].

La idea de proteger la confianza suscitada en el cliente en que el operador de la plataforma tiene una influencia predominante sobre el proveedor, en los términos del art. 20 de las Reglas modelo ELI sobre plataformas en línea, se procuró fundamentar en el Derecho contractual: podría decirse, se afirmó, que uno de los presupuestos esenciales del Derecho contractual es que, si alguien se presenta de tal manera que la confianza del cliente en el cumplimiento por parte del operador de la plataforma se encuentra justificada, la parte que dio una razón para dicha confianza debería ser responsable de una forma u otra (en inglés, «*reliance principle*» o, en alemán, «*Vertrauenshaftung*»)[59]. La calificación jurídica de las relaciones de los contratantes –el operador de la plataforma, los proveedores y los clientes— depende de cómo las mismas son percibidas desde un punto de vista objetivo tomando en consideración todas las circunstancias del caso. Bajo esta perspectiva se plantea la posibilidad de analizar las condiciones generales de los contratos involucrados con el fin de declarar, en su caso, que el operador de la plataforma es la parte contratante relevante frente al cliente en lo tocante al bien o servicio subyacente.

Una posición como esta calificó de dudosa la posibilidad de reducir la responsabilidad del operador de la plataforma a una cuestión de ofrecer una información clara y no ambigua acerca de su condición de intermediaria. Una solución basada únicamente en la transparencia, sostiene, no refleja el papel de la plataforma en el sistema de Derecho contractual, habida cuenta de que la relación triangular muy a menudo se apoya en el operador. Conforme a esa corriente de opinión, una futura Directiva de la Unión Europea sobre plataformas en línea debería establecer una responsabilidad del operador de la plataforma si el consumidor puede razonablemente confiar en el control del operador de la plataforma sobre el proveedor[60].

El «principio de confianza» del cliente en la influencia predominante de la plataforma sobre el proveedor del bien o servicio operará con mayor facilidad cuando la plataforma deja de señalar que actúa como intermediaria, caso en que puede entenderse que celebró involuntariamente un contrato con el cliente del bien o servicio, asumiendo que este sujeto confió en ese escenario. No obstante, a mi juicio, esta aproximación plantea mayores dudas cuando la plataforma explicitó suficientemente su papel de intermediaria. En este caso resultará controvertido atender al nivel de involucración del operador de la plataforma en la relación contractual entre el proveedor y el cliente en base a una confianza del cliente en la influencia predominante de la plataforma sobre el proveedor del bien o servicio. De hecho, el asunto todavía no ha sido suficientemente estudiado[61].

---

[58] Véase la clasificación de CUENA CASAS, «La contratación a través de plataformas intermediarias en línea», cit., p. 303.

[59] Desde una óptica del Derecho alemán, BUSCH/SCHULTE-NÖLKE/WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA/ZOLL, «The Rise of the Platform Economy», cit., p. 8.

[60] Ibidem. A este respecto se consideró que el § 311(3) BGB permite calificar a una persona como responsable más allá de la relación contractual si, al pretender que se le conceda un grado de confianza especialmente alto, influye sustancialmente en las negociaciones previas al contrato o en su celebración (*Sachwalterhaftung*).

[61] Afirma lo mismo, DURAN, Habat, «Digital Intermediaries in the French Code of Transport- An Example Based on Uber», *Journal of European Consumer and Market Law* 3-2021, 115-121, p. 120.

El problema de fondo es que no existe una regulación de la Unión Europea sobre el rol desempeñado por las plataformas en el ámbito contractual[62].

El papel del intermediario fue regulado en la Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes[63]. Se trata de una regulación que pretende ofrecer una protección a los agentes frente a los principales, aspecto que no encaja con el fenómeno de la economía de plataformas.

La responsabilidad contractual del intermediario fue regulada así mismo en la vigente Directiva sobre viajes combinados[64]. El art. 13.1 II establece que «[l]os Estados miembros podrán mantener o establecer en su Derecho nacional disposiciones que estipulen que también el minorista es responsable de la ejecución del viaje combinado»; y que, «[e]n ese caso, las disposiciones del art. 7 y del capítulo III, del presente capítulo y del capítulo V que sean aplicables al organizador se aplicarán también, mutatis mutandis, al minorista»[65]. El art. 20 añade que, «[s]in perjuicio de lo dispuesto en el artículo 13, apartado 1, párrafo segundo, cuando el organizador esté establecido fuera del Espacio Económico Europeo, el minorista establecido en un Estado miembro estará sujeto a las obligaciones impuestas a los organizadores en los capítulos IV y V, salvo que el minorista pruebe que el organizador cumple con lo dispuesto en dichos capítulos». Además, el art. 23.1 de la misma regulación prescribe que «[s]i el organizador de un viaje combinado o un empresario que facilita servicios de viaje vinculados declara que actúa exclusivamente como prestador de servicios de viaje, como intermediario o en cualquier otra calidad, o que un viaje combinado o unos servicios de viaje vinculados no constituyen un viaje combinado o unos servicios de viaje vinculados, tal declaración no eximirá a tal organizador o empresario de las obligaciones que les impone la presente Directiva». Con todo, estos textos normativos no se refieren a las plataformas en línea y, en mi opinión, su contenido tampoco permite delimitar en qué supuestos o en base a qué criterios los operadores de plataformas devendrán responsables contractuales por el bien o servicio subyacente[66].

Tradicionalmente el legislador europeo se ha mostrado reacio a regular la responsabilidad contractual y la correspondiente a los operadores de plataformas en línea no fue una excepción. Esa ausencia de regulación en el ámbito contractual del rol desempeñado por las plataformas se evidencia claramente en la remisión efectuada al derecho nacional de los Estados miembros por las Directivas (UE) 770 y 771/2019 reguladoras, respectivamente, de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y de la compraventa de bienes, a los efectos de considerar las plataformas como profesionales o vendedoras y sujetarlas a la responsabilidad contractual establecida por esta regulación cuando actúan con fines relacionados con sus propias actividades y en calidad de socio contractual directo del consumidor en estos ámbitos[67].

---

[62] SØRENSEN, «Draft Model Rules on Online Intermediary Platforms», cit., p. 174.

[63] DOCE L 382/17 de 31 de diciembre de 1986.

[64] Directiva (UE) 2015/2302 de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados (en adelante, Directiva sobre viajes combinados), DOUE L 326/1 de 11 de diciembre de 2015.

[65] Cdo. 23.

[66] Contrariamente, BUSCH/SCHULTE-NÖLKE/WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA/ZOLL, «The Rise of the Platform Economy», cit., pp. 5 y 8.

[67] Cdo. 18 de la Directiva (UE) 770/2019 y Cdo. 23 de la Directiva (UE) 771/2019.

Sin embargo, a pesar de una ausencia de regulación de la Unión Europea sobre el rol desempeñado por las plataformas en el ámbito contractual, distintos Estados miembros optaron por establecer su responsabilidad por los bienes y servicios subyacentes en un plano normativo tomando en consideración la influencia predominante de los operadores.

b. Manifestaciones normativas de la influencia predominante de la plataforma para establecer su responsabilidad contractual: los casos de Portugal, Italia y Francia. Contraste con la regulación española

Fue precisamente a raíz de implementar las Directivas (UE) 770 y 771/2019 que el art. 44 del *Decreto-lei* portugués 84/2021, de 18 de octubre, estableció una responsabilidad solidaria de los proveedores del mercado en línea frente al consumidor por una falta de conformidad del bien, contenido o servicio digital cuando aquellos sujetos, actuando con fines relacionados con su actividad, sean socios contractuales del proveedor profesional (apartado 1)[68].

A los efectos de imponer una responsabilidad solidaria entre el proveedor del mercado en línea y el proveedor del bien o servicio y con el fin de proteger a las personas consumidoras, según el art. 44.2, el proveedor del mercado en línea se considera socio contractual del proveedor profesional siempre que ejerza una influencia predominante en la celebración del contrato. Una tal influencia se produce, en particular, en las siguientes situaciones: a) el contrato se celebra exclusivamente a través de los medios puestos a disposición por el proveedor del mercado en línea; b) el pago se realiza exclusivamente a través de medios proporcionados por el proveedor del mercado en línea; c) las condiciones del contrato celebrado con el consumidor son determinadas esencialmente por el proveedor del mercado en línea o el precio que debe pagar el consumidor puede verse influenciado por él; o d) la publicidad asociada está dirigida al proveedor del mercado en línea y no a los profesionales (apartado 2).

Sin perjuicio de los antedichos criterios, el apartado 3 del art. 44 del *Decreto-lei* portugués 84/2021 añade que, para apreciar una influencia predominante del proveedor del mercado en línea en la celebración del contrato, se tendrán en cuenta todos los hechos que puedan hacer que el consumidor confíe en que tiene una influencia predominante sobre el profesional que proporciona el bien, contenido o servicio digital.

Esta regulación presupone que la determinación de una responsabilidad contractual de la plataforma por el bien o servicio subyacente debe regirse por el «principio de confianza» del cliente en la influencia predominante de la plataforma sobre el proveedor del bien o servicio. Pone el foco en una serie de situaciones que, supuestamente, podrán contribuir a conformar de un modo objetivo cuál es la percepción del consumidor de las relaciones contractuales existentes, sin perjuicio de que este sujeto pueda tomar en consideración otros aspectos.

---

[68] Obsérvese que el Cdo. 18 de la Directiva (UE) 770/2019 y el Cdo. 23 de la Directiva (UE) 771/2019 hacen alusión a una actuación de los prestadores de plataformas en calidad de «socio contractual directo del consumidor» y en ningún caso de socio contractual del proveedor profesional. MORAIS CARVALHO, Jorge, «Contratos de compraventa de bienes (Directiva 2019/771) y suministro de contenidos o servicios digitales (Directiva 2019/770): Ámbito de aplicación y grado de armonización», 12 *Cuadernos de Derecho Transnacional* 1/2020, 930-940, p. 936, quien entiende que el prestador de la plataforma que no actúa «en calidad de socio contractual directo del consumidor» se corresponde a quien no es parte del «contrato principal», o sea, el contrato de suministro de servicios o contenidos digitales o el contrato de compraventa de bienes de consumo.

El art. 45 del mismo *Decreto-lei* portugués 84/2021 establece un deber especial de información solamente para el proveedor del mercado en línea que no sea socio contractual del profesional que suministra el bien, contenido o servicio digital. Solamente este sujeto debe, antes de celebrar el contrato, informar a los consumidores, de forma clara e inequívoca: a) de que el contrato se va a celebrar con un profesional y no con el proveedor del mercado en línea; b) de la identidad del profesional, así como de su situación profesional o, en su defecto, de la no aplicación de los derechos previstos en este decreto-ley; y c) de los datos de contacto del profesional a los efectos del ejercicio de los derechos previstos en el decreto-ley (apartado 1). Además, conforme al art. 45.3, el proveedor del mercado en línea que incumpla ese deber de información de los consumidores será responsable en los mismos términos que cuando estos sujetos confían en la influencia predominante de la plataforma sobre el proveedor del bien o servicio[69].

El art. 46 cierra la sección reguladora de la responsabilidad de los proveedores del mercado en línea de la regulación portuguesa estableciendo a su favor un derecho de regreso contra el profesional cuando, en los términos de los arts. 44 y 45, aquellos sean responsables ante el consumidor de declaraciones engañosas del profesional o del incumplimiento del contrato por parte del profesional.

Las plataformas digitales ofrecen un servicio electrónico, fundamentalmente a través de Internet, que permite la oferta y contratación de bienes y servicios entre proveedores y clientes. Crean un escenario que facilita la búsqueda, comparación y elección del bien o servicio con gran rapidez y eficiencia. Favorecen la contratación entre proveedores de bienes y servicios con otros usuarios, ofreciendo la herramienta necesaria para la perfección de los negocios y obtienen una retribución por cada contrato celebrado y/o a través de la publicidad.

Así las cosas, los arts. 44 a 46 del *Decreto-lei* portugués 84/2021 podrían ser coherentes si se considera que la plataforma no puede actuar como mera intermediaria con respecto al contrato subyacente cuando el consumidor puede confiar en su influencia predominante. No en vano, las Directivas (UE) 770 y 771/2019, aunque establecen expresamente que los prestadores de plataformas pueden ser considerados empresarios o vendedores a los efectos de estas normas si actúan con fines relacionados con sus propias actividades y en calidad de socios contractuales directos del consumidor[70], no se aplican a plataformas que actúan como meras intermediarias del contrato subyacente. En tal caso no cabe atribuir al operador de la plataforma una responsabilidad contractual por las faltas de conformidad de los bienes o servicios[71]. La duda surge cuando la influencia predominante se atribuye a un proveedor de un mercado en línea para excluir su condición de intermediario.

A este respecto la regulación portuguesa resulta controvertida. Desde las modificaciones operadas por la Directiva de modernización[72], el «mercado en línea» se define como «un servicio

---

[69] Según esta regulación, el proveedor del mercado en línea podrá confiar en la información que le proporcione el profesional, a menos que sepa o deba saber que esta información es incorrecta basándose en los datos disponibles relacionados con las transacciones en la plataforma (art. 45.2).

[70] Cdo. 18 de la Directiva (UE) 770/2019 y Cdo. 23 de la Directiva (UE) 771/2019.

[71] Entiende que una plataforma intermediaria no es responsable por las faltas de conformidad de los servicios o contenidos digitales suministrados a pesar del Cdo. 18 de la Directiva (UE) 770/2019, SÁNCHEZ LERÍA, «Mercado digital y protección del consumidor», cit., p. 41.

[72] Directiva (UE) 2019/2161, de 27 de noviembre, por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de

que emplea programas (*software*), incluidos un sitio web, parte de un sitio web o una aplicación, operado por el comerciante o por cuenta de este, *que permite a los consumidores celebrar contratos a distancia con otros comerciantes o consumidores* [la cursiva es de esta investigación]» (arts. 3 y 4)[73]. Esto significa distintas cosas: 1) que los operadores de plataformas digitales podrán ofrecer servicios de mercados en línea ; 2) que las plataformas podrán actuar como intermediarias, en cuyo caso regirá una relación triangular como la descrita en la parte introductoria de este trabajo; y 3) que si el operador de la plataforma desea actuar como vendedor, arrendador, prestador o contratante de otro tipo con respecto a los bienes o servicios subyacentes, entonces no podrá reunir la condición de un proveedor de un mercado en línea[74]. De ahí que, a mi juicio, resulta discorde considerar como proveedor de un mercado en línea a la empresa que actúa como «socio contractual del proveedor profesional» y a quien «ejerza una influencia predominante en la celebración del contrato» a fin de establecer su responsabilidad contractual por el bien o servicio subyacente.

Las antedichas Directivas (UE) 770 y 771/2019[75] clarificaron que en caso de una actuación de las plataformas digitales con fines relacionados con sus propias actividades y en calidad de socios contractuales directos del consumidor, los Estados miembros pueden calificar «los prestadores de plataformas» como empresarios o vendedores a los efectos de estas regulaciones. Italia también introdujo nuevas reglas de responsabilidad contractual en ocasión de la implementación de estas normas, aunque sin que el criterio de la confianza del cliente en la influencia predominante de la plataforma sobre el proveedor del bien o servicio encontrara un reflejo normativo expreso. La regulación de ese país, como se mencionó, se limita a establecer una responsabilidad de plataformas digitales como profesionales o vendedoras por la falta de conformidad de los contenidos y servicios digitales y los bienes de consumo (letra e) del apartado 2 del art. 135-*octies* del Código de consumo italiano en relación con el art. 135-*decies*, apartados 1 y 2 y art. 135-*quaterdecies*, y letra c) del apartado 2 del art. 128 en relación con el art. 133 del mismo texto legal). El proveedor de la plataforma fue considerado en la legislación italiana como profesional o vendedor a los efectos del ámbito de aplicación de las Directivas (UE) 770 y 771/2019, respectivamente, si actúa para fines comprendidos en el marco de su actividad y como contraparte contractual del consumidor para el suministro de contenidos o servicios digitales.

Por su parte, en Francia fue aprobada la «*loi Grandguillaume*» con el fin de instaurar un nuevo marco legal para las actividades de intermediación llevadas a cabo por «las centrales de reserva» (*centrales e réservation*), cuyo art. 1 creó el denominado Código de Transporte (*Code des transports*)[76]. Entre las normas integrantes del Código de transportes francés, una de ellas

---

las normas de protección de los consumidores de la Unión (en adelante, Directiva de modernización), DOUE L 328/7 de 18 de diciembre de 2019.

[73] Así es como queda definido el «mercado en línea» en la letra n) del art. 2.1 de la Directiva 2005/29/CE de 11 de mayo, relativa a las prácticas comerciales desleales (en adelante, Directiva sobre prácticas comerciales desleales), DOUE L 149/22 de 11 de junio de 2005, y en el numeral 17 añadido al art. 2.1 de la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores (en adelante, Directiva sobre los derechos de los consumidores), DOUE L 304/64 de 22 de noviembre de 2011, según redacción dada, respectivamente, por los art. 3 y 4 de la Directiva de modernización.

[74] SØRENSEN, Marie Jull, «Is the "New Deal" for Consumers a Big Deal? Consumer Protection and the New Information Duties for Online Marketplaces», *European Review of Private Law* 6/2022, 1019-1038, p. 1023.

[75] Cdo. 18 de la Directiva (UE) 770/2019 y Cdo. 23 de la Directiva (UE) 771/2019.

[76] En la medida que la actividad desarrollada por Uber fue clasificada por el TJUE como «un servicio en el ámbito del transporte» y excluida del campo de aplicación de la Directiva sobre comercio electrónico, esta actividad quedó sujeta al art. 58.1 TFUE; y, puesto que hasta el momento no se establecieron medidas al amparo del art. 91.1 TFUE,

prescribe que «[l]a central de reservas es responsable de pleno derecho, frente al cliente, de la correcta ejecución de las obligaciones derivadas del contrato de transporte, tanto si este contrato se ha celebrado a distancia como si no y con independencia de que dichas obligaciones deban ser ejecutadas por la propia central de reservas, o por otros prestadores de servicios, sin perjuicio de un derecho de repetición de la central contra ellos» (art. L 3142-3, primer párrafo). La norma es aplicable solamente a intermediarios que ponen en contacto un conductor profesional con un cliente que desea ser transportado (art. L 3142-1). No lo es si el conductor es considerado un empleado de la empresa[77]. Además, la regulación francesa no solamente establece una responsabilidad de estos sujetos por la ejecución de los contratos de transporte sino que, además, implanta una responsabilidad objetiva: únicamente permite a las centrales de reservas exonerarse total o parcialmente de su responsabilidad aportando una prueba de que el incumplimiento o mala ejecución del contrato es imputable al cliente, a un acto imprevisible e inevitable de un tercero ajeno al suministro del servicio previsto en el contrato, o a un caso de fuerza mayor (art. L 3142-3, párrafo segundo)[78].

Estas fueron algunas manifestaciones normativas del criterio de la influencia predominante en el ámbito de la responsabilidad contractual de las plataformas. La presente investigación no pretende ofrecer un panorama exhaustivo de lo ocurrido en todos los Estados miembros de la Unión Europea, tan solo se propone mencionar estos textos legales para ilustrar el arraigo que encontró el criterio.

El legislador español, sin embargo, no acogió la posibilidad de ampliar la responsabilidad por faltas de conformidad propia de los empresarios suministradores de servicios y contenidos digitales y de los vendedores de bienes de consumo a plataformas digitales que actúan con fines relacionados con sus propias actividades y en calidad de socios contractuales directos del consumidor. Aunque las Directivas (UE) 770 y 771/2019[79] clarificaron que en tal caso «los prestadores de plataformas» pueden ser calificados como empresarios o vendedores a los efectos de estas regulaciones, el actual concepto de empresario del art. 4 del TRLGDCU[80] se mantuvo

los legisladores nacionales se encuentran libres de determinar las normas reguladoras de esa actividad. DURAN, «Digital Intermediaries in the French Code of Transport», cit., p. 116.

[77] Recuérdese que la sentencia 374/2020 de la Corte de Casación francesa, Social, de 4 de marzo, ECLI:FR:CCAS:2020:SO0034, sobre el caso Uber considera a los conductores como empleados del operador de la plataforma a partir de una relación legal de subordinación, a pesar de la condición contractual que este sujeto ostenta formalmente con respecto a aquellos y a los pasajeros. La sentencia se consideró plenamente compatible con la STJUE de 20 de diciembre de 2017, Uber, C-434/15, (ECLI:EU:C:2017:981). De hecho, al calificar el operador de plataforma como transportista y no como prestadora de servicios de la sociedad de la información, el Tribunal de Luxemburgo abrió la puerta a la posibilidad de entender que aquel sujeto reúne la condición de empleador de los conductores y que únicamente el mismo es parte contratante frente al pasajero. El primer párrafo del art. L 3142-3 fue calificado de arbitrario. DURAN, «Digital Intermediaries in the French Code of Transport», cit., pp. 118-120.

[78] Muestra su sorpresa por el hecho de que el párrafo segundo del art. L 3142-1 del Código de transporte francés no exija al pasajero probar una negligencia de la central de reserva, ibidem. DURAN considera que el enfoque del legislador francés no ocasiona un equilibrio proporcionado de todos los intereses de la relación contractual triangular que se produce en una economía de plataformas y que una responsabilidad objetiva descuida completamente los intereses de los operadores de plataformas, además de obstaculizar el progreso tecnológico. Además, el autor hace notar que se trata de una norma imperativa y que su modificación podrá llevar a declarar la abusividad de una cláusula contractual con arreglo al art. L 212-1 y siguientes del Código de Consumo francés y el art. 1171 del Código civil francés.

[79] Cdo. 18 de la Directiva (UE) 770/2019 y Cdo. 23 de la Directiva (UE) 771/2019.

[80] 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), BOE 287 de 30 de noviembre de 2007.

inalterado al tiempo de implementar aquellas normas. La legislación española no se pronunció tampoco sobre la posibilidad ofrecida por los Cdos.18 de la Directiva (UE) 770/2019 y 23 de la Directiva (UE) 771/2019 de ampliar la aplicación de estas Directivas a plataformas que no cumplan esos requisitos, o sea, a los mercados en línea de mera intermediación. En este punto no se optó por dispensar una mayor protección a la persona consumidora en las situaciones triangulares descritas en la parte introductoria de este trabajo. Las plataformas intermediarias no son responsables de las faltas de conformidad por no ser consideradas empresarios/suministradores ni vendedores y, como sostuvo una opinión doctrinal[81], en caso de duda, hoy debe hacerse una interpretación conforme de las normas españolas con ambas Directivas y, por tanto, considerar responsable contractual al suministrador del contenido o servicio digital o al vendedor del bien que fue la parte contractual del consumidor.

De hecho, el actual marco legal resulta bastante confuso en España. Cuando la plataforma digital pretenda celebrar únicamente un contrato de acceso como intermediaria, desempeñar solamente un papel de corretaje, le será exigible el requisito de información específico adicional contenido en la letra d) del apartado 1 del art. 97 bis TRLGDCU y prescrito para proveedores del mercado en línea, a cuyo tenor:

> *«1. Antes de que un consumidor o usuario quede obligado por un contrato a distancia, o cualquier oferta correspondiente, en un mercado en línea, el proveedor del mercado en línea le facilitará, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 19 y 20 de esta norma y en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, de forma clara, comprensible y adecuada a las técnicas de comunicación a distancia, con especial atención en caso de tratarse de personas consumidoras vulnerables, a las que se les facilitará en formatos adecuados, accesibles y comprensibles, la siguiente información:*
> *[…]*
> *d) Cuando proceda, cómo se reparten las obligaciones relacionadas con el contrato entre el tercero que ofrece los bienes, servicios o contenido digital y el proveedor del mercado en línea, entendiéndose esta información sin perjuicio de cualquier responsabilidad que el proveedor del mercado en línea o el tercero empresario tenga en relación con el contrato en virtud de otra normativa de la Unión Europea o nacional».*

La norma resulta totalmente incoherente con la definición de un proveedor del mercado en línea contenida en el apartado 3 del art. 59 bis TRLGDCU que, siguiendo el mismo criterio de la Directiva de modernización y a los efectos de las disposiciones generales de esta regulación (arts. 1 a 58), considera que el «proveedor de un mercado en línea» es todo empresario que pone a disposición de los consumidores o usuarios un servicio para que los consumidores puedan «celebrar contratos a distancia con otros empresarios o consumidores». Hubiera sido mucho más adecuado prescribir un deber del proveedor del mercado en línea de informar sobre su actuación como intermediaria en el contrato de acceso y de que el proveedor del bien o servicio subyacente es quien asume las correspondientes obligaciones y responsabilidades en el marco de otro contrato. A mi juicio, el apartado 1 del art. 97 bis TRLGDCU no debería aplicarse a operadores de

[81] CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales (la transposición de las Directivas 2019/770 y 2019/771)», *Diario La Ley* núm. 9881, junio de 2021, 1-40, pp. 6-7 y 26-27. Con respecto al suministro de contenidos y servicios digitales, SÁNCHEZ LERÍA, «Mercado digital y protección del consumidor», cit., p. 41.

plataformas digitales que decidan actuar como vendedores, arrendadores, prestadores o de otro modo con respecto a los bienes o servicios subyacentes. Estos sujetos no ostentarán la condición de proveedores del mercado en línea con arreglo al apartado 3 del art. 59 bis TRLGDCU y deberían asumir los deberes de información propios de los comerciantes[82].

La regulación europea o, en su defecto, la española podía haber reconocido que las partes en un modelo de negocio triangular se encuentran interconectadas y dependen una de otra económicamente, haber distribuido el riesgo respectivamente entre ellas. Haber impuesto una responsabilidad contractual al operador de la plataforma digital por el incumplimiento del contrato que tiene por objeto el bien o servicio subyacente, eventualmente solidaria con el proveedor, en línea con el planteamiento del art. 20.2 de las Reglas modelo ELI sobre plataformas en línea[83]. No obstante, ni la Unión Europea adoptó este enfoque de manera imperativa para todos los Estados miembros, ni la regulación española estableció una responsabilidad contractual de las plataformas digitales.

El marco de la Directiva de modernización fue definido en la Comunicación de la Comisión de 11 de abril de 2018, el cual llevó por título «Un nuevo Marco para los Consumidores» en la versión española[84]. De ahí que, aunque la versión en inglés acaso resultaba más prometedora al denominarse «*A New Deal for Consumers*», el documento finalmente recibiera alguna crítica: no es un gran «nuevo trato» sino una mala jugada, se afirmó por quienes abogan desde hace tiempo por cambios más sustanciales en el Derecho de consumo de la Unión Europea con el fin de lograr su adaptación a las nuevas tecnologías[85]. Esta investigación desconoce si en un futuro se acometerá una reforma de mayor calado en los términos expuestos por parte del legislador europeo o estatal español; pero, entretanto esta reforma no se produce, sostiene que las reglas del Derecho contractual español no permiten acudir al criterio de la influencia predominante para fundamentar una responsabilidad contractual del operador de una plataforma por el bien o servicio subyacente.

No obstante, parte de la doctrina científica española viene defendiendo la instauración de una responsabilidad contractual de los operadores de plataformas por el bien o servicio subyacente basada en su influencia predominante con el fin de proteger a las personas consumidoras. Veamos los argumentos utilizados.

c. Acogida del criterio de la influencia predominante en la doctrina científica española para propugnar una responsabilidad contractual de la plataforma

Un sector doctrinal ha defendido el establecimiento en el ordenamiento jurídico español de un régimen de responsabilidad de la plataforma digital por incumplimiento contractual del proveedor profesional en aquellos casos en que el consumidor puede confiar razonablemente en

---

[82] En este sentido se afirmó que es el operador de la plataforma Uber quien asume la responsabilidad para cumplir con los deberes de información previstos en las Directivas europeas de consumo, toda vez que los conductores prácticamente carecen de control sobre la información facilitada al consumidor desde la web. Marie SØRENSEN, «Private Law Perspectives on Platform Services, cit., p. 18.

[83] Plantea esta posibilidad, SØRENSEN, «Is the 'New Deal' for Consumers a Big Deal? Consumer Protection and the New Information Duties for Online Marketplaces», cit., p. 1037.

[84] COM(2018) 183 final.

[85] TWIGG-FLESNER, Christian, «Bad Hand? The "New Deal" for EU Consumers», *European Union Private Law Review* 15/2018, 166-175, pp. 173-175.

que el operador ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones del cumplimiento del contrato que tiene por objeto el bien o servicio.

Al tiempo de escribir este trabajo no existe una base normativa estatal suficiente para una responsabilidad contractual de las plataformas por los bienes y servicios subyacentes. A este respecto una opinión invocó el apartado 2 del art. 6 bis de la Directiva sobre los derechos de los consumidores[86]. Esta norma permite a los Estados miembros imponer requisitos de información adicionales a los proveedores de mercados en línea, pero difícilmente puede actuar como fundamento para la introducción del régimen de responsabilidad contractual propugnado.

En realidad, la acogida del criterio de la influencia predominante y del «principio de confianza» se apoyó principalmente en el art. 18 de la Discusión de Propuesta de Directiva sobre Plataformas de Intermediación en Línea, convertida posteriormente en el art. 20 de las Reglas Modelo ELI sobre plataformas en línea. A partir de ese proyecto existe quien propugnó una responsabilidad contractual de las plataformas por los bienes y servicios subyacentes en dos supuestos: primero, cuando los dos grupos de usuarios no pueden realizar la transacción sin la intervención de la plataforma, porque el operador no les proporciona los datos respectivos hasta que la contratación del bien o servicio subyacente está muy avanzada o se perfeccionó (v.gr. el pago se realiza a través de la plataforma y esta percibe un beneficio directo de cada transacción); o bien, segundo, cuando el contrato subyacente está predeterminado por la plataforma en sus elementos esenciales (precio, calidad de la prestación, condiciones subjetivas de los proveedores) y en sus términos y condiciones[87]. En ambos casos esta opinión se mostró partidaria de una responsabilidad contractual del operador de la plataforma y, a diferencia del art. 18 proyectado, abogó por distribuirla de forma mancomunada entre plataforma y proveedor en base a la naturaleza contractual de los daños causados al cliente[88].

Se trata de una corriente de opinión que calificó de realista el criterio analítico desarrollado por el Tribunal de Luxemburgo que, «indagando bajo la apariencia de intermediación técnica, descubre que, en determinadas circunstancias, una plataforma puede ser *activa* y tiene responsabilidad directa respecto a las actividades que realizan los usuarios con fundamento en el control que ejerce sobre ellos»[89]. Una doctrina científica que aboga por revisar en su conjunto los contratos celebrados por el operador de la plataforma con los proveedores de bienes y servicios y con los clientes, con el fin de valorar si las actividades de la plataforma son meramente

---

[86] TOMILLO URBINA, Jorge, «Los consumidores ante las plataformas de intermediación Online: algunas reflexiones», 19 *Lex: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas* 27/2021, 97-132, p. 127.

[87] ORTÍ VALLEJO, Antonio, «Las relaciones contractuales de las plataformas de economía colaborativa», en ORTÍ VALLEJO, Antonio/RUBIO GIMENO, Gemma (dirs.), *Propuestas de regulación de las plataformas de economía colaborativa: perspectivas general y sectoriales*, Cizur Menor, Aranzadi, 2019, 81-114, pp. 103-112. Según esta opinión, en el primer grupo de casos la plataforma actúa como mandataria del proveedor, mientras que en el segundo el cliente contrata directamente el bien o servicio a la plataforma, ésta asume el cumplimiento y, simplemente, encarga la ejecución a un tercero (proveedor) con el que le liga una relación laboral o subcontrata. En el segundo caso la plataforma actúa en interés propio dada su situación de superioridad y el proveedor deberá supeditarse a sus exigencias. El autor cita la STJUE de 20 de diciembre de 2017, Uber, C-434/15 (ECLI:EU:C:2017:981), en apoyo de su razonamiento.

[88] También TOMILLO URBINA, «Los consumidores ante las plataformas de intermediación Online», cit., p. 127, alude al art. 18.1 de la Discusión de Propuesta de una Directiva sobre Plataformas de Intermediación en Línea en apoyo de una responsabilidad contractual de los operadores.

[89] Con relación al antiguo art. 14 de la Directiva sobre comercio electrónico, JIMÉNEZ HORWITZ, Margarita, «La situación jurídica de la plataforma Airbnb en el marco de la economía colaborativa», *Revista Aranzadi Doctrinal* 3/2019, 1-34, pp. 9-10.

auxiliares de las que realizan los usuarios, prevaleciendo la intermediación técnica, o, por el contrario, significan una posición de control que justifica la responsabilidad directa del operador de la plataforma en los ámbitos de actuación de los usuarios.

Desde esta perspectiva, a la vista del caso Uber[90] se afirma que la gestión del pago del precio del alojamiento y de otros servicios llevada a cabo por la plataforma Airbnb no significa una intervención principal en el contrato que fue celebrado por el anfitrión y el huésped, y que tampoco lo es un control extracontractual del cumplimiento de normas administrativas reguladoras de la actividad turística llevado a cabo por el operador. La compañía Airbnb no manda ni controla la forma de organizar el alojamiento o los servicios del viaje. De ese modo, la misma opinión sostiene que los efectos del contrato se deciden entre las partes contratantes en virtud del principio de relatividad (art. 1257 CC). El operador de la plataforma no asume ninguna responsabilidad si el anfitrión no cumple con las prestaciones comprometidas frente al huésped, en una suerte de paralelismo con el «puerto seguro» que vinieron estableciendo el antiguo art. 14 de la Directiva sobre comercio electrónico –reemplazado ahora por el art. 6 del Reglamento de Servicios Digitales– y el todavía vigente art. 16 LSSICE en el ámbito de la responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información por un contenido ilícito de los datos almacenados[91].

En cambio, si el operador de la plataforma es tenido por prestador por ejercer una influencia decisiva en la organización del servicio subyacente, se afirma, entonces queda contractualmente obligado frente al cliente a garantizar el cumplimiento correcto de la prestación. El planteamiento defiende que en este caso no debería regir el principio de relatividad de los contratos (art. 1257 CC), propio de cuando el operador de la plataforma se limita a intermediar entre los dos grupos de usuarios[92]. Afirma esta opinión que en tal caso una cláusula de intermediación resultará abusiva por significar la imposición de una renuncia a los derechos del consumidor (art. 86.7 TRLGDCU) y una declaración de conformidad del consumidor con hechos ficticios (art. 89.1 TRLGDCU). Sostiene además que la responsabilidad contractual de la plataforma puede incardinarse en el art. 1258 CC: el operador está obligado a cumplir todas las obligaciones que conforme a la buena fe pueda legítimamente esperar el cliente, incluida la de cumplir como el proveedor, si el cliente puede percibir que la prestación del servicio subyacente se ejerce bajo el control y la influencia decisiva del operador de la plataforma.

Así se empleó el criterio de la influencia predominante de la plataforma sobre el proveedor. Una manera de sortear la responsabilidad contractual de las plataformas respecto de las transacciones efectuadas entre proveedores y clientes puede tener lugar informando cabalmente a los clientes acerca de que el operador de la plataforma es mero intermediario digital respecto de los bienes y servicios subyacentes y que, en su consecuencia, no asume responsabilidad alguna ante un eventual incumplimiento del proveedor. Ahora bien, una plataforma puede resultar responsable contractual por el bien o servicio subyacente cuando los clientes confiaron razonablemente en una influencia predominante de la plataforma, incluso a raíz de una información dada por los

[90] STJUE de 20 de diciembre de 2017, Uber, C-434/15 (ECLI:EU:C:2017:981).

[91] JIMÉNEZ HORWITZ, «La situación jurídica de la plataforma Airbnb en el marco de la economía colaborativa», cit., pp. 5 y 20-24.

[92] PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, «La responsabilidad del operador de la plataforma como prestador del servicio subyacente», en ORTÍ VALLEJO, Antonio/RUBIO GIMENO, Gemma (dirs.), *Propuestas de regulación de las plataformas de economía colaborativa: perspectivas general y sectoriales*, Cizur Menor, Aranzadi, 2019, 141-155, p. 154.

proveedores; dejando a salvo un derecho de la plataforma que responde frente al cliente, en su caso, a repetir contra el proveedor[93].

Con arreglo a este planteamiento el operador de una plataforma que desarrolla un rol activo debe responder por los incumplimientos contractuales relacionados con el bien o servicio subyacente a partir de la concurrencia de alguno de los subcriterios del art. 20.2 de la Reglas Modelo ELI sobre plataformas en línea que fueron enumerados. Por ejemplo, una opinión mantendrá que es la introducción de un contenido contractual en la transacción lo que convierte una plataforma intermediaria en una plataforma responsable por el cumplimiento del contrato que tiene por objeto el bien o servicio subyacente. En la medida en que la plataforma predispone e impone el contenido de las transacciones, afirma esta línea doctrinal, asume la obligación de supervisar el cumplimiento de las obligaciones resultantes y se hace responsable de los incumplimientos. A pesar de que entonces no se puede imputar responsabilidad al operador de la plataforma por la autoría material del incumplimiento, la misma corriente de opinión conecta una tal responsabilidad con un deber de diligencia *in vigilando* sobre los proveedores[94].

La doctrina científica española que acogió el criterio de la influencia predominante afirmó que «más allá de la noción de influencia decisiva en el contenido del contrato subyacente, las plataformas deberán responder si incluyen ofertas con informaciones no veraces sobre la calidad de los bienes o servicios ofrecidos siempre que, por razón de su actividad, hayan tenido conocimiento o no puedan desconocer dicha falta de veracidad»[95]. Hizo un *mix* con la exención de responsabilidad del antiguo art. 14 de la Directiva sobre comercio electrónico –relevado después por el art. 6 del Reglamento de Servicios Digitales— para establecer el régimen de responsabilidad contractual del operador de la plataforma por el bien o servicio subyacente.

Los operadores de plataformas en línea, se aseveró, se califican como intermediarios y no como prestadores del servicio subyacente «con la intención clara no sólo de sustraerse al cumplimiento de los requisitos que disciplinan el ejercicio de la actividad subyacente, sino también de eludir cualquier responsabilidad que frente a los usuarios pudiera derivarse de una incorrecta prestación de tal servicio»[96]. Según este punto de vista, «el elemento clave a tener en consideración a la hora de concluir acerca de la calificación de la actividad que presta la plataforma es determinar si esta realiza una labor de coordinación y organización del servicio

---

[93] VILALTA NICUESA, Aura Esther, «La regulación europea de las plataformas de intermediarios digitales en la era de la economía colaborativa», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 765/2018, 275-330, pp. 306-307, 310-311 y 313.

[94] RUBIO GIMENO, Gemma, «Responsabilidad de las plataformas de economía colaborativa y responsabilidad del proveedor del servicio», en ORTÍ VALLEJO, Antonio/RUBIO GIMENO, Gemma (dirs.), *Propuestas de regulación de las plataformas de economía colaborativa: perspectivas general y sectoriales*, Cizur Menor, Aranzadi, 2019, 115-140, pp. 132-133, para quien una responsabilidad de la plataforma por culpa *in vigilando* debe relacionarse no tanto con la introducción del proveedor en la relación obligatoria, sino con «la introducción de un determinado contenido contractual o en definitiva, en su influencia decisiva o predominante sobre el prestador y la prestación del servicio». Además, la autora se muestra partidaria de imponer una responsabilidad solidaria entre la plataforma y el usuario por el incumplimiento del servicio subyacente únicamente cuando este último sujeto no es un profesional.

[95] Ibidem, p. 131.

[96] Según LÓPEZ ORTEGA, «Las plataformas Uber, BlaBlaCar y Airbnb», cit., pp. 195-196 y 197-198, lo determinante va a ser «si la plataforma organiza el transporte o el alojamiento o simplemente se limita a intermediar en el ámbito de estos mercados». A este respecto la autora presta atención a la argumentación que fue empleada por la STS 805/2020, Social (Pleno), de 25 de septiembre de 2020, ECLI:ES:TS:2020:2924, FJ 21ª, en aras a declarar que existió un contrato laboral entre los repartidores y la plataforma Glovo.

subyacente». En este sentido, se aseveró, «se generan dos esferas de responsabilidad atendiendo a si se trata de meros Proveedores de Servicios de Información (PSI) o si efectúan un control de la oferta subyacente conforme expone la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de diciembre de 2017 (asunto Asociación Profesional Élite Taxi y Uber Systems Spain S.L5)». Esta doctrina científica sostiene que deberá realizarse «un análisis casuístico dependiendo del sector de que se trate, pero que permita una cierta homogeneidad interpretativa, a tenor de elementos comunes que puedan presentar este tipo de plataformas de intermediación»[97]. A los criterios del TJUE en los casos Uber[98] y Airbnb[99] incluso añadió otros relativos a si el operador de la plataforma digital sufraga los gastos y asume todos los riesgos relacionados con el cumplimiento del contrato celebrado entre proveedor y cliente, a si existe una relación laboral entre el operador de la plataforma y el proveedor[100], y a si el sistema reputacional ofrece la posibilidad de valoración a los dos grupos de usuarios o únicamente a los clientes[101].

Fue en estos términos que un sector doctrinal se muestra partidario de establecer una responsabilidad contractual de los operadores de plataformas digitales a pesar de que en la actualidad no existe ningún precepto legal que asigne concretamente el riesgo contractual con respecto al bien o servicio subyacente a las plataformas digitales. De momento el ordenamiento jurídico español no cuenta con una regulación equivalente a la portuguesa, la italiana o la francesa; y, como se expuso, las recientes normas introducidas en el Derecho español a raíz de la Directiva de modernización vienen a reconocer al proveedor de un mercado en línea un papel de intermediario (apartado 3 del art. 59 bis TRLGDCU; de manera más confusa, el art. 97 bis TRLGDCU).

La presente investigación sostiene que el criterio de la influencia predominante, a menudo empleado desde una perspectiva alejada del Derecho de contratos, resulta sumamente distorsionador como fundamento de una responsabilidad contractual del operador de la plataforma digital por el bien o servicio subyacente. Antes de ahondar en esta cuestión, el siguiente apartado hará hincapié en la ausencia de base legal de este planteamiento.

d. Valoración crítica: el art. 6 del Reglamento de Servicios Digitales como fundamento de una responsabilidad contractual

El art. 13.1 LSSICE regula la responsabilidad de los prestadores de los servicios de la sociedad de la información previendo que los mismos «están sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley». Esta norma se mantiene en vigor tras la aprobación del Reglamento de Servicios Digitales y significa que el operador de la plataforma responderá por faltas de

[97] TORRES BENITO, Elvira/JIMENO MUÑOZ, Jesús, «Responsabilidad derivada de las plataformas de economía colaborativa», *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro* 3/2018, 6-20, pp. 8 y 11.

[98] STJUE de 20 de diciembre de 2017, Uber, C-434/15 (ECLI:EU:C:2017:981).

[99] STJUE de 19 de diciembre de 2019, Airbnb, C-390/18 X (ECLI:EU:C:2019:1112).

[100] Con anterioridad al Reglamento de Servicios Digitales, CUENA CASAS, «La contratación a través de plataformas intermediarias en línea», cit., pp. 305 y 309.

[101] LÓPEZ ORTEGA, «Las plataformas Uber, BlaBlaCar y Airbnb», cit., pp. 207-208, quien se fija en que Uber no permite a los conductores de vehículos llevar a cabo la valoración en la plataforma.

conformidad en los bienes o servicios subyacentes, en su caso, según las reglas generales de la responsabilidad civil contractual (art. 1101 CC y siguientes)[102].

En principio, las plataformas digitales que operan en la comercialización de bienes y servicios pueden ser consideradas como prestadoras de servicios de la sociedad de la información en el sentido de la Directiva sobre comercio electrónico, singularmente servicios de alojamiento o almacenamiento de datos, con arreglo al art. 1, apartado 1, letra b), de la mencionada Directiva (UE) 2015/1535, de 9 de septiembre, por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información. Como es sabido, la LSSICE, tal y como apunta en su Exposición de Motivos, recogió un concepto amplio de aquel tipo de servicios y, sin duda, su prestación podrá darse cuando desde la plataforma se facilita información al cliente de un bien o servicio contratado a partir de una actividad de intermediación en línea, siempre que dichos servicios constituyan una actividad económica para la plataforma[103].

Ahora bien, en mi opinión los criterios del art. 6 del Reglamento de Servicios Digitales, si bien no instauran un régimen de responsabilidad y adoptan un enfoque negativo y se limitan a determinar los casos en los cuales las plataformas no pueden acogerse a la figura del «puerto seguro»[104], deben aplicarse únicamente por lo que respecta a la responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información por un contenido ilícito. En ningún caso este precepto legal –ni, con anterioridad, el antiguo art. 14 de la Directiva sobre comercio electrónico— debería ser relevante para conformar el régimen de responsabilidad contractual de los operadores de plataformas por la provisión de bienes o servicios subyacentes.

A este respecto resultará fundamental diferenciar entre distintos ámbitos del Derecho y reconocer que en cada uno puede regir un criterio distinto. De hecho, los criterios de control e influencia decisiva del operador de la plataforma sobre los usuarios introducidos por el TJUE afectaron solamente al problema legal que debió resolver ese tribunal, consistente en establecer si las plataformas demandadas podían acogerse a la figura del «puerto seguro» o debían responder por un contenido ilícito[105].

---

[102] En Derecho español, CUENA CASAS, «La contratación a través de plataformas intermediarias en línea», cit., pp. 319-320, se refiere a las normas de la responsabilidad civil. Defiende que serán de aplicación las normas generales de responsabilidad civil, contractual (arts. 1101 ss. CC) y extracontractual (arts. 1902 ss. CC), con respecto a la ejecución del bien o servicio que la plataforma digital provea como propios, TAMAYO CARMONA, Juan Antonio, «Responsabilidad de las plataformas digitales por daños: contenido ilícito y conocimiento efectivo», en ATAZ LÓPEZ, Joaquín/COBACHO GÓMEZ, José Antonio (coords.), *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños: Estudios en homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón*, t. III, Cizur Menor, Aranzadi, 2021, 1653-1678, p. 1661; y lo mismo cabe afirmar cuando el bien o servicio subyacente sea provisto por un tercero (proveedor). Fuera del Derecho español, MAULTZSCH, Felix, «Contractual Liability of Online Platform Operators: European Proposals and established Principles», *European Review of Contract Law* 3/2018, 209-240, p. 225.

[103] Distintamente, un sector doctrinal sostuvo que a las plataformas digitales no es aplicable el régimen de responsabilidad propio de los prestadores de la sociedad de la información, «pensado para aquellos cuya función sea de intermediación (contenidos ajenos)». TAMAYO CARMONA, «Responsabilidad de las plataformas digitales por daños», cit., p. 1661. Por su parte, el art. 13.2 LSSICE prevé que «[p]ara determinar la responsabilidad de los prestadores de servicios *por el ejercicio de actividades de intermediación*, se estará a lo establecido en los artículos siguientes [la cursiva es de esta investigación]».

[104] Supra § 2.1.b.

[105] Supra § 2.1.a.

En el caso Uber[106] el litigio además tuvo por objeto si cabía exigir a la empresa demandada una licencia comercial por no reunir la categoría de prestadora de un servicio de la sociedad de la información. La consecuencia de declarar que la plataforma Uber no formaba parte del ámbito de aplicación de la Directiva sobre comercio electrónico significó que esta empresa no se encontraba sujeta al principio de libertad para facilitar servicios de la sociedad de la información establecido en esta Directiva (art. 3.2). A su vez, los servicios de transporte fueron excluidos explícitamente tanto de la aplicación de la Directiva de servicios (letra d) del art. 2.2) como de los principios de libertad de establecimiento y para prestar servicios (arts. 56 y 58 TFUE); y actualmente los Estados miembros se encuentran autorizados para regular las actividades de Uber. Fue únicamente en este sentido que el Tribunal de Luxemburgo valoró el papel activo del operador de la plataforma con respecto al contenido y el cumplimiento de los contratos de transporte celebrados[107]. Si Uber mantuviera una posición pasiva o neutral, se limitara a listar los conductores y a permitir que los pasajeros se pusieran en contacto con estos, la sentencia hubiera declarado que la empresa Uber actuaba como prestadora de un servicio de la sociedad de la información, no hubiera puesto en entredicho su condición de intermediaria y los Estados miembros no podrían regular la actividad mediante normas de Derecho público[108]. Lo debatido en esta sentencia dista mucho del objeto de este trabajo, cual es el régimen de responsabilidad contractual de las plataformas en línea por los bienes y servicios subyacentes.

Hasta la fecha la cuestión adicional de si los clientes celebraron los contratos de compraventa, transporte o alojamiento con las plataformas demandadas en los casos Louis Vuitton[109], L'Oréal[110], Uber[111] y Airbnb[112] o con el tercero proveedor, no ha sido objeto de los procedimientos judiciales tramitados ante el Tribunal de Luxemburgo; y, a mi juicio, el criterio de la influencia predominante surgido principalmente de estas sentencias no debería ser extrapolado para imputar a las plataformas una responsabilidad contractual por el cumplimiento de estos contratos. Una aproximación surgida del contexto de un poder regulador de Derecho público de los Estados miembros de la Unión Europea no debería ser transferida a la responsabilidad contractual de los operadores de plataformas. Podrán existir buenas razones para imponer ciertos requisitos a los operadores de plataformas relativos a los bienes y servicios subyacentes cuando estos sujetos ejercen una influencia económica predominante sobre los proveedores. No obstante, en mi opinión la responsabilidad contractual de los operadores de plataformas debería establecerse independientemente y con arreglo a los principios y reglas del Derecho privado[113].

---

[106] STJUE de 20 de diciembre de 2017, Uber, C-434/15 (ECLI:EU:C:2017:981).

[107] De ahí que el operador Airbnb escapara de unos requisitos prescritos por la regulación nacional para llevar a cabo la actividad, mientras que los anfitriones que ofrezcan alojamiento desde esta plataforma puedan quedar sujetos a unas condiciones de autorización del Derecho nacional para el alquiler de viviendas o habitaciones de corta duración que no vulneran la Directiva de servicios. BUSCH, Christoph/MAK, Vanessa, «Putting the Digital Services Act in Context: Bridging the Gap Between EU Consumer Law and Platform Regulation», *Journal of European Consumer and Market Law* 3/2021, 109-115, p. 110.

[108] El Derecho de la Unión Europea prohíbe que los Estados miembros sujeten los prestadores de servicios de la sociedad de la información a autorización previa (art. 4 Directiva sobre comercio electrónico, todavía vigente).

[109] STJUE de 23 de marzo de 2010, Louis Vuitton, C-236/08 a C-238/08 (ECLI:EU:C:2010:159).

[110] STJUE de 12 de julio de 2011, L'Oréal, C-324/09 (ECLI:EU:C:2011:474), apartados 116-124.

[111] STJUE de 20 de diciembre de 2017, Uber, C-434/15 (ECLI:EU:C:2017:981).

[112] STJUE de 19 de diciembre de 2019, Airbnb, C-390/18 X (ECLI:EU:C:2019:1112).

[113] Cf. MAULTZSCH, «Contractual Liability of Online Platform Operators», cit., p. 227. En sentido opuesto, ROTT, «New Liability of Online Marketplaces Under the Digital Services Act?», cit., pp. 1041 y 1044-1046.

Cierto es que el art. 7 de la Propuesta de Directiva de responsabilidad por productos defectuosos[114], que deberá sustituir la Directiva 85/374/CEE sobre la misma materia[115] para facilitar su aplicación a los sistemas de IA y a las necesidades de la economía circular, asume que las plataformas en línea que desempeñan un mero papel de intermediario en la venta de productos entre comerciantes y consumidores están cubiertas por la exención de responsabilidad en virtud del art. 6.1 del Reglamento de Servicios Digitales (el llamado «puerto seguro») al regular los operadores económicos responsables de los productos defectuosos. El texto asume como válido para esta materia el criterio de la influencia predominante de las plataformas surgido de la responsabilidad de estos operadores como prestadores de la sociedad de la información. Mediante un escrupuloso respeto hacia los términos en que fue establecida la exención y regulando a su vez una materia que no fue objeto del Reglamento, aboga por considerar a las plataformas en línea responsables al igual que a los distribuidores por productos defectuosos cuando presenten o permitan de otro modo la transacción específica en cuestión de una manera que llevaría a un consumidor medio a creer que el producto es suministrado por la propia plataforma en línea o por un comerciante que actúa bajo su autoridad o control. Sin embargo, a mi juicio esta aproximación no debería extrapolarse sin más a la responsabilidad contractual de las plataformas en línea por los bienes y servicios contratados por los clientes.

De ahí que, a falta de normas reguladoras de la responsabilidad contractual de las plataformas por los bienes y servicios contratados por los clientes –como ocurre en el ordenamiento jurídico español—, a mi juicio la diferencia entre si el operador de la plataforma desempeña un papel de intermediario o de proveedor del bien o servicio debería determinarse con arreglo al Derecho contractual de cada Estado miembro de la Unión Europea. Serán estas normas las aplicables para establecer cuál fue la verdadera intención de los contratantes a partir de los términos literales del contrato o, si los mismos ofrecen dudas, tomando en consideración la impresión general que resulta del comportamiento de los contratantes y demás reglas de interpretación de los contratos (arts. 1281 a 1289 CC)[116]. Plantearse si los clientes que contrataron a través de la plataforma, a partir de una apreciación razonable y teniendo en cuenta todas las circunstancias relevantes, podían asumir que estaban contratando el bien o servicio subyacente a un proveedor o, por el contrario, directamente con el operador de la plataforma[117].

En mi opinión, a falta de una regulación que establezca un régimen de responsabilidad específico, una aplicación de las reglas generales del Derecho de contratos lleva a excluir una responsabilidad del operador de la plataforma digital por las obligaciones derivadas de la

[114] Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, COM (2022) 495 final, de 28 de septiembre de 2022. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0495 (fecha de consulta: 18 de marzo de 2024).

[115] Directiva 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 (85 /374/CEE), DOCE L 210/29 de 7 de agosto de 1985.

[116] Fuera de la UE, en el caso Uber BV v Aslam [2021] UKSC 5 [2021] 4 All ER 209, apartados 103-104, resuelto por el Tribunal Supremo de Reino Unido, el Juez Lord LEGGATT subrayó que en situaciones que no están envueltas en una relación laboral deberían aplicarse los principios ordinarios de interpretación de los contratos. Puso el ejemplo de las plataformas de reserva de servicios de alojamiento turístico, las cuales a su juicio es mucho más probable que operen como intermediarias, puesto que los prestadores del servicio están compitiendo unos con otros y pueden hacerlo empleando distintas plataformas a la vez. En la misma línea, con respecto a la plataforma comercializadora de los servicios hoteleros, el caso The Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs v Secret Hotels2 Limited [2014] UKSC 16 [2014] 2 All ER 685.

[117] MAULTZSCH, «Contractual Liability of Online Platform Operators», cit., pp. 216-217, a partir de los §§ 133 y 157 BGB.

ejecución del contrato subyacente cuando puede afirmarse que existe una intermediación desde una perspectiva contractual; y la jurisprudencia desarrollada por el TJUE sobre el criterio de la influencia predominante debería resultar completamente irrelevante a los efectos de establecer una responsabilidad contractual.

Cosa distinta es que algunos criterios establecidos por el TJUE o la doctrina científica para determinar cuál es el rol del operador de la plataforma puedan ser empleados además para excluir la existencia de una intermediación desde una perspectiva contractual y, en consecuencia, aplicar el régimen de responsabilidad contractual que es propio del proveedor y no del intermediario. Como se expondrá en los siguientes apartados, esto ocurrirá, por ejemplo, cuando el operador de la plataforma es quien fija el precio final del bien o servicio subyacente[118]. Desde una óptica estrictamente contractual y al margen de las interpretaciones realizadas por el TJUE, cuando concurran circunstancias como ésta el contrato en cuya virtud se suministra el bien o servicio subyacente deberá entenderse concluido entre la plataforma y el cliente. Entonces se deberá «levantar el velo» ante una pretensión de la plataforma de concluir un contrato de corretaje y el primero de estos sujetos sí podrá ser responsable contractual por el bien o servicio.

3. En defensa del Derecho de contratos y el modelo de intermediación en línea

3.1. El respeto a los principios de relatividad del contrato, autonomía privada y libertad contractual

Como se expresó en la parte introductoria, las plataformas ponen en contacto a dos grupos de usuarios, clientes y proveedores de bienes y servicios, proporcionando una infraestructura tecnológica que permite la contratación. Desde un punto de vista formal, con el fin de realizar una actividad intermediaria los operadores normalmente celebran unos contratos de acceso con ambos grupos de usuarios y cuyos clausulados tienen encaje en la modalidad contractual del corretaje, a pesar de la diversidad de servicios prestados.

Distintos han sido los intentos de excluir a las plataformas digitales de la noción de intermediario. En el Libro verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo, presentado el 8 de febrero de 2007, la Comisión Europea declaró que la noción de intermediario no incluiría a las plataformas de comercio para vendedores y consumidores por Internet cuando no se involucraban en la conclusión del contrato[119]. Por su lado, la propuesta inicial de Directiva sobre los derechos de los consumidores estableció que la noción de intermediario no debía incluir a las plataformas de comercio en línea que no celebraran el contrato en nombre o por cuenta de cualquier otra parte (Cdo. 20, última frase) y, por tanto, asoció la intermediación a la existencia de una relación representativa. Sin embargo, no prosperó ninguna iniciativa legislativa excluyendo a las plataformas digitales de la noción de intermediario; y, como se indicó, estos operadores económicos generalmente establecen en sus condiciones generales que ellos actúan meramente como intermediarios entre unas partes contratantes independientes y que no venden el bien o prestan el servicio subyacente[120].

---

[118] Para otros supuestos, infra § 3.2.

[119] COM(2006) 744 final, p. 17.

[120] DEVOLDER, «Contractual Liability of the Platform», cit., pp. 59-60.

Asignar el riesgo contractual del contrato que los proveedores celebraron con los clientes al operador de la plataforma digital en base al criterio de la influencia predominante, además de tener la potencialidad de ser muy gravoso para estos sujetos, puede vulnerar el principio básico de relatividad de las obligaciones contractuales[121]. Los contratos «sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos» (art. 1257 I CC). Conforme a esta norma, en el ordenamiento jurídico español rige la regla según la cual «lo convenido entre otros ni perjudica ni aprovecha a terceros» (*res inter alios acta tertiis nec nocet nec prodest*), sin perjuicio de que los derechos y obligaciones nacidos de un contrato se transmitan por herencia, a menos que no sean susceptibles de esta transmisión debido a su naturaleza, o a lo establecido mediante pacto o ley. El principio de relatividad se deduce también del art. 1091 CC, al señalar que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos, y no, por tanto, con respecto a terceros ajenos a lo pactado. Como las obligaciones contractuales nacen del consentimiento, en principio no puede obligarse por contrato a un operador de la plataforma digital que no consintió el contrato celebrado entre el proveedor del bien o servicio subyacente y el cliente, ni devino parte de esta relación contractual por su voluntad[122]. Lo contrario vulnerará además el principio de autonomía, la libertad de empresa y el libre desarrollo de la personalidad que fueron reconocidos por la Constitución española (arts. 38 y 10.1)[123].

El Derecho de contratos fue considerado por buena parte de la doctrina científica europea a la hora de establecer la responsabilidad de las plataformas[124]. El Código de Transporte francés (*Code des transports*), creado por la «*loi Grandguillaume*» con el fin de instaurar un nuevo marco legal para las actividades de intermediación llevadas a cabo por «las centrales de reserva» (*centrales e réservation*), y la consideración de los operadores de plataformas como parte contractual –

[121] SØRENSEN, «Is the 'New Deal' for Consumers a Big Deal? Consumer Protection and the New Information Duties for Online Marketplaces», cit., p. 1035, con respecto al art. 20.1 de las Reglas modelo ELI sobre plataformas en línea.

[122] Admitió que los contratos celebrados por Airbnb se rigen por el principio de relatividad a pesar de las actividades de la plataforma relacionadas con el contrato celebrado entre el anfitrión y el huésped, JIMÉNEZ HORWITZ, «La situación jurídica de la plataforma Airbnb en el marco de la economía colaborativa», cit., pp. 19-24. Siguiendo un planteamiento con fundamento en las normas más elementales del Derecho general de obligaciones y contratos, afirmó la autora, «habría que decir que, como Airbnb no es parte del contrato que *formalmente* solo vincula al anfitrión y al huésped, tampoco responde del incumplimiento de las prestaciones comprometidas en dicho contrato (principio de relatividad de los contratos)».

[123] Con relación a la eficacia del contrato frente a terceros, CARRASCO PERERA, Ángel, *Derecho de contratos*, Cizur Menor, Aranzadi, 2010, p. 599. Argumenta en este sentido la STS 556/2021, Civil (Sección 1ª), de 21 de julio de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3189), FJ 2º.

[124] Se muestra partidaria de establecer una responsabilidad de los operadores de plataformas por una falta de conformidad mediante la aplicación de los principios generales del Derecho de contratos, SØRENSEN, «Private Law Perspectives on Platform Services», cit., p. 17. En la misma línea, DURAN, «Digital Intermediaries in the French Code of Transport- An Example Based on Uber», cit., p. 121, concluye que cabe establecer una responsabilidad de los operadores de plataformas por una falta de conformidad como hizo el legislador francés en relación con las centrales de reserva (art. L 3142 del Código de Transporte) o, simplemente, mediante la aplicación de los principios generales del Derecho de contratos. Incluso la doctrina más partidaria de establecer una responsabilidad de los operadores de plataformas por la ejecución del bien o servicio afirmó que cualquier responsabilidad en las tres relaciones contractuales dependerá de las normas del Derecho nacional. MAK, «Private Law Perspectives on Platform Services», cit., p. 20. Por lo demás, la necesidad de acudir a las normas nacionales de Derecho de contratos también fue admitida así mismo con respecto a la posibilidad de aplicar las Directivas europeas de consumo a las plataformas digitales. WENDERHORST, Christiane, «Platform Intermediary Services and Duties under the E-Commerce Directive and the Consumer Rights Directive», *Journal of European Consumer and Market Law* 1/2016, 30-33, p. 33.

singularmente, el art. L 3142-3, primer párrafo— fueron juzgados como demasiado radicales y tendentes a interferir en los principios básicos del Derecho de contratos, incluida la doctrina de la relatividad del contrato y la libertad contractual[125]. De acuerdo con esos principios, se afirmó, los contratantes solamente deberían estar facultados a exigir compensación de aquellos sujetos con quienes eligieron libremente vincularse mediante un contrato[126].

Por supuesto, resulta contrario a la estructura del Derecho de contratos mantener que una persona es responsable por las obligaciones contractuales de otro deudor simplemente porque ella ejerce una influencia predominante en este último[127]. El principio de relatividad del contrato no pone el foco en la influencia económica o de otro tipo de los sujetos involucrados en una transacción. Busca preservar la autonomía personal en la selección de la persona con quien se contrata y la libertad contractual. Desde esta perspectiva, la idea de imponer una responsabilidad solidaria del operador de la plataforma con el proveedor del bien o servicio, en los términos del art. 20 de las Reglas modelo ELI sobre plataformas en línea, no es acorde con una exención, limitación del riesgo y diferenciación resultantes de una separación de las relaciones contractuales y que tiene lugar a pesar de una interdependencia económica entre los participantes.

Es parte quien consiente el contrato y deviene titular de las posiciones jurídicas activas (crédito) y pasivas (deuda) que del contrato derivan; y no es parte quien, como ocurre con el operador de una plataforma en línea, se beneficia de la existencia y cumplimiento de un contrato ajeno celebrado entre el proveedor del bien o servicio subyacente y el cliente porque así lo determinaron libre y voluntariamente los sujetos involucrados en la transacción triangular[128].

Tampoco parece admisible considerar que se desarrollan diferentes modalidades de contratación en función de cuáles son los distintos sujetos que intervienen. Ciertamente, la plataforma puede actuar más o menos activamente en la comercialización del bien o servicio subyacente, el proveedor puede ser un profesional o no serlo, y el cliente puede o no la condición de consumidor. Sin embargo, la tipología del contrato no debería depender de la combinación del tipo de calificación que merezcan los diferentes sujetos y esta circunstancia tampoco debería actuar como factor para determinar cuál de ellos es responsable. A diferencia de lo que ocurre en

---

[125] DURAN, «Digital Intermediaries in the French Code of Transport- An Example Based on Uber», cit., p. 117. La misma opinión señala que serán excepcionales los casos en que un sujeto queda vinculado legalmente a un contrato bilateral del que no es parte.

[126] Ibidem. En este sentido, la misma opinión doctrinal considera que el párrafo segundo del art. 13.1 de la actual Directiva de viajes combinados, al permitir a los Estados miembros de la Unión Europea establecer una responsabilidad del minorista por la ejecución del viaje combinado que podrá tener un carácter subsidiario («que estipulen que *también* el minorista es responsable [la cursiva es de esta investigación]»), podría suavizar el camino hacia una responsabilidad más amigable con la plataforma que la opción escogida por el Código de transporte francés.

[127] MAULTZSCH, «Contractual Liability of Online Platform Operators», cit., p. 227, quien se refiere a la validez del contrato de franquicia a pesar de la significativa influencia que ejerce el franquiciador sobre las condiciones generales de los contratos celebrados entre el franquiciado y sus clientes, un contrato aquél que suele incluir además la determinación del precio; y advierte el autor de lo injustificado que podría resultar establecer una responsabilidad solidaria del franquiciador con el franquiciado.

[128] Sobre la noción de partes del contrato (art. 1257 I CC), CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., pp. 600-601.

otros ámbitos, la categoría del operador económico involucrado no debería ser la pauta para establecer la responsabilidad contractual, debería serlo la voluntad de los sujetos[129].

Los principios de relatividad de las obligaciones contractuales, autonomía privada y libertad contractual se encuentran estrechamente interrelacionados. Las personas pueden obligarse de la forma que estimen conveniente, y los pactos alcanzados deben ser respetados (*pacta sunt servanda*) (arts. 1091 y 1255 CC, entre otros). Los pactos obligan porque nacen del consentimiento y, si el operador de la plataforma no consiente, no puede quedar obligado frente a los clientes de bienes y servicios en lo tocante al cumplimiento de un contrato del que no es parte (art. 1257 I CC). Si el contrato es considerado como una manifestación de la autonomía privada en orden a la reglamentación de los propios intereses, resulta claro que dicha reglamentación ha de afectar, en principio, tan solo a la esfera jurídica de sus autores, porque solamente respecto de ellos la autonomía existe[130]. La elección del contratante forma parte integrante del principio de autonomía, el cual es válido en todos los niveles de la organización contractual y permite a todos los sujetos componer y coordinar sus respectivos intereses, en términos de eficiencia económica, también a los operadores de plataformas digitales.

No en vano la autonomía contractual ha sido considerada, en palabras de CARRASCO PERERA, como «un postulado de prudencia para el legislador de previsión intelectual limitada»; y se afirmó que «la experiencia enseña que el Ordenamiento genera sus propios monstruos cuando el ignaro legislador decide impedir en un extremo el acuerdo privado entre personas adultas y parejamente egoístas»; y, también, que «[e]s finalmente una regla exigida por la neutralidad valorativa de un Estado constitucional en el que nadie está en condiciones de dictar a los particulares los valores que éstos deban satisfacer en su vida privada o en sus negocios», en clara alusión al mandato constitucional de los arts. 10 y 38 CE[131].

Ciertamente, la doctrina jurisprudencial elaborada por la Sala Civil del Tribunal Supremo español estableció algunas excepciones al principio de relatividad de los contratos, las cuales sin embargo no parece que puedan extrapolarse al modelo de las plataformas digitales.

En efecto, la excepción a la eficacia entre contratantes prevista en el art. 1257 I CC fue realizada por el Alto Tribunal con respecto al comprador de un inmueble ya terminado para reconocerle una acción de responsabilidad contra el constructor o contratista por defectos constructivos a pesar de no haber sido parte del contrato de obra[132]. En tales casos, según la doctrina jurisprudencial, el constructor, contratista o promotor debe soportar como «causahabiente a título particular» los «efectos de los contratos celebrados por el causante de la transmisión con anterioridad a ella si influyen en el derecho que se transmite». A tenor de la mayoría de estas sentencias, la excepción es consecuencia de la *regula iuris* según la cual «nadie puede transferir

[129] Contrariamente, GRAMUNT FOMBUENA, María Dolores, «Economía de plataforma y protección de los consumidores», en ORTÍ VALLEJO, Antonio/RUBIO GIMENO, Gemma (dirs.), *Propuestas de regulación de las plataformas de economía colaborativa: perspectivas general y sectoriales*, Cizur Menor, Aranzadi, 2019, 157-185, p. 170.

[130] STS 517/2015, Civil (Sección 1ª), de 6 de octubre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:4157), FJ 5º.

[131] Así se expresa de contundente, CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., pp. 67-68.

[132] STS, Civil, de 1 de abril de 1977 (RJ 1977, 1510). Cdos. 7, 8 y 9, y sentencias allí citadas, las cuales se refieren al art. 1591 CC. Por su parte, la STS, Civil, de 2 de noviembre de 1981 (RJ 1981,4412), Cdo. 3, admite una acción de los compradores contra el promotor con respecto a unas plazas de garaje que habían sido adquiridas a un tercero y a las que aquellos no podían acceder por falta de instalación de un aparato elevador.

a otro más derecho del que él mismo tiene» (*nemo plus iuris transferre potest, quam ipse haberet*), recogida en el Digesto de Justiniano (*De diversis regulis iuris antiqui*)[133]. Esta regla tuvo distinto valor normativo y fue aplicada a distintas situaciones a lo largo de la historia y en la actualidad es un principio general que ocupa un lugar preferente en la descripción de los requisitos de la transmisión de la propiedad[134]. Por esa razón, no resulta plausible sostener que el operador de la plataforma es responsable por una falta de conformidad del bien simplemente porque el proveedor, tras la celebración de un contrato de acceso entre estos sujetos, no pudo transmitir un derecho de propiedad sobre un bien conforme del que no disponía, siguiendo la antedicha regla del Derecho romano. El constructor o contratista o el promotor tuvieron un papel destacado en los defectos constructivos, en claro contraste con la nula incidencia de la plataforma digital en la falta de conformidad del bien cuando la misma actúa verdaderamente como intermediaria. En este caso el operador de la plataforma no transmitió en ningún momento el bien al proveedor. Además, la no aplicación del razonamiento a la contratación de servicios se hace evidente por cuanto la regla del Derecho romano solamente fue aplicada a bienes tangibles.

La doctrina jurisprudencial que hizo una excepción al principio de relatividad centró su atención así mismo en las adquisiciones a título singular y por actos entre vivos del dominio de un bien y los contratos que el causante hubiera celebrado con referencia al mismo antes de la trasmisión. En ocasiones se ha impuesto al contratante la necesidad de soportar los efectos de aquellos contratos precedentes que celebró quien le transmite, si influyen en el derecho sobre el bien que adquirió, razón por la que no se le reputa tercero en el orden civil a efectos del art. 1257 CC[135]. Ello tuvo lugar con respecto a la afectación de un derecho de opción que produce en un comprador que no participó en la constitución del derecho[136], o la eficacia que el Alto Tribunal reconoce a un contrato de permuta sobre una entidad financiera que en un momento posterior a su celebración intervino solamente como prestamista de una de las partes[137]. En estos casos, afirma el Tribunal Supremo español, los causahabientes penetran en la situación jurídica creada mediante el negocio celebrado con el primitivo contratante[138]. El esquema, no obstante, tampoco

---

[133] D. 50, 17, 54.

[134] SANSÓN RODRÍGUEZ, María Victoria, «La regla 'nemo plus iuris transferre potest, quam ipse haberet'», *Revista General de Derecho Romano* 29/2017, 1-15, p. 5.

[135] STS 517/2015, Civil (Sección 1ª), de 6 de octubre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:4157), FJ 5º.

[136] STS, Civil, de 24 de octubre de 1990 (RJ 1990, 8045), FJ 6º.

[137] STS 517/2015, Civil (Sección 1ª), de 6 de octubre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:4157), FJ 4º y 5º. En esta ocasión el Alto Tribunal declara probado que la entidad financiera intervino de modo relevante a la hora de extender el derecho real de hipoteca sobre uno de los inmuebles resultantes de una división horizontal, un piso a construir que, conforme a los pactos alcanzados en el contrato de permuta, debía ser entregado libre de cargas a la recurrente en casación. De ese modo, el pacto acordado en el contrato de permuta sobre la ausencia de cargas terminó afectando a la entidad financiera al tiempo de concluir posteriormente un contrato de préstamo con garantía hipotecaria con una de las partes de aquel contrato. El Tribunal Supremo incluyó aquí también el antedicho reconocimiento de la legitimación activa de los subadquirentes de una vivienda para ejercitar las acciones del art. 1591 del CC, relativas al contrato de ejecución de obra, por prestación defectuosa o vicios en la cosa, actualmente consagrada de forma expresa en el art. 17 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, BOE 266 de 5 de noviembre de 1999 (STS 167/2020, Civil (Pleno), de 11 de marzo de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:735), FJ 4º, STS 556/2021, Civil (Sección 1ª), de 21 de julio de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3189), FJ 2º. Sin embargo, a mi juicio en este supuesto estrictamente no se impone al contratante la necesidad de soportar los efectos de aquellos contratos precedentes que celebró quien le transmite

[138] STS 517/2015, Civil (Sección 1ª), de 6 de octubre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:4157), FJ 5º. Por su parte, invocó la excepción al principio de relatividad del contrato el Cdo. 5 de la STS, Civil, de 27 de marzo de 1984 (RJ 1984, 1438), aunque para no aplicarla a la adquisición de un local con respecto al que se plantea si debe regirse por el régimen de propiedad horizontal que constituyó el anterior propietario sobre la finca matriz. Tampoco admitió la excepción la STS 269/2011, Civil (Sección 1ª), de 11 de abril de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:3994), FJ 3º y 4º, con

encuentra encaje en la actuación de las plataformas digitales intermediarias: en el marco de la relación triangular establecida, como fue mencionado, el bien en ningún momento es transmitido por parte del proveedor a la plataforma[139].

La sentencia plenaria del Tribunal Supremo 167/2020 de 11 de marzo de 2020 dictada por el Pleno de la Sala Civil[140], relativa al escándalo del *Dieselgate*, amplió sustancialmente el ámbito de operatividad de la excepción al principio de relatividad de los contratos. Con fecha 30 de septiembre de 2013, Dª Susana compró en el concesionario oficial del grupo Volkswagen en Maó, Talleres Menorca S.L., un vehículo modelo Seat Ibiza, con motor diésel, fabricado por la demandada Seat S.A. Unos dos años después, dada la repercusión pública que tuvieron los hechos, la compradora tuvo conocimiento de que el motor de su vehículo llevaba instalado un software que desactivaba las emisiones de NOx (combinación de óxido nítrico - NO- y dióxido de nitrógeno -NO2-) cuando detectaba que el vehículo estaba siendo sometido a control de emisiones y, de este modo, manipulaba los resultados de las mediciones de emisiones contaminantes. La compradora interpuso una demanda contra el vendedor, Talleres Menorca S.L., y contra el fabricante del vehículo, Seat S.A., en la que solicitaba, con carácter principal, la anulación de la compraventa por vicios del consentimiento o la resolución por incumplimiento e indemnización de daños morales. La sentencia 260/2017 dictada por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, de 7 de septiembre,[141] declaró que las empresas fabricantes del vehículo carecían de legitimación pasiva ante la acción de responsabilidad contractual basada en el art. 1101 CC ejercitada por la compradora. Recurrida la sentencia en casación, la compradora alegó que la Audiencia Provincial había realizado una incorrecta aplicación del principio de relatividad contractual del art. 1257 CC en base a una matización de este principio llevada a cabo por la doctrina jurisprudencial.

Aclarado que la acción de indemnización de daños y perjuicios basada en el art. 1101 CC era la adecuada para resarcir a raíz de la frustración del interés contractual de la compradora[142], el Tribunal Supremo introdujo una consideración con respecto a la evolución de que ha sido objeto el principio de relatividad de los contratos contenido en el primer inciso del art. 1257 CC. Expresó que «cuando la estructura económica de la sociedad fue cambiando, y se generalizó la producción en masa, esta concepción de los contratos como entidades completamente independientes, sin efecto alguno frente a terceros, entró en crisis, en especial cuando se aplicaba a algunas relaciones económicas». Según la misma resolución judicial, «ello llevó al Tribunal Supremo a

respecto al comprador de una finca que se pretendía subrogar en un derecho de indemnización por una eventual expropiación del inmueble en los términos que los vendedores habían pactado con el anterior propietario; ni la STS 556/2021, Civil (Sección 1ª), de 21 de julio de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3189), FJ 2º, en que la donataria de unas acciones de una sociedad mercantil pretende anular por vicio del consentimiento el contrato en cuya virtud la donante había adquirido los títulos valores, y el Alto Tribunal declara aplicable el art. 1302.1 CC.

[139] Véase también la STS 188/2015, Civil (Sección 1ª), de 8 de abril de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:1413), FJ 2º.

[140] STS 167/2020, Civil (Pleno), de 11 de marzo de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:73).

[141] SAP Islas Baleares 260/2017, Sección 3ª, de 7 de septiembre (ECLI:ECLI:ES:APIB:2017:1413), FJ 7º.

[142] Al razonar sobre la ausencia de responsabilidad de la empresa Seat S.A., el tribunal de instancia recalcó que no se habían ejercitado las acciones previstas en el art. 128 TRLGDCU y siguientes. Como cuestión previa, la STS 167/2020, Civil (Pleno), de 11 de marzo de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:735), FJ 4º, aclaró que las acciones reguladas por estos preceptos legales – singularmente los arts. 128, 137 y 142 TRLGDCU- no eran adecuadas para indemnizar el daño que supone la frustración del interés contractual del adquirente del bien o servicio que adolece de una falta de conformidad y que fue lo pretendido en la demanda; y también declaró no aplicables al caso las normas del mismo texto legal relativas a las garantías y servicios postventa –actualmente el título IV del libro II— debido a la incompatibilidad de acciones prevista en el párrafo segundo del antiguo art. 117 –ahora párrafo segundo del art. 116.

excepcionar este principio y atender a la conexión existente entre el contrato de obra celebrado entre el promotor y el contratista y/o el arquitecto, y el posterior contrato de compraventa del inmueble celebrado entre el promotor y un tercero, de modo que se extendió al comprador la legitimación para ejercitar la acción que el promotor tenía contra el contratista o el arquitecto con base en el art. 1591 del Código Civil». A juicio del Alto Tribunal, el factor fundamental de esta excepción al principio de relatividad de los contratos fue «la unidad del fenómeno económico de construcción y venta de viviendas y la correspondencia entre el daño sufrido por el acreedor en el segundo contrato (el comprador de la vivienda) y la violación de las obligaciones de los deudores (contratista o arquitecto) en el primer contrato, el de obra».

Así las cosas, la sentencia del Tribunal Supremo 167/2020 de 11 de marzo de 2020 declaró que la contratación en el sector del automóvil presentaba también particularidades que justificaban limitar o excepcionar en ciertos casos el principio de relatividad de los contratos, «dados los especiales vínculos que se crean entre el fabricante, los concesionarios y los compradores, la importancia de la marca del fabricante, la fidelidad del consumidor a dicha marca, su influencia en la decisión del adquirente de un automóvil, y la afectación masiva, a una pluralidad de adquirentes, que suelen provocar los defectos de fabricación». A tenor de la sentencia, en el campo de la fabricación, distribución y venta de automóviles «se observa que la regulación de los contratos como unidades autónomas pugna con la realidad económica». Según el Alto Tribunal, «los elementos fundamentales de las relaciones económicas en este sector del automóvil son los situados en los extremos, esto es, el fabricante y el comprador, mientras que los sujetos intermedios (en concreto, los concesionarios) tienen, por lo general, menor importancia». En este sentido, añadió el órgano judicial, «los automóviles vienen terminados de fábrica y esos sujetos intermedios constituyen un simple canal de distribución, que en ocasiones se diferencia poco de otros sujetos colaboradores del fabricante, pese a que desde el punto de vista jurídico esos sujetos intermedios sean operadores independientes y constituyan una de las partes de los contratos que, de un lado, se celebran entre el fabricante (o el importador) y el concesionario y, de otro, entre el concesionario y el comprador final, contratos conexos en los que se plasma esa relación económica que va desde la producción del automóvil hasta su entrega al destinatario final».

La sentencia observó que «entre el fabricante y el comprador final, pese a que formalmente no han celebrado un contrato entre sí, se establecen vínculos con trascendencia jurídica, como son los relativos a la prestación de la garantía, adicional a la prevista legalmente, que es usual en este sector, o la exigibilidad por el consumidor final de las prestaciones ofertadas en la publicidad del producto, que generalmente ha sido realizada por el propio fabricante y que integran el contrato de compraventa por el que el consumidor adquiere el vehículo». Y consideró, así mismo, que «con frecuencia, el importador y el distribuidor pertenecen al mismo grupo societario que el fabricante, o están integrados en una red comercial en la que el fabricante tiene un papel importante, como ocurre actualmente en las redes de distribuidores de automóviles»[143].

En base a estas consideraciones, el Tribunal Supremo declaró que «si el automóvil no reúne las características con las que fue ofertado, respecto del comprador final no existe solamente un incumplimiento del vendedor directo, sino también del fabricante que lo puso en el mercado y lo

[143] A este respecto obsérvese que la empresa Seat, S.A. formaba parte del grupo societario Volkswagen y que el vehículo adquirido era del modelo Seat Ibiza.

publicitó» y que, en tal caso, «el daño sufrido por el comprador se corresponde directamente con el incumplimiento atribuible al fabricante».

La sentencia del Tribunal Supremo 167/2020 de 11 de marzo de 2020 argumentó además que «en estas circunstancias, limitar la responsabilidad por los daños y perjuicios al distribuidor que vende directamente al adquirente final puede suponer un perjuicio para los legítimos derechos de los adquirentes que, en el caso de ser consumidores, tienen recogido expresamente como uno de sus derechos básicos "la indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos» (art. 8.c TRLCU)"». Según el tribunal, este derecho a la indemnización de los daños y perjuicios sufridos puede verse frustrado si el vendedor deviene insolvente; y puede ocurrir, así mismo, que el régimen de responsabilidad del vendedor sea menos satisfactorio para el comprador que el aplicable al fabricante, de acuerdo con la distinción contenida en el art. 1107 CC, porque es posible que el vendedor sea un incumplidor de buena fe mientras que el fabricante sea un incumplidor doloso.

Por todo ello, el Tribunal Supremo concluyó que el fabricante del vehículo no podía ser considerado como un *penitus extranei*, como un tercero totalmente ajeno al contrato. El incumplimiento del contrato de compraventa celebrado por el comprador final, declaró la sentencia, «se debió a que el producto que el fabricante había puesto en el mercado a través de su red de distribuidores no reunía las características técnicas con que fue ofertado públicamente por el propio fabricante y, por tanto, le es imputable el incumplimiento». El Alto Tribunal dictaminó que en estos casos en el sector de la contratación de automóviles no procedía separar los contratos estrechamente conexos mediante los que se articula una operación jurídica unitaria (la distribución del automóvil desde su fabricación hasta su entrega al comprador final), a partir de una interpretación del art. 1257 CC acorde con las exigencias derivadas de la letra c) del art. 8 TRLGDCU y con la realidad del tiempo en que la norma debía ser aplicada (art. 3.1 CC). De modo que el fabricante del automóvil fue declarado responsable frente al adquirente final debido a que el bien puesto en el mercado no reunía las características técnicas anunciadas por el fabricante. Se impuso una responsabilidad solidaria del fabricante y el vendedor, sin perjuicio de las acciones que posteriormente este pudiera dirigir contra aquel.

La principal cuestión que se plantea aquí es si la contratación de bienes y servicios realizada a través de plataformas digitales presenta unas particularidades que justifican excepcionar en ciertos casos el principio de relatividad de los contratos tal y como se encuentra contemplado en el art. 1257 I CC cuando el cliente reclama indemnización de daños y perjuicios por una falta de conformidad del bien o servicio subyacente con el contrato.

A este respecto, en el ambiente transaccional creado por las plataformas digitales que se presentan a sí mismas como simples intermediarias no concurre el factor fundamental de la excepción al principio de relatividad de los contratos que fue esgrimido en la sentencia del Tribunal Supremo 167/2020 de 11 de marzo de 2020: aunque existe una interrelación entre el contrato o contratos de acceso a la plataforma y el contrato que tiene por objeto el bien o servicio, a diferencia de lo que ocurre en el sector de la construcción de inmuebles, no existe una correspondencia entre el daño sufrido por el cliente como consecuencia de una falta de conformidad con este último contrato y un eventual incumplimiento de la plataforma en el contrato de acceso que la misma celebró con el proveedor.

Además, los vínculos establecidos con trascendencia jurídica entre los sujetos involucrados en el contexto en que las plataformas digitales desempeñan sus funciones son de menor intensidad que en el caso de la contratación de automóviles. La publicidad de las características del bien o servicio corresponde al proveedor, como regla general no existe un grupo societario conformado por el operador de la plataforma y el proveedor y la marca del fabricante o proveedor del bien o servicio suele tener mayor incidencia comercial en el cliente que la empleada por la plataforma. Los vínculos más relevantes se producen cuando algunas plataformas ofrecen al cliente una garantía adicional a la prevista legalmente[144] y, sobre todo, en algún caso esporádico en que aquellas asumen una responsabilidad frente a los clientes por devoluciones, cambios y reembolsos en caso de bienes no conformes[145]. A mi juicio, solamente en este último supuesto puede darse un vínculo de suficiente entidad a los efectos de hacer responder contractualmente a la plataforma por un defecto de conformidad del bien o servicio; aunque aquí tampoco existirá una correspondencia entre el daño sufrido por el cliente como consecuencia de la falta de conformidad y un eventual incumplimiento de la plataforma en el marco del contrato de acceso que la misma celebró con el proveedor.

El modelo de la intermediación en línea tiene una justificación económica. En particular, a los clientes les interesa tener acceso a un amplio elenco de ofertas y proveedores con los mínimos costes de transacción. A estos sujetos les tranquiliza que una plataforma, incluso sin ser responsable por el bien o servicio subyacente, intervenga en la comercialización porque esta empresa tiene un interés en preservar su imagen y en que nadie se sienta engañado. Los consumidores con recursos económicos limitados a menudo pueden adquirir bienes y contratar servicios desde las plataformas digitales a un precio más reducido. Una economía de plataformas ofrece a los clientes la oportunidad de encontrar los bienes y servicios que están buscando entre un gran número de proveedores, reduce los costes de transacción y disminuye significativamente el problema de la información asimétrica entre los grupos de usuarios al agregar las reseñas de consumidores y productores anteriores.

Por esas razones, la presente investigación sostiene que, como regla general, el operador de la plataforma no debería asumir la obligación de indemnizar el daño que sea consecuencia de un bien o servicio no conforme con el contrato subyacente o de cualquier incumplimiento relacionado con el bien o servicio con arreglo a las reglas de la responsabilidad contractual (art. 1101 CC y ss.). El operador de la plataforma no suele pactar expresamente ni asumir una obligación de entrega de un bien o prestación de un servicio conforme. En este contexto cabe entender que la falta de conformidad normalmente será imputable únicamente al proveedor. Si,

---

[144] Un buen número de plataformas ofrece garantías comerciales con relación al bien o servicio subyacente para ganarse la confianza de los clientes (apartado 1 del art. 59 bis TRLGDCU, letra m). MOŽINA, Damjan, «Retail business, platform services and information duties», *Journal of European Consumer and Market Law* 1/2016, 25-30, pp. 28-30, se hace eco de la denominada «Garantía de la A a la Z» de la plataforma Amazon: cuando un cliente clica en el enlace de un vendedor es informado de que a partir de la compra a terceros vendedores mediante un pago realizado a través de Amazon, la plataforma garantiza que el comprador recibirá el bien dentro del plazo previsto, carente de desperfectos y de que no será sustancialmente distinto del bien que encontró publicado en el sitio web. Esta doctrina concluye que las medidas para mejorar la confianza de los consumidores, tales como la responsabilidad del operador de la plataforma por el cumplimiento contractual del proveedor, deberían dejarse a manos del operador. En Derecho alemán, ENGERT, Andreas, «Digitale Plattformen», 218 *Archiv für die civilistische Praxis*, 2018, 304-376, pp. 315-316.

[145] Ese es el caso de Amazon. Además, el contrato de acceso concluido por esta plataforma con los proveedores incluye una cláusula en cuya virtud aquella asume cualquier responsabilidad frente a los clientes que tenga origen o esté relacionada con su incumplimiento de las leyes aplicables (*Amazon Business Solutions Agreement*).

por ejemplo, el apartamento turístico contratado no dispone de agua caliente, esta circunstancia será atribuible al anfitrión o proveedor en exclusiva.

Una limitación del principio de relatividad de los contratos aplicable con carácter general hasta el punto de considerar al operador de la plataforma como contratante o responsable contractual con respecto al bien o servicio podría reducir el potencial valor añadido que tienen las plataformas desde el punto de vista económico y que favorece a todas las partes involucradas[146], si el riesgo contractual del contrato que tiene por objeto el bien o servicio es asignado por el ordenamiento jurídico al operador de la plataforma digital.

A mi juicio las personas consumidoras tampoco deberían estar legitimadas para dirigirse directamente contra las plataformas digitales en los términos previstos para la acción contra el productor en el art. 125.1 TRLGDCU, cuando les resulte imposible o les suponga una carga excesiva dirigirse al proveedor por la falta de conformidad, con el fin de conseguir que el bien o el contenido o servicio digital sea puesto en conformidad. Aunque el intermediario del fabricante del bien o prestador del servicio fue considerado un productor en el art. 5 TRLGDCU, la plataforma digital actúa así mismo como intermediaria del consumidor en virtud de un contrato de corretaje y esta no parece ser una situación que pueda subsumirse en estas normas[147].

Por su parte, conocido es que el art. 7 de la antedicha Propuesta de Directiva de responsabilidad por productos defectuosos prescribe que los Estados miembros deben garantizar que el distribuidor del producto pueda ser considerado responsable, cuando no puede identificarse a un fabricante o el fabricante está establecido fuera de la Unión y no puede identificarse al importador del producto defectuoso y al representante autorizado del fabricante. El texto establece esa responsabilidad del distribuidor cuando el demandante solicita a este sujeto que identifique al operador económico o a la persona que suministró el producto al distribuidor y el distribuidor no identifica al operador económico o a la persona que le suministró en el plazo de un mes a partir de la recepción de la solicitud (apartado 5 del art. 7, con remisión a los apartados 1, 2 y 3)[148]. Dicha responsabilidad se extiende a cualquier proveedor de una plataforma en línea que permita a los consumidores celebrar contratos a distancia con comerciantes y que no sea un fabricante, importador o distribuidor, siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el art. 6.3 del Reglamento de Servicios Digitales (apartado 6 del art. 7, con remisión al apartado 5). Las plataformas en línea son consideradas responsables por productos defectuosos al igual que los distribuidores cuando presenten o permitan de otro modo la transacción específica en cuestión de una manera que llevaría a un consumidor medio a creer que el producto es

[146] MAULTZSCH, «Contractual Liability of Online Platform Operators», cit., pp. 227 y 230. Según esta opinión, las medidas contractuales individuales adoptadas voluntariamente por parte de las plataformas, tales como las garantías comerciales, podrán ser una alternativa idónea a la adopción de una solución estandarizada e imperativa de la que todos los clientes deban hacerse cargo en forma de un incremento en el precio de los bienes o servicios subyacentes, si finalmente se acaba imponiendo una responsabilidad contractual de los operadores de las plataformas por los bienes y servicios subyacentes con independencia de sus intereses particulares y una evaluación del riesgo.

[147] Ello sin perjuicio de la incompatibilidad de acciones establecida en el art. 116 TRLGDCU cuando la pretensión indemnizatoria de los daños y perjuicios sea basada en el art. 1101 CC.

[148] Según el art. 7.3 de la propuesta, los Estados miembros garantizarán que, cuando el fabricante del producto defectuoso esté establecido fuera de la Unión y ninguno de los operadores económicos a que se refiere el apartado 2 esté establecido en la Unión (el importador y el representante autorizado del fabricante), el prestador de servicios de tramitación de pedidos a distancia pueda ser considerado responsable de los daños causados por el producto defectuoso.

suministrado por la propia plataforma en línea o por un comerciante que actúa bajo su autoridad o control[149]. Sin embargo, como se mencionó, el presente trabajo sostiene que el enfoque no debería ser aplicado a la responsabilidad contractual de las plataformas en línea por los bienes y servicios contratados por los clientes, un ámbito regido por la autonomía privada, la libertad de los contratantes y la relatividad de los contratos.

La influencia predominante ejercida por las plataformas sobre los proveedores en los términos que fueron expuestos[150] podría inducirnos a considerar que a veces el papel asumido por los operadores puede justificar el hacer una excepción al principio de relatividad del contrato del art. 1257 I CC. Sin embargo, entiendo que no se trata aquí de aplicar sin más la excepción cuando concurre la influencia predominante. En este sentido, se opinó que el art. 18 de la Discusión de Propuesta de una Directiva sobre Plataformas de Intermediación en Línea, convertido posteriormente en el art. 20 de las Reglas modelo ELI sobre plataformas en línea, dio una respuesta nada convincente a la cuestión crucial de si, en determinadas circunstancias, el operador de la plataforma debería verse obligado a asumir el papel de proveedor. El criterio de la influencia predominante, consideró atinadamente esta doctrina científica, debe contrarrestarse con el hecho de que a los consumidores les conviene que la plataforma controle el comportamiento y la calidad de los proveedores. Por tanto, perjudicaría a los consumidores si el operador de la plataforma tuviera que restringir sus actividades regulatorias y de control para poder descartar con seguridad una responsabilidad contractual conjunta con el proveedor[151].

Más bien la idea sería valorar la posibilidad de «levantar el velo» tomando en cuenta la distribución contractual de riesgos y oportunidades en los contratos resultantes de la relación triangular creada por la plataforma. Una información sobre la condición de intermediaria de la plataforma –singularmente, informando al consumidor antes de contratar con arreglo a la letra d) del apartado 1 del art. 97 bis TRLGDCU como proveedora del mercado en línea–, el empleo de una cláusula de intermediación o una apariencia creada en este sentido por el operador en ningún caso deberían ser suficientes por sí mismos para excluir su responsabilidad contractual por los bienes o servicios. Si resulta que en realidad la plataforma no actuó como intermediaria, debería responder, en su caso, por la falta de conformidad de los bienes y servicios. Descartado el contrato de corretaje, en el ordenamiento jurídico español el cliente debería tener la posibilidad de ejercer una acción de responsabilidad contractual basada en el art. 1101 CC contra la plataforma para obtener un resarcimiento de los daños y perjuicios a raíz de la frustración de su interés contractual, a falta de un régimen legal de responsabilidad de carácter especial. Más allá de la transparencia, la responsabilidad de la plataforma debería resultar únicamente de una distribución contractual de oportunidades y riesgos impropia de una intermediación.

---

[149] Según el Cdo. 28 de la propuesta de Directiva esto significa que las plataformas en línea solo serían responsables cuando presenten el producto o permitan de otro modo la transacción específica de la manera indicada y además no identifiquen con prontitud a un operador económico pertinente establecido en la Unión.

[150] Supra § 2.

[151] ENGERT, «Digitale Plattformen», cit., p. 315. Parecidamente, MÜLLER, Markus, «Die Umgehung des Rechts des Verbrauchsgüterkaufs im Gebrauchtwagenhandel», *Neue Juristische Wochenschrift* 28/2003, 1975-1980, p. 1980, concluye que no es necesario ni apropiado prohibir por completo el modelo de intermediación en el ámbito de la venta de vehículos usados desde las concesionarias con el fin de favorecer la aplicación de las normas reguladoras de las ventas de consumo. De lo contrario, según esta opinión, las concesionarias más reputadas únicamente estarán dispuestas a comercializar coches de poco kilometraje.

A continuación, este trabajo expone en qué situaciones la actuación contractual de la plataforma, a mi juicio, no debería calificarse de corretaje y este operador económico, en su caso, debería responder contractualmente como proveedor del bien o servicio subyacente. Prefiere adoptar esta aproximación en lugar de seguir el camino trazado por la sentencia plenaria del Tribunal Supremo 167/2020 de 11 de marzo de 2020 dictada por el Pleno de la Sala Civil[152] y de propugnar extender la excepción al principio de relatividad de los contratos del art. 1257 I CC a la contratación de bienes y servicios realizada a través de plataformas digitales. El enfoque de esta resolución judicial podrá resultar adecuado cuando todas las empresas de un determinado sector económico reúnen las peculiaridades que justifican llevar a cabo la excepción, como ocurre en la construcción de inmuebles y la fabricación y venta de automóviles. En cambio, cuando estas peculiaridades concurren únicamente en algunas empresas que se presentan así mismas como intermediarias cuando en realidad no lo son, establecer una excepción para todos los operadores económicos del sector resultaría desmesurado. Este exceso precisamente podría ocurrir en el campo de las plataformas digitales, cuya actuación y el papel que desempeñan unas y otras puede diferir sustancialmente.

La investigación juzga más adecuado comprobar si realmente fue un contrato de corretaje lo que concluyó la plataforma con los dos grupos de usuarios, con el fin de lograr una mayor diferenciación. Y si una vez realizado el escrutinio resulta que, habida cuenta de las circunstancias concurrentes, cabe entender que el contrato celebrado entre la plataforma y los clientes no fue de corretaje sino uno de compraventa, arrendamiento, prestación de servicios o de otro tipo –actuando la plataforma como vendedora, arrendadora o prestadora del servicio o de otro modo—, no se trata de hacer una excepción al principio de relatividad de los contratos del art. 1257 I CC: entonces simplemente cabe entender que el contrato que tiene por objeto el bien o servicio que presenta una falta de conformidad en realidad fue concluido con la plataforma y, por ese motivo, en tal caso el cliente debería poder exigirle una indemnización de daños y perjuicios basada en el art. 1101 CC y concordantes si concurren los presupuestos.

3.2. «Levantando el velo»: el criterio de la distribución contractual de oportunidades y riesgos

Lejos del criterio de la influencia que ejercen las plataformas sobre los proveedores[153], la responsabilidad contractual de las plataformas digitales por una falta de conformidad del bien o servicio debería atender a si el operador es quien en realidad se aprovecha de las oportunidades resultantes de su comercialización y asume los riesgos de vender o arrendar el bien o prestar el servicio desde una perspectiva económica. En caso afirmativo, debería «levantarse el velo», entender que no existe una intermediación –en forma de contrato de acceso con los proveedores y clientes— sino antes bien un contrato celebrado entre el operador de la plataforma y el cliente. En ese caso el operador debería responder aun habiéndose presentado como intermediario al concluir previamente unos contratos de acceso a la plataforma con ambos grupos de usuarios, proveedores y clientes.

La cuestión de cómo se distribuyen, desde una perspectiva económica, las oportunidades y riesgos a los efectos de determinar quién es el sujeto responsable contractual fue planteada también por el Tribunal Supremo alemán con respecto a las ventas de vehículos usados llevadas

[152] STS 167/2020, Civil (Pleno), de 11 de marzo de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:735).

[153] Supra § 2.

a cabo mediante concesionarias. La concesionaria fue considerada vendedora del vehículo (venta de consumo) cuando se le asignaron las oportunidades y asumió los riesgos de la venta (garantizó un precio mínimo por el vehículo usado a su propietario que le compró un coche nuevo); mientras que fue calificada como intermediaria en una venta entre dos particulares, a la que no eran de aplicación las normas protectoras de los consumidores, cuando las oportunidades y riesgos fueron atribuidos al anterior propietario del vehículo (el anterior propietario asume el riesgo de revender su vehículo usado al comprar uno nuevo), siempre que la concesionaria hubiera sido suficientemente transparente y nada ambigua con respecto a su condición de intermediaria[154].

A mi modo de ver, la asignación de oportunidades y asunción de riesgos a operadores de plataformas digitales deberían llevar a delimitar una responsabilidad contractual por los bienes y servicios con un alcance bastante más limitado que la resultante de emplear el criterio de la influencia predominante[155].

Concretamente, la responsabilidad contractual de la plataforma por una falta de conformidad de los bienes y servicios debería tener lugar cuando: a) el operador de la plataforma predetermina el contenido del deber de prestación que el cliente puede exigir con respecto al bien o servicio; b) fija el precio del bien o servicio; c) cabe calificar el proveedor como auxiliar de la plataforma en el cumplimiento del contrato que tiene por objeto el bien o servicio; o d) tiene lugar la celebración de un contrato anterior entre proveedor y operador, distinto al de acceso, que pone de manifiesto que la plataforma se aprovecha de las oportunidades y asume los riesgos resultantes del contrato celebrado con el cliente. En todos estos casos se desnaturaliza el contrato de corretaje y debería prevalecer la realidad material, una responsabilidad del operador de la plataforma por el bien o servicio contratado.

A mi juicio, en ninguno de los supuestos enumerados procede establecer una responsabilidad solidaria entre plataforma y proveedor, que permita desviarse de la doctrina de la relatividad de los contratos. Entonces no debe distribuirse la responsabilidad entre una pluralidad de sujetos con un propósito de alinear el riesgo con el control y, en un plano económico, ajustar la posibilidad de obtener ganancias con el riesgo de pérdidas[156]. Se trataría simplemente de declarar

---

[154] BGH de 26 de enero de 2005, VIII ZR 175/04, NJW 15-2005, pp. 1039-1041. Antes realizó la misma interpretación la sentencia recurrida, OLG Stuttgart de 19 de mayo de 2004, NJW-30, 2004, pp. 2169-2171, con respecto a la venta de vehículos de segunda mano entre particulares llevada a cabo mediante concesionarias y la previsión legal de una responsabilidad de los vendedores de bienes de consumo, el § 475 I BGB salido de la reforma del Derecho de obligaciones. El tribunal de Stuttgart declaró que el comprador no podía hacer valer los remedios contractuales de una venta de consumo contra la concesionaria porque la misma había actuado como intermediaria en la venta del vehículo, tras constatar que en el formulario de la compraventa se hizo constar a mano el nombre de la anterior propietaria y en ningún momento se dio la impresión de que el vehículo estaba siendo comprado a la concesionaria. A este respecto la sentencia dará importancia incluso a una carta enviada por el abogado del comprador que identifica como vendedora a la anterior propietaria del vehículo. Para el comentario de esta última sentencia, KATZENMEIER, Christian, «Agenturgeschäfte im Gebrauchtwagenhandel», *Neue Juristische Wochenschrift* 37/2004, 2632-2633, pp. 2632-2633. Tras referirse a que el contrato de corretaje sigue siendo fundamentalmente permitido tras la antedicha reforma, el autor sostiene que el enfoque económico adoptado por el tribunal conduce a un tratamiento adecuado del problema de la elusión de las normas de la compraventa de consumo en el Derecho alemán y que cualquier ambigüedad o falta de transparencia bajo ese planteamiento corre a cargo de la concesionaria. Hace el mismo planteamiento, MÜLLER, «Die Umgehung des Rechts des Verbrauchsgüterkaufs im Gebrauchtwagenhandel», cit., pp. 1978-1979, y analiza cuáles son los intereses del comprador para delimitar los grupos de casos en que la concesionaria debe ser considerada como vendedora y no como intermediaria.

[155] Supra § 2.

[156] Atribuye esa función a la responsabilidad solidaria del art. 20 de la Reglas Modelo ELI sobre plataformas en línea, SØRENSEN, «Draft Model Rules on Online Intermediary Platforms», cit., p. 184.

la responsabilidad contractual de la plataforma digital por el bien o servicio como contraparte del cliente, en lugar del proveedor.

a. La plataforma predetermina el deber de prestación que el cliente puede exigir con respecto al bien o servicio

El establecimiento de las características concretas que deben reunir los bienes y servicios contratados desde la plataforma por parte del operador significa que este sujeto en realidad desea aprovecharse de las oportunidades derivadas de su comercialización y asume los riesgos, por lo que entonces no cabe calificarlo de intermediario.

Así, por ejemplo, la gestión de los trayectos puede ser un factor determinante para calificar la plataforma Uber no solamente como titular de la actividad de transporte[157] sino también, a mi juicio, para establecer su responsabilidad contractual por el servicio de transporte. Cuando el operador de la plataforma predetermina el contenido de la prestación que el cliente puede exigir con respecto al bien o servicio será difícil no juzgar que el deudor de la prestación frente al cliente no es aquel sujeto, aunque no se haya establecido así formalmente. A este respecto la plataforma Uber incluso obliga a los conductores a ofrecer una botella de agua a los pasajeros.

En cambio, una actividad consistente básicamente en transmitir datos entre los dos grupos de usuarios, proveedores y clientes, para poner en contacto a estos sujetos no formará parte del comportamiento debido que puede exigir el cliente para obtener el bien o servicio subyacente contratado.

b. La plataforma fija el precio del bien o servicio

La fijación del precio del bien o servicio por parte de la plataforma también da a entender que es esta quien en realidad se aprovecha de las oportunidades y asume los riesgos de vender o arrendar el bien o prestar el servicio, desde una perspectiva económica, por lo que en este caso también debería responder eventualmente por vía contractual ante una falta de conformidad.

Los operadores de plataformas digitales podrán tener distinto grado de influencia en la fijación del precio. Podrán limitarse a publicar en una aplicación las ofertas y sugerir a los proveedores unos precios máximos y mínimos en función de las características del bien o servicio (p.ej. BlaBlaCar). Cabe la posibilidad así mismo de que la plataforma ofrezca una herramienta opcional de estimación del precio en función de los precios medios del mercado en la plataforma (p.ej. Airbnb). Puede ocurrir también que la plataforma imponga al proveedor la obligación de ofrecer el mejor precio en comparación a otros canales de comercialización y contratación del mismo bien o servicio, en el contrato de acceso (cláusula del precio mínimo garantizado) (p.ej. Booking)[158]. O la plataforma puede fijar el precio unilateralmente según el bien o servicio y, en

[157] LÓPEZ ORTEGA, «Las plataformas Uber, BlaBlaCar y Airbnb: ¿Intermediarias o prestadoras del servicio subyacente?», cit., pp. 209-210. La autora contrasta la condición de Uber con la de las plataformas BlaBlaCar y Airbnb, las cuales ejercen una menor influencia en las condiciones para compartir vehículo y prestar alojamiento, respectivamente. Según esta opinión, la actividad de las últimas plataformas es de intermediación.

[158] La situación debe distinguirse de aquella en la que es el vendedor quien fija el precio mínimo del bien o servicio. En Derecho alemán y fuera del ámbito de las plataformas en línea, MÜLLER, «Die Umgehung des Rechts des Verbrauchsgüterkaufs im Gebrauchtwagenhandel», cit., p. 1979, para quien en las ventas de vehículos de ocasión la anterior relación entre el antiguo propietario del vehículo y la empresa concesionaria (por ejemplo, precio de

su caso, conforme a un algoritmo específico (p.ej. Uber)[159]. A mi juicio, en el último caso no será posible calificar el contrato de acceso celebrado entre el operador de la plataforma y el cliente como un contrato de intermediación y la fijación del precio será un factor determinante de su responsabilidad contractual por el bien o servicio[160].

c. El proveedor actúa como auxiliar de la plataforma en el cumplimiento del contrato que tiene por objeto el bien o servicio

Una actuación del proveedor como auxiliar en el cumplimiento del contrato que tiene por objeto el bien o servicio debería dar lugar a una responsabilidad de la plataforma cuando reúna la condición de principal. El operador de una plataforma digital podrá ser responsable indirecto o por el hecho de un auxiliar, el proveedor, utilizado voluntariamente en el cumplimiento del contrato que fue celebrado con el cliente.

La responsabilidad del deudor por sus auxiliares de cumplimiento constituye un principio general en el ordenamiento español. Aunque no se encuentra regulada específicamente en las reglas generales de la responsabilidad civil contractual (art. 1101 CC y siguientes), una utilización del proveedor del bien o servicio por parte del operador de la plataforma precisamente en la actividad de cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato que tiene por objeto el bien o servicio debería originar su responsabilidad indirecta[161].

Ciertamente, si el operador de la plataforma en línea lleva a cabo una elección o selección del proveedor del bien o servicio y da a este proveedor instrucciones detalladas de cómo ejecutar la prestación debida o cumplir el contrato que tiene por objeto el bien o servicio, entonces el proveedor podrá ser considerado un auxiliar del operador de la plataforma digital en el cumplimiento contractual.

En este sentido, por ejemplo, Uber controla la idoneidad y el comportamiento de los conductores porque lleva a cabo un proceso de selección, exige a estos sujetos el cumplimiento de determinados requisitos (carné de conducir, certificado de antecedentes penales, seguro de responsabilidad, entre otros) y les imparte cursos de formación. Realiza una labor de coordinación y organización que excede el ámbito de la intermediación[162]. En mi opinión, algunas de estas actividades pueden tener incidencia en el contenido del servicio que fue prestado, pero no serían determinantes por sí mismas para excluir una labor intermediadora si los conductores mantuvieran la libertad de caracterizar el servicio subyacente.

---

venta mínimo garantizado) sólo puede ser un criterio débil a la hora de evaluar si procede excluir el modelo de la intermediación porque dicha relación no es decisiva para el comprador-consumidor.

[159] Para un análisis de las condiciones generales empleadas por estas plataformas en el contrato de acceso celebrado con los proveedores («Términos de Servicio»), prestando atención al modo de fijar el precio del servicio subyacente, LÓPEZ ORTEGA, «Las plataformas Uber, BlaBlaCar y Airbnb: ¿Intermediarias o prestadoras del servicio subyacente?», cit., pp. 198-202.

[160] En Derecho español, por ejemplo, CUENA CASAS, «La contratación a través de plataformas intermediarias en línea», cit., p. 334.

[161] En ese sentido, véase el primer párrafo del art. 161.1 TRLGDCU.

[162] Más ampliamente, LÓPEZ ORTEGA, «Las plataformas Uber, BlaBlaCar y Airbnb: ¿Intermediarias o prestadoras del servicio subyacente?», cit., pp. 202-210.

El proveedor que no tiene capacidad para decidir sobre el bien o servicio porque está sujeto a unas directrices organizativas fijadas por el operador de la plataforma, debería ser considerado como auxiliar de este sujeto en el cumplimiento del contrato, aunque reúna formalmente la condición de empresario. En ese caso se debe entender que el cliente en realidad contrata el bien o servicio al operador de la plataforma.

La plataforma digital podrá actuar formalmente o *de facto* como empleadora y en ambos casos, en su caso, debería responder contractualmente por los bienes y servicios que fueron contratados por el cliente. Con respecto a esto, como se mencionó, en algunos países se consideró a los conductores de Uber como empleados del operador de la plataforma a partir de una relación legal de subordinación[163]. Si se aprecia la existencia de una relación jurídica laboral no puede considerarse que existe un contrato de corretaje entre el operador de la plataforma y el cliente. Prevalece la aplicación de unas normas imperativas y tuitivas de los trabajadores, a pesar de la condición contractual que el operador de la plataforma ostenta formalmente con respecto a ambos grupos de usuarios. Entonces la plataforma no asume un rol de intermediaria y no existe una relación triangular, verdaderamente no tienen lugar tres contratos sino únicamente dos: un contrato laboral entre el operador de la plataforma y los auxiliares empleados en el cumplimiento del contrato que tiene por objeto el bien o servicio (p.ej. conductores de Uber) y este contrato celebrado entre el operador de la plataforma y los clientes (p.ej. contrato de transporte).

A este respecto, la determinación de la existencia de una relación laboral debería guiarse principalmente por los hechos relacionados con la ejecución real del trabajo, teniendo en cuenta el uso de algoritmos en la organización del trabajo en plataformas, independientemente del modo como sea clasificada la relación en cualquier acuerdo contractual que puedan haber convenido las partes implicadas[164].

Tras establecer la existencia de una relación laboral, en su caso sobre la base de los hechos, sería deseable alcanzar una coherencia en el ordenamiento jurídico nacional. El tratamiento que se da al fenómeno de la economía de las plataformas en el Derecho laboral debería ser consecuente con la condición de los contratantes desde una perspectiva del Derecho Civil. Resulta difícil entender, por ejemplo, que si el operador de una plataforma es considerado empleador de un repartidor de comida a domicilio, después pueda ampararse en su condición de intermediario para no responder contractualmente por un retraso de más de tres horas en una de las entregas[165]. En cualquier caso, la responsabilidad indirecta de la plataforma podría establecerse aunque no

---

[163] Véase la antedicha sentencia 374/2020 de la Corte de Casación francesa, Social, de 4 de marzo (ECLI:FR:CCAS:2020:SO0034). Con anterioridad a esta sentencia, SØRENSEN, «Private Law Perspectives on Platform Services», cit., pp. 16-17, hace un análisis de los argumentos a favor y en contra de calificar a Uber como empleadora de los conductores. El estatuto de los trabajadores de los operadores de plataformas ha sido objeto de gran atención en los últimos años por parte de la doctrina científica en la Unión Europea.

[164] Primera frase del art. 3.2 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de diciembre de 2021, relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales, COM/2021/762 final. Por su parte, el art. 4.2 de este texto establece unos criterios para determinar si existe un control de la ejecución del trabajo a los efectos de establecer la existencia de una relación laboral. Por todos, ANDERSEN, Marlene Louise Buch, «Digital Platforms and Insurance Coverage of Damages on Third Parties», *European Review of Private Law* 6/2022, 999-1018, pp. 1000-1001.

[165] En este sentido, por ejemplo, la antedicha STS 805/2020, Social (Pleno), de 25 de septiembre de 2020, (ECLI:ES:TS:2020:2924), FJ 20ª, declaró que los repartidores que prestan servicios contratados desde la plataforma Glovo son trabajadores por cuenta ajena del operador. Para un análisis de la existencia de una relación laboral sobre la base de los hechos en el caso del reparto de comidas a domicilio, ibidem, pp. 1009-1016.

exista una relación laboral y su fundamento debería distinguirse del criterio de la influencia predominante.

d. Un contrato anterior entre el proveedor y el operador pone de manifiesto que a la plataforma se asignan las oportunidades y riesgos resultantes del contrato celebrado por el cliente

El operador que primero celebra un contrato con el proveedor para adquirir el bien o contratar el servicio que posteriormente se comercializa desde la plataforma debería tener la condición de vendedor, distribuidor comercial, arrendador o prestador del servicio, en ningún caso de intermediario.

La intermediación se caracteriza por ser una actividad dirigida a que terceros concluyan un contrato sobre un bien o servicio. La plataforma digital intermediaria por definición concluye un contrato de acceso con el proveedor y pone en contacto a los dos grupos de usuarios a cambio de una retribución. Cualquier lucro buscado a partir de un contrato anterior entre el proveedor y la plataforma más allá del contrato de acceso puede poner de manifiesto que el operador en realidad busca aprovecharse y asumir los riesgos resultantes de la contratación del bien o servicio por parte del cliente. También en ese caso la plataforma digital debería indemnizar los daños y perjuicios que sean causados al cliente por una falta de conformidad del bien o servicio con el contrato en base al art. 1101 CC y siguientes.

Lo mismo cabe mantener si la plataforma obtiene el uso de una vivienda vacacional mediante un arrendamiento o celebra cualquier contrato con el proveedor antes de la contratación del bien o servicio por parte del cliente, si aquel contrato denota una asignación de oportunidades y asunción de riesgos por parte de la plataforma.

Fuera de las cuatro situaciones descritas, a mi juicio no debería admitirse una responsabilidad contractual de los operadores de plataformas digitales por el bien o servicio que fue contratado por el cliente.

Este trabajo sostiene que la mayoría de los antedichos subcriterios del art. 20.2 de las Reglas modelo ELI sobre plataformas en línea deberían ser absolutamente irrelevantes para establecer la responsabilidad contractual de los operadores de plataformas, tanto por sí solos como apreciados conjuntamente.

En particular, las circunstancias de que el contrato entre prestador y cliente sea concluido empleando exclusivamente medios facilitados por la plataforma y la actuación de la plataforma resulte indispensable para llevar a cabo la prestación del servicio subyacente, deberían ser vistas únicamente como una característica típica del nuevo modelo para nada incompatible con un contrato de corretaje o intermediación. En esta línea, llegar a la conclusión de que la plataforma interviene en la transacción porque el contrato subyacente no se puede celebrar al margen de la misma, se afirmó a propósito de las plataformas BlaBlaCar y Airbnb, «incurre en el error de confundir la necesaria intervención del soporte electrónico imprescindible para que se pueda llevar a cabo la contratación del transporte con el hecho de que esta intervención implique la

participación de la plataforma en la contratación y en la prestación del servicio de transporte o de alojamiento contratado»[166].

Tampoco deberían ser relevantes a estos efectos otras circunstancias tales como que el operador de la plataforma retuvo la identidad del prestador o los detalles de contacto hasta después de la conclusión del contrato proveedor-cliente; o que el operador de la plataforma empleó un sistema que le permitió practicar una retención sobre los pagos del precio del bien o servicio subyacente hechos por el cliente; o que los términos del contrato prestador-cliente fueron esencialmente determinados por el operador de la plataforma; o que la comercialización se centró en el operador de la plataforma y no en los prestadores; o el establecimiento de unos requisitos de acceso necesarios para prestar adecuadamente el servicio[167]. A mi juicio, todas estas circunstancias simplemente forman parte del modelo de intermediación en línea surgido de la actuación de las plataformas, para nada deberían significar una distribución distinta de los riesgos contractuales.

En otro caso se corre el peligro de coartar la autonomía contractual de las plataformas y su libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (art. 38 CE), y en el caso español de hacerlo además sin que exista un marco legal que así lo establezca.

Con arreglo a la actual regulación esta investigación considera que solamente las cuatro situaciones descritas son incompatibles con el desarrollo de una intermediación contractual por parte del operador de una plataforma en línea. En los demás casos la información dada por este sujeto sobre su condición de intermediaria, el reparto de las obligaciones derivadas de los distintos contratos y el cumplimiento de los requisitos de transparencia exigidos legalmente –singularmente, la letra d) del apartado 1 del art. 97 bis TRLGDCU— deberían ser suficientes para no hacer responder al operador de la plataforma contractualmente por los bienes y servicios subyacentes[168].

En esa línea, una corriente doctrinal alemana admitió la posibilidad de aplicar a contratos entre pares (P2P) el art. 18 de la Propuesta de una Directiva sobre Plataformas de Intermediación en Línea –convertido posteriormente en el art. 20 de las Reglas modelo ELI sobre plataformas en línea— para hacer responder al operador de la plataforma únicamente cuando este sujeto asume

[166] En el caso del alojamiento contratado a través de Airbnb no está claro que la actuación de la plataforma resulte indispensable. LÓPEZ ORTEGA, «Las plataformas Uber, BlaBlaCar y Airbnb», cit., pp. 218-220, para quien resulta más acertado considerar que estamos ante una nueva modalidad de intermediación que se caracteriza por emplear las más modernas tecnologías. Cf. Comunicación de la Comisión, de 2 de junio de 2006, sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa, COM(2016) 356 final, pp. 8-9, que hace hincapié en la titularidad por parte de la plataforma de activos clave para prestar el servicio subyacente como criterio a emplear para presumir que la plataforma presta este servicio

[167] La gestión y cobro de los pagos realizados por clientes que permiten al operador de la plataforma detraer el importe de su remuneración y transferir la cantidad restante al proveedor fue considerado como no concluyente del grado de control sobre el bien o servicio subyacente; así como la exigencia de requisitos de acceso a la plataforma (por ejemplo, en el caso de BlaBlaCar, la identidad de los conductores de vehículos, el carnet de conducir, una antigüedad como conductor, la inspección técnica del vehículo, un seguro de responsabilidad civil, entre otros). Así, ibidem, pp. 201-202 y 207. En cambio, LÓPEZ ORTEGA sí considera que altera la verdadera naturaleza de la labor principal desarrollada por estas plataformas el hecho de que su actuación resulte indispensable para llevar a cabo la prestación del servicio subyacente.

[168] En términos parecidos, CUENA CASAS, «La contratación a través de plataformas intermediarias en línea», cit., p. 334, considera que un sistema de reputación, la prestación de servicios de pago, o una orientación de las condiciones contractuales son circunstancias que no desnaturalizan la calificación del contrato de intermediación.

objetivamente todas aquellas oportunidades económicas y riesgos del contrato celebrado por el cliente que sean significativos. En este caso el conocimiento previo que pueda tener el cliente se consideró irrelevante. Solamente se juzgó relevante una asignación objetiva de las oportunidades económicas y riesgos derivados de los acuerdos llevada a cabo internamente entre los sujetos involucrados[169]. De ahí que la misma opinión criticara que la antedicha propuesta no requiriera un rol integral del operador de la plataforma como «socio económico contractual» y se limitara a exigir el ejercicio de una influencia predominante por parte de este sujeto en el proveedor; así como que la propuesta no evaluara dicha influencia predominante en base a criterios objetivos, sino de acuerdo con lo que el cliente pudiera razonablemente entender, adoptando una aproximación subjetiva.

Por suerte, la práctica judicial española se muestra muy respetuosa con los principios de relatividad de las obligaciones contractuales, autonomía privada y libertad contractual al resolver conflictos de intereses en el ámbito de la intermediación en línea. Dispensa un tratamiento que es acorde con la condición contractual de intermediario del operador de la plataforma. Las sentencias asumen que las plataformas en línea actúan como intermediarias con respecto a la conclusión de un contrato entre los proveedores de los bienes y servicios subyacentes y los clientes y que aquellas juegan un papel clave en la comunicación entre estos sujetos. A este papel suelen referirse los órganos judiciales a la hora de resolver demandas de responsabilidad contractual interpuestas contra las plataformas[170].

Así, las pasajeras que se presentan al aeropuerto y no pueden embarcar en el avión porque sus billetes no fueron confirmados debido a un error en el sistema de emisión propiedad de la compañía aérea Iberia, interponen una acción de responsabilidad contractual basada en el art. 1101 y ss. CC contra la plataforma eDreams solicitando una compensación de un daño patrimonial consistente en el sobrecoste debido a la necesidad de contratar con urgencia unos pasajes más caros para poder viajar en la fecha prevista. El tribunal, no obstante, desestima la demanda tras considerar probado que las viajeras habían sido debidamente informadas por parte de la plataforma sobre un proceso de contratación que no fue completado[171].

Por su parte, mediante otra sentencia el órgano judicial declara que el operador de la plataforma Atrápalo cumple con su deber enviando un correo electrónico a unos pasajeros informándoles de un cambio en el horario del vuelo de vuelta (*rectius*, cancelación del vuelo), no siéndole exigible el empleo de ningún otro medio de comunicación por tratarse de una contratación en línea[172].

---

[169] A partir de una responsabilidad por confianza del Derecho alemán (*Vertrauenshaftung*), MAULTZSCH, «Contractual Liability of Online Platform Operators», cit., pp. 231-235, para quien la figura no es aplicable a las plataformas digitales.

[170] Según BUSCH/SCHULTE-NÖLKE/WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA/ZOLL, «The Rise of the Platform Economy», cit., p. 6, el operador de una plataforma debería asegurar que los mensajes enviados por el cliente al proveedor, o viceversa, son reenviados sin demora; y la recepción de mensajes por parte del operador de la plataforma (p.ej. desistimiento del consumidor) debería ser considerada como recibida por el proveedor. Habida cuenta del silencio del Derecho europeo del consumo, esta doctrina propugna aplicar a los operadores de plataformas digitales los mismos criterios que el art. 15 de la Directiva sobre viajes combinados. Véanse los arts. 11 y 14.2 de las Reglas modelo ELI sobre plataformas en línea y el art. 7. 2 de la Discusión de Propuesta de Directiva sobre Plataformas de Intermediación en Línea.

[171] SAP Barcelona 328/2008, Sección 16ª, de 13 de junio (JUR 2008\265866), FJ 2º.

[172] SAP Barcelona 239/2009, Sección 11ª, de 12 mayo (ECLI:ES:APB:2009:5236). El FJ 2º declara que la demandada no incurrió en un incumplimiento negligente en los términos exigidos por el art. 1101 y ss. CC para la existencia

Lejos de establecer una responsabilidad contractual de los operadores de las plataformas por el bien o servicio subyacente, sentencias como estas no hacen sino corroborar que resulta fundamental tratar a estos operadores económicos como intermediarios cuando esta fue su voluntad y así resulta de su posición contractual.

Comoquiera, a mi juicio la responsabilidad contractual del operador de la plataforma debería ser distinta a la de los proveedores de bienes y servicios en la medida que pueda apreciarse una intermediación.

4. Conclusiones

El papel de las plataformas en línea como creadoras y reguladoras del mercado y, a la vez, su pretendida actuación como intermediarias en el plano contractual originan muchos interrogantes cuando uno se pregunta por la eventual responsabilidad de estos operadores económicos por una falta de conformidad de los bienes y servicios.

La posibilidad de permitir a los clientes exigir esa responsabilidad al operador de la plataforma cuando razonablemente pueden confiar en que este sujeto tiene una influencia predominante sobre el proveedor, en los términos del art. 20 de la Reglas Modelo ELI sobre plataformas en línea, resulta controvertida. Acudir a los criterios de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea elaborada en torno al antiguo art. 14 de la Directiva sobre comercio electrónico –hoy sustituido por el art. 6 del Reglamento de Servicios Digitales— para establecer a partir de qué punto la involucración de la plataforma justifica o fundamenta una responsabilidad contractual significa desatender los principios de relatividad del contrato, autonomía privada y libertad contractual.

Si bien el criterio de la influencia predominante de las plataformas encontró un reflejo normativo en algunos países para establecer su responsabilidad contractual por los bienes y servicio en países como Portugal o Italia, en estos momentos no existe una regulación de la Unión Europea que excluya la condición de intermediarias de estos estos sujetos en el ámbito contractual como consecuencia de su función creadora y reguladora del mercado.

El actual marco legal español permite a aquellas plataformas digitales que pretendan celebrar únicamente un contrato de acceso como intermediarias, desempeñar solamente un papel de corretaje, informar de ello al consumidor antes de contratar desde su condición de proveedoras del mercado en línea (letra d) del apartado 1 del art. 97 bis TRLGDCU). El apartado 3 del art. 59 bis TRLGDCU, siguiendo el mismo criterio de los arts. 3 y 4 de la Directiva de modernización y a los efectos de las disposiciones generales de esta regulación, considera que el «proveedor de un mercado en línea» es todo empresario que pone a disposición de los consumidores o usuarios un servicio para que los consumidores puedan «celebrar contratos a distancia con otros empresarios o consumidores». Esta regulación significa que en el ordenamiento jurídico español no existe base normativa para propugnar una responsabilidad contractual de las plataformas en línea por los bienes y servicios a partir de la influencia predominante que ejercen sobre los proveedores, como hace una parte de la doctrina científica española.

---

de responsabilidad contractual, sino que hubo negligencia del pasajero, el cual no estuvo atento a las comunicaciones de la plataforma y que suelen ser frecuentes en un sistema de contratación en línea.

Sin duda una responsabilidad contractual de las plataformas por los bienes y servicios basada en la interrelación existente entre el contrato o contratos de acceso y el contrato que tiene por objeto el bien o servicio, como excepción al principio de relatividad del contrato (art. 1257 I CC), podría ser vista como una respuesta más coherente desde la perspectiva del Derecho de contratos. Sin embargo, los razonamientos llevados a cabo por la Sala Civil del Tribunal Supremo al realizar la excepción en otros contratos y sectores de actividad no tienen encaje en el entorno transaccional de las plataformas. Ni siquiera es posible extrapolar a este ámbito los criterios interpretativos de la sentencia plenaria del Tribunal Supremo 167/2020 de 11 de marzo de 2020 dictada por el Pleno de la Sala Civil[173], relativa al escándalo del *Dieselgate*. Aunque esta resolución judicial amplió sustancialmente las posibilidades de exceptuar el principio de relatividad del contrato, en una economía de plataformas no existe una correspondencia entre el daño sufrido por el cliente como consecuencia de una falta de conformidad del bien o servicio y un eventual incumplimiento de la plataforma en el contrato de acceso que la misma celebró con el proveedor; y, a mi juicio, los vínculos establecidos con trascendencia jurídica entre los sujetos involucrados carecen de una entidad suficiente para hacer la excepción al principio de relatividad del contrato (art. 1257 I CC).

La responsabilidad contractual de las plataformas digitales por una falta de conformidad del bien o servicio debería atender a si el operador es quien en realidad se aprovecha de las oportunidades resultantes de su comercialización y asume los riesgos de vender o arrendar el bien o prestar el servicio, desde una perspectiva económica. En caso afirmativo, debería «levantarse el velo», entender que no existe una intermediación sino más bien un contrato celebrado entre el operador de la plataforma y el cliente. En ese caso el operador debería responder aun habiéndose presentado como un intermediario al concluir previamente unos contratos de acceso a la plataforma con ambos grupos de usuarios, proveedores y clientes.

Con arreglo a este planteamiento, la responsabilidad contractual de la plataforma por una falta de conformidad de los bienes y servicios debería tener lugar cuando: a) el operador de la plataforma predetermina el contenido del deber de prestación que el cliente puede exigir con respecto al bien o servicio; b) fija el precio del bien o servicio; c) cabe calificar el proveedor como auxiliar de la plataforma en el cumplimiento del contrato que tiene por objeto el bien o servicio; o d) tiene lugar la celebración de un contrato anterior entre proveedor y operador, distinto al de acceso, que pone de manifiesto que la plataforma se aprovecha de las oportunidades y asume los riesgos resultantes del contrato celebrado con el cliente.

En todos estos casos se desnaturaliza el contrato de corretaje y debe prevalecer la realidad material, una responsabilidad del operador de la plataforma por el bien o servicio contratado. En cambio, existen una serie de circunstancias que son intrínsecas al modelo de intermediación en línea surgido de la actuación de las plataformas y que para nada deberían significar una distribución distinta de los riesgos contractuales. Unas circunstancias que no deberían tener relevancia alguna con respecto a la responsabilidad contractual de las plataformas por los bienes y servicios, aunque puedan denotar una influencia predominante sobre el proveedor, contrariamente al planteamiento del art. 20 de las Reglas modelo ELI sobre plataformas en línea.

[173] STS 167/2020, Civil (Pleno), de 11 de marzo de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:73).

A mi modo de ver, la influencia predominante que ejercen los operadores de plataformas sobre los proveedores resulta favorable en buena medida a los intereses de los consumidores y no debería justificar una ruptura de la estructura contractual privada, ni mucho menos la instauración de un régimen de responsabilidad contractual que acabe yendo en detrimento de la relatividad de los contratos, la autonomía privada, la libertad contractual y el actual modelo de la economía de plataformas.

5. Jurisprudencia

Sentencias españolas

Tribunal Supremo

STS, Civil, de 1 de abril de 1977 (RJ 1977, 1510)

STS, Civil, de 2 de noviembre de 1981 (RJ 1981, 4412)

STS, Civil, de 27 de marzo de 1984 (RJ 1984, 1438)

STS, Civil, de 24 de octubre de 1990 (RJ 1990, 8045)

STS 269/2011, Civil (Sección 1ª), de 11 de abril de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:3994)

STS 188/2015, Civil (Sección 1ª), de 8 de abril de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:1413)

STS 517/2015, Civil (Sección 1ª), de 6 de octubre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:4157)

STS 167/2020, Civil (Pleno), de 11 de marzo de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:735)

STS 805/2020, Social (Pleno), de 25 de septiembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2924)

STS 1818/2020, Contencioso-Administrativo (Sección 3ª), de 30 diciembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:4484)

STS 556/2021, Civil (Sección 1ª), de 21 de julio de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3189)

STS 2/2022, Contencioso-Administrativo (Sección 3ª), de 7 de enero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:6)

Audiencias Provinciales

SAP Barcelona 328/2008, Sección 16ª, de 13 de junio, JUR 2008\265866

SAP Barcelona 239/2009, Sección 11ª, de 12 mayo (ECLI:ES:APB:2009:5236)

SAP Islas Baleares 260/2017, Sección 3ª, de 7 de septiembre (ECLI:ECLI:ES:APIB:2017:1413)

SAP Madrid 86/2019, Sección 28ª, de 18 de febrero (ECLI:ES:APM:2019:1255)

SAP Madrid 613/2022, Sección 1ª, de 2 de noviembre (ECLI:ES:APM:2022:15560)

Juzgado de lo Mercantil

SJMer 30/2017 núm. 2 Madrid, de 2 de febrero de 2017 (ECLI:ES:JMM:2017:6)

Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJUE de 23 de marzo de 2010, Louis Vuitton, C-236/08 a C-238/08 (ECLI:EU:C:2010:159)

STJUE de 12 de julio de 2011, L'Oréal, C-324/09 (ECLI:EU:C:2011:474)

STJUE de 19 de septiembre de 2013, CHS Tour Services, C-435/11 (ECLI:EU:C:2013:574)

STJUE de 9 de noviembre de 2016, Wathelet, C-149/15 (ECLI:EU:C:2016:840)

STJUE de 20 de diciembre de 2017, Uber, C-434/15 (ECLI:EU:C:2017:981)

STJUE de 4 de octubre de 2018, Kamenova, C-105/17 (ECLI:EU:C:2018:808)

STJUE de 19 de diciembre de 2019, Airbnb, C-390/18 X (ECLI:EU:C:2019:1112)

Sentencias del Tribunal Supremo de Reino Unido

The Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs v Secret Hotels2 Limited [2014] UKSC 16 [2014] 2 All ER 685

Uber BV v Aslam [2021] UKSC 5 [2021] 4 All ER 209

Sentencia de la Corte de Casación francesa

Sentencia 374/2020 de la Corte de Casación francesa, Social, de 4 de marzo (ECLI:FR:CCAS:2020:SO0034)

Sentencias alemanas

OLG Stuttgart de 19 de mayo de 2004, NJW 30-2004, pp. 2169-2171

BGH de 26 de enero de 2005, VIII ZR 175/04, NJW 15-2005, pp., 1039-1041

6. Bibliografía

ANDERSEN, Marlene Louise Buch, «Digital Platforms and Insurance Coverage of Damages on Third Parties», *European Review of Private Law* 6/2022, pp. 999-1018.

BUSCH, Christoph/MAK, Vanessa, «Putting the Digital Services Act in Context: Bridging the Gap Between EU Consumer Law and Platform Regulation», *Journal of European Consumer and Market Law* 3/2021, pp. 109-115.

BUSCH, Christoph/DANNEMANN, Gerhard/SCHULTE-NÖLKE, Hans/WIEVIÓROWSKA-DOMAGASKA, Aneta/ZOLL, Fryderyk (RESEARCH GROUP ON THE LAW OF DIGITAL SERVICES), «The ELI Model Rules on Online Platforms», pp. 1-20, https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/_p_eli/Publications/ELI_Model_Rules_on_Online_Platforms.pdf (fecha de consulta: 17 de octubre de 2023); también en *Journal of European Consumer and Market Law* 2/2020, pp. 61-70.

BUSCH, Christoph/SCHULTE-NÖLKE, Hans/WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA, Aneta/ZOLL, Fryderyk, «The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law?», *Journal of European Consumer and Market Law* 1/2016, pp. 3-10.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio. «Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales (la transposición de las Directivas 2019/770 y 2019/771)», *Diario La Ley* núm. 9881, junio de 2021, pp. 1-40.

CARRASCO PERERA, Ángel, *Derecho de contratos*, Cizur Menor, Aranzadi, 2010.

CUENA CASAS, Matilde, «La contratación a través de plataformas intermediarias en línea», *Cuadernos de Derecho Transnacional* 2/2020, pp. 283-348.

DEMOTT, Deborah A., «The Platform as Agent», en DAVIES, Paul S./CHENG-HAN, Tan (eds.), *Intermediaries in Commercial Law*, Oxford-London-New York-New Delhi-Sydney, Hart, 2022, pp. 153-170.

DEVOLDER, Bram, «Contractual Liability of the Platform», en DEVOLDER, Bram (ed.), *The Platform Economy (Unravelling the Legal Status of Online Intermediaries)*, Cambridge-Antwerp-Chicago, Intersentia, 2019, pp. 31-88.

DURAN, Habat, «Digital Intermediaries in the French Code of Transport- An Example Based on Uber», *Journal of European Consumer and Market Law* 3-2021, pp. 115-121.

ENGERT, Andreas, «Digitale Plattformen», 218 *Archiv für die civilistische Praxis*, 2018, pp. 304-376.

GRAMUNT FOMBUENA, María Dolores, «Economía de plataforma y protección de los consumidores», en ORTÍ VALLEJO, Antonio/RUBIO GIMENO, Gemma (dirs.), *Propuestas de regulación de las plataformas de economía colaborativa: perspectivas general y sectoriales*, Cizur Menor, Aranzadi, 2019, pp. 157-185.

GRUNDMANN, Stefan/HACKER, Philipp, «The Digital Dimension as a Challenge to European Contract Law- The Architecture», en GRUNDMANN, Stefan (ed.), *European Contract Law in the Digital Age*, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2018, pp. 4-45.

IAMICELI, Paola, «Online Platforms and the Digital Turn in EU Contract Law: Unfair Practices, Transparency and the (pierced) Veil of Digital Immunity», *European Review of Contract Law* 4/2019, pp. 392-420.

JIMÉNEZ HORWITZ, Margarita, «La situación jurídica de la plataforma Airbnb en el marco de la economía colaborativa», *Revista Aranzadi Doctrinal* 3/2019, pp. 1-34.

KATZENMEIER, Christian, «Agenturgeschäfte im Gebrauchtwagenhandel», *Neue Juristische Wochenschrift* 37/2004, pp. 2632-2633.

LÓPEZ ORTEGA, Raquel, «Las plataformas Uber, BlaBlaCar y Airbnb: ¿Intermediarias o prestadoras del servicio subyacente?», *Revista de Derecho Mercantil* 321/2021, pp. 177-238.

MAK, Vanessa, «Private Law Perspectives on Platform Services (Airbnb: Home Rentals between AYOR and NIMBY)», *Journal of European Consumer and Market Law* 1/2016, pp. 19-25.

MAULTZSCH, Felix, «Contractual Liability of Online Platform Operators: European Proposals and established Principles», *European Review of Contract Law* 3/2018, pp. 209-240.

MORAIS CARVALHO, Jorge, «Contratos de compraventa de bienes (Directiva 2019/771) y suministro de contenidos o servicios digitales (Directiva 2019/770): Ámbito de aplicación y grado de armonización», 12 *Cuadernos de Derecho Transnacional* 1/2020, pp. 930-940.

MOŽINA, Damjan, «Retail business, platform services and information duties», *Journal of European Consumer and Market Law* 1/2016, pp. 25-30.

MÜLLER, Markus, «Die Umgehung des Rechts des Verbrauchsgüterkaufs im Gebrauchtwagenhandel», *Neue Juristische Wochenschrift* 28/2003, pp. 1975-1980.

ORTÍ VALLEJO, Antonio, «Las relaciones contractuales de las plataformas de economía colaborativa», en ORTÍ VALLEJO, Antonio/RUBIO GIMENO, Gemma (dirs.), *Propuestas de regulación de las plataformas de economía colaborativa: perspectivas general y sectoriales*, Cizur Menor, Aranzadi, 2019, pp. 81-114.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, «La responsabilidad del operador de la plataforma como prestador del servicio subyacente», en ORTÍ VALLEJO, Antonio/RUBIO GIMENO, Gemma (dirs.), *Propuestas de regulación de las plataformas de economía colaborativa: perspectivas general y sectoriales*, Cizur Menor, Aranzadi, 2019, pp. 141-155.

RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, «La fórmula de la DSA para resolver el "dilema de la responsabilidad de las plataformas": un equilibrio entre continuidad e innovación», en HERNÁNDEZ SAINZ, Esther/MATE SATUÉ, Loreto Carmen/ALONSO PÉREZ, María Teresa (dirs.), *La responsabilidad civil por servicios de intermediación prestados por plataformas digitales*, A Coruña, Colex, 2023, pp. 25-50.

ROTT, Peter, «New Liability of Online Marketplaces Under the Digital Services Act?», *European Review of Private Law* 6/2022, pp. 1039-1058.

RUBIO GIMENO, Gemma, «Responsabilidad de las plataformas de economía colaborativa y responsabilidad del proveedor del servicio», en ORTÍ VALLEJO, Antonio/RUBIO GIMENO, Gemma (dirs.), *Propuestas de regulación de las plataformas de economía colaborativa: perspectivas general y sectoriales*, Cizur Menor, Aranzadi, 2019, pp. 115-140.

SÁNCHEZ LERÍA, Reyes, «Mercado digital y protección del consumidor: a propósito de la Directiva 770/2019 y su transposición al ordenamiento jurídico español», *InDret* 4/2021, pp. 33-87.

SANSÓN RODRÍGUEZ, María Victoria, «La regla 'nemo plus iuris transferre potest, quam ipse haberet'», *Revista General de Derecho Romano* 29/2017, pp. 1-15.

SCHAUB, Martien Y., «Why Uber is an information society service: Case Note to CJEU 20 December 2017 C-434/15 (Asociación profesional Élite Taxi)», *Journal of European Consumer and Market Law* 3/2018, pp. 109-115.

SØRENSEN, Marie Jull, «Is the "New Deal" for Consumers a Big Deal? Consumer Protection and the New Information Duties for Online Marketplaces», *European Review of Private Law* 6/2022, pp. 1019-1038.

SØRENSEN, Marie Jull, «Draft Model Rules on Online Intermediary Platforms», en DEVOLDER, Bram (ed.), *The Platform Economy (Unravelling the Legal Status of Online Intermediaries)*, Cambridge-Antwerp-Chicago, Intersentia, 2019, pp. 173-186.

SØRENSEN, Marie Jull, «Private Law Perspectives on Platform Services (Uber: A business model in search of a new contractual legal frame?)», *Journal of European Consumer and Market Law* 1/2016, pp. 15-19.

TAMAYO CARMONA, Juan Antonio, «Responsabilidad de las plataformas digitales por daños: contenido ilícito y conocimiento efectivo», en ATAZ LÓPEZ, Joaquín/COBACHO GÓMEZ, José Antonio (coords.), *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños: Estudios en homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón*, t. III, Cizur Menor, Aranzadi, 2021, pp. 1653-1678.

TOMILLO URBINA, Jorge, «Los consumidores ante las plataformas de intermediación Online: algunas reflexiones», 19 *Lex: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas* 27/2021, pp. 97-132.

TORRES BENITO, Elvira/JIMENO MUÑOZ, Jesús, «Responsabilidad derivada de las plataformas de economía colaborativa», *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro* 3/2018, pp. 6-20.

TWIGG-FLESNER, Christian, «Online Intermediary Platforms and English Contract Law», en DAVIES, Paul S./CHENG-HAN, Tan (eds.), *Intermediaries in Commercial Law*, Oxford-London-New York-New Delhi-Sydney, Hart, 2022, pp. 171-192.

TWIGG-FLESNER, Christian, «Bad Hand? The "New Deal" for EU Consumers», *European Union Private Law Review* 15/2018, pp. 166-175.

VILALTA NICUESA, Aura Esther, «La regulación europea de las plataformas de intermediarios digitales en la era de la economía colaborativa», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 765/2018, pp. 275-330.

WENDERHORST, Christiane, «Platform Intermediary Services and Duties under the E-Commerce Directive and the Consumer Rights Directive», *Journal of European Consumer and Market Law* 1/2016, pp. 30-33.

InDret
2.2024

A legal status for Avatars in the Metaverse from a Private Law perspective

Lorena Arismendy Mengual
CUNEF Universidad
-

Abstract

-

Avatars, or digital representations of ourselves in the Metaverse are often seen as a fun and unique aspect of virtual worlds, but the legal implications of their use —and potential misuse— remain largely unexplored. In this paper, I address various issues relating to the utilization of avatars in online virtual platforms by individuals, highlighting both their potential benefits advantages and potential problems. In that context, I provide a very much needed clarification of what the Metaverse entails, and I propose a Private Law-oriented framework for thinking and regulating certain aspects of digital avatars in a legally feasible manner.

Sumario

-

Los Avatares, o las representaciones de nosotros mismos en el Metaverso, con frecuencia son vistos como aspectos divertidos y únicos de los mundos virtuales, no obstante, las implicaciones jurídicas de su uso —y abuso— aún son un área mayormente inexplorada. En este artículo presento varias de las dificultades jurídicas que plantea el uso de los avatares en el en las plataformas del Metaverso, resaltando tanto sus potenciales beneficios como problemas. Para ello, ofrezco una muy necesaria aclaración de lo que es el Metaverso, y propongo un marco para analizar lo que podría ser una regulación de los Avatares de forma jurídicamente viable, especialmente desde el punto de vista del Derecho Privado.

Title: *Un régimen jurídico para los avatares en el Metaverso desde la perspectiva del Derecho Privado.*

-

Keywords: Metaverse, Avatar, Private Law, Civil liability, Legal Personhood, Digital Assets, NFT, Product liability, Artificial Intelligence.
Palabras clave: *Metaverso, Avatar, Derecho Privado, personalidad jurídica, responsabilidad civil, activos digitales, NFT, responsabilidad por productos defectuosos, inteligencia artificial.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2024.i2.03

InDret

2.2024

Recepción
27/11/2023
-
Aceptación
09/04/2024
-

Index

-

1. Introduction
2. The Metaverse and online virtual worlds
3. A digital identity in the Metaverse: unique or multiple?
4. Avatars in online virtual platforms
5. A legal status for Avatars
5.1. A quest for personhood in a parallel with Artificial Intelligence agent's cause
5.2. Avatars as "things"
a. Avatars as digital content: goods or services
b. Avatars as products
c. Avatars as digital assets
6. Approaching further key inquiries
6.1. Avatars and Personality Rights
6.2. An avatar oriented Metaverse Tort Law
7. Final remarks
8. References

-

This piece is published with a license Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional

1. Introduction*

The emergence of the so-called Metaverse (capital M) and its growing reception introduce a new scenario for diverse interactions, with implications at social, industrial, commercial, medical, educational, and even governmental levels. It allows and enables the execution and enforcement of contracts, the creation, distribution, and sale of various digital goods and services, and, of course, the infringement of rights, as well as other legally protected interests. The Metaverse's development is still in its early development stages, but its potential significance for human existence is already considerable; with over a 400 million unique average monthly users worldwide by 2023[1], several companies and public figures have taken an interest in waging into it: Facebook rebranded as Meta[2], JPMorgan has launched a virtual office[3], famous artists are holding massive events online, sometimes, by means of their own digital counterparts (avatars)[4], the so-called *avatar marketing* has risen as an real brand endorsement strategy[5], and so on.

Avatars, which are digital representations of individuals in the Metaverse are often seen as a fun and distinctive aspect of virtual worlds. However, the legal implications of their use —and potential misuse— remain largely unexplored. Whereas participating in a virtual world using a virtual avatar can be an engaging experience, in these environments, virtual avatars act as representations of individuals, allowing users to interact simultaneously in the same digital realm. As of today, there is a lack of effective regulation to fully protect avatars in the Metaverse, should they be granted such protection. Some attempts have tangentially addressed some of the main issues. However, legal frameworks have not adequately addressed avatar activities that mirror real-world activities, despite initiatives like the Digital Services Act by the EU, or the World Economic Forum's Global Principles on Digital Safety[6].

In this paper, various issues relating to the utilization of avatars in the Metaverse are addressed, highlighting both their potential advantages and potential problems. In that context, a much-needed clarification of what the Metaverse entails and some proposal from a Private Law-

---

* Lorena María Arismendy Mengual. Profesora Contratada Doctora. CUNEF Universidad. E-mail: <Lorena.arismendy@cunef.edu> ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9969-9186>. *This work has been supported by the Madrid Government (Comunidad de Madrid-Spain) under the Multiannual Agreement with UC3M in the line of Excellence of University Professors (EPUC3M08), and in the context of the V PRICIT (Regional Programme of Research and Technological Innovation).*

[1] According to the The Metaversed research, available at: <https://www.metaversed.consulting/blog/the-metaverse-reaches-400m-active-users> (Accessed: 18 March 2024).

[2] <https://about.fb.com/news/2021/10/facebook-company-is-now-meta/> (Accessed: 18 March 2024).

[3] <https://www.jpmorgan.com/content/dam/jpm/treasury-services/documents/opportunities-in-the-metaverse.pdf> (Accessed: 18 March 2024).

[4] For example, Ariana Grande performed in a virtual concert in Fortnite on the 2021 Rift Tour <https://routenote.com/blog/ariana-grande-fortnite/> (Accessed: 18 March 2024); as well as The Weeknd, John Legend, and Justin Bieber, who have also performed live in Wave <https://wavexr.com/> Paris Hilton recently announced the launch of her own Roblox virtual world called *Slivingland* <https://www.thedrum.com/news/2023/08/11/1111-media-unveils-paris-hilton-themed-slivingland-roblox> (Accessed: 18 March 2024).

[5] DE BRITO SILVA, Marianny Jessica/DE OLIVEIRA RAMOS DELFINO, Lorena/ALVES CERQUEIRA, Kaetana, et al. «Avatar marketing: a study on the engagement and authenticity of virtual influencers on Instagram», *Social Network Analysis and Mining*, vol. 12, no. 130, 2022, pp. 1-19.

[6] For instance, in accordance with the above-mentioned Global Principles on Digital Safety, governments should be expected to distinguish between illegal content and content that is lawful but may be harmful online.

oriented framework for regulating certain issues of avatars in a legally feasible manner are herein provided.

2. The Metaverse and online virtual worlds

As an opening remark, it is crucial to highlight that the leading academia rightly stresses that, even today, the Metaverse itself is a unique "ecosystem"; there is only one Metaverse in the same way that there is only one Internet[7]. The misnomer is often found in legal literature[8], and mostly, this is due to the focus on the current state of the Metaverse, as emphasized here, rather than its true nature or intended purpose.

The common misconception arises from the existence of different *online* platforms, designed to work independently from each other and offer all kinds of experiences and services that can be enjoyed by users, such as those —remarkably— offered by Second Life[9]. Hence, *metaverses* (lowercase "m", and plural) better describes *virtual online worlds* or *platforms*. Other examples, which are sometimes depicted as *metaverses*, include video games like Roblox, Fortnite or Minecraft, which display three-dimensional scenarios and different possibilities of interaction with whole communities[10]. All the above can be more accurately characterized as *centralized digital worlds* that take place in the Metaverse. *Virtual worlds* can therefore be defined as persistent online computer-generated environments where multiple users in remote physical locations can interact in real time for several purposes, *e.g.*, to work or play[11]. But, as stated, they do not enclose, nor do they represent the entire concept of the Metaverse.

---

[7] RIJMENAM, Mark Van. *Step into the Metaverse: How the Immersive Internet Will Unlock a Trillion-Dollar Social Economy*, Wiley, New Jersey, 2022, p. 12; LEE, Lik-Hang, et al. «All one needs to know about metaverse: A complete survey on technological singularity, virtual ecosystem, and research agenda», *Journal Of Latex Class File,* vol. 14, no. 8, *arXiv preprint arXiv:2110.05352*, 2021.

[8] Or in several non-strictly technology-oriented papers, for that matter.

[9] To date, most scientific studies on the Metaverse revolve around Second Life which is probably the utmost successful *virtual world* example, due to its great possibilities to recreate real experiences and develop new methodologies for learning, interaction, collaboration, etc. KEMP, Jeremy William/LIVINGSTONE, Daniel. «Putting a Second Life "metaverse" skin on learning management systems». In KEMP, Jeremy William/LIVINGSTONE, Daniel (Eds). *Proceedings of the Second Life education workshop at the Second Life community convention*, University of Paisley, Paisley, 2006, p. 12; LASTIRI SANTIAGO, Mónica. «Los desafíos del Derecho de marcas en los mundos virtuales como el Second Life», *Revista de la contratación electrónica*, vol. 98, no. 11, 2008; KAPLAN, Andreas M./HAENLEIN, Michael. «The fairyland of Second Life: Virtual social worlds and how to use them». *Business horizons,* vol. 52, no. 6, 2009, pp. 563-572; DE BACK, Tycho/TINGA, Angelica M./LOUWERSE, Max. «Learning in immersed collaborative virtual environments: design and implementation», *Interactive Learning Environments*, vol. 31, no. 8, 2021, pp. 1-19; BROWN, Elaine/GORDON, Marie/HOBBS, Mike. «Second Life as a holistic learning environment for problem-based learning and transferable skills», *ReLIVE 08. Proceedings of Researching Learning in Virtual Environments International Conference*, vol. 8, 2008, pp. 39-48; Among others.

[10] SPARKES, Matthew. «What is a Metaverse», *New Scientist*, vol. 251, no. 3348, 2021, p. 18; ROSPIGLIOSI, Pericles. «Metaverse or Simulacra? Roblox, Minecraft, Meta and the turn to virtual reality for education, socialisation and work», *Interactive Learning Environments*, vol. 30, no. 1, 2022, pp. 1-3; <https://www.roblox.com/> (Accessed: 18 March 2024); <https://www.minecraft.net/es-es> (Accessed: 18 March 2024); <https://www.epicgames.com/fortnite/es-ES/home> (Accessed: 18 March 2024).

[11] DIONISIO, John David/BURNS, William G./GILBERT, Richard. «3D virtual worlds and the metaverse: Current status and future possibilities», *Association for Computer Machinery (ACM) Computing Surveys (CSUR)*, vol. 45, no. 3, 2013, p. 1; Also: HACKL, Cathy/LUETH, Dirk/DI BARTOLO, Tommaso, et Al. *Navigating the Metaverse A Guide To Limitless Possibilities In A Web 3.0 World,* John Wiley & Sons, Inc., Newark, 2022, p. 50.

The comparison serves the purpose of clearly differentiating between the *Metaverse* and *online virtual platforms*, since the latter pose markedly different legal issues, in which this paper will mainly focus[12].

The Metaverse, as an immersive digital ecosystem, makes use of different technologies, some of which have already transformed the state-of-the-art technology available, as well as our experience online[13]. As of today, it is not a final version of what it can be, but it is being developed to achieve a harmonic conjugation of *physical* and *digital* realities in a persistent fashion, which could progressively happen in the coming decades[14].

Some of those technologies can be noted for the purposes of clarification.

> The list is, in fact, large and complex. Some of the technological aspects that receive most attention in the scientific literature include the Metaverse's telecommunication infrastructures, that apply the fifth and even the sixth generation of cellular technology (5G and 6G networks), as well as the so-called *cloud computing* which integrates a network of shared resources and servers for data processing and storage, in addition to other services[15]. The user experience in the Metaverse is immersive; this is partially[16] achieved through other types of technologies and hardware. They transport users to an increasingly realistic experience with Extended Reality (XR), which combines Virtual Reality (VR), Augmented Reality (AR) and Mixed Reality (MR)[17], and through different types of hardware that look like helmets, goggles or visors, known as *head-mounted displays* (HMDs); in addition, there might be auxiliary devices that could look like gloves or electrodes known as *hand-based input* devices that collect the movement of the hands and arms or, in general, *motion input* devices that can collect the movement of the entire body of the user and translate it into a form of navigation or interaction in the Metaverse[18]. Added to said technologies also coexists the use of Artificial Intelligence or AI, which enhances the user experience as it allows machines to learn, make decisions autonomously, create and predict content or surroundings that can adapt, be customized, change quickly, etc., based on its own experience or statistics (so-called *machine learning* and *deep learning*)[19].

---

[12] This is to prevent the research subject from being too wide.

[13] This particularly fascinating topic has been delved into elsewhere: ARISMENDY MENGUAL, Lorena María. «Desafíos Jurídicos del Metaverso: Protección de Datos, Propiedad Intelectual y Responsabilidad Civil», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, no. 80, 2023, pp. 61-102.

[14] Most technology scholars agree on the Metaverse currently being in a development stage and on its way to being a "final product": DUAN, Haihan, et al. «Metaverse for social good: A university campus prototype», *Proceedings of the 29th Association for Computer Machinery (ACM) International Conference on Multimedia*, 2021, pp. 153-161; WANG, Dianwei/YAN, Xiaoge/ZHOU, Yang. «Research on Metaverse: Concept, development and standard system», *IEEE 2021 2nd International Conference on Electronics, Communications and Information Technology (CECIT)*, 2021, pp. 983-991; DIONISIO, John David/BURNS, William G./GILBERT, Richard. «3D virtual worlds and the metaverse: Current status and future possibilities», *Op Cit,* pp. 2-3; NING, Huansheng, et al. «A Survey on Metaverse: the State-of-the-art, Technologies, Applications, and Challenges», *arXiv preprint arXiv:2111.09673*, 2021, pp. 11-12.

[15] NING, Huansheng, et al. «A Survey on Metaverse: the State-of-the-art, Technologies, Applications, and Challenges», *Op Cit*, p. 12.

[16] More on the technology aiding the immersive experience below.

[17] GADEKALLU, Thippa Reddy, et al. «Blockchain for the Metaverse: A Review», *arXiv preprint arXiv:2203.09738*, 2022, p. 4.

[18] PARK, Sang-Min/KIM, Young-Gab. «A Metaverse: Taxonomy, components, applications, and open challenges», *IEEE Access*, 2022, vol. 10, no. 4216, 2022.

[19] JEON, Hyun-Joo, et Al. «Blockchain and AI meet in the metaverse». In FERNÁNDEZ-CARAMÉS, Tiago/FRAGA LAMAS, Paula. (Eds.), *Advances in the Convergence of Blockchain and Artificial Intelligenc*e, IntechOpen, London, 2022, p. 6; GADEKALLU, Thippa Reddy, et al. «Blockchain for the Metaverse: A Review», *Op Cit,* pp. 11-12; LEE, Lik-Hang, et Al. «All one needs to know about metaverse», *Op Cit*, pp. 14, 45.

Nonetheless, some of the Metaverse's technological requirements call for our close attention for the purposes of understanding and analysing a legal status for avatars.

The Metaverse makes use of the *Web3.0,* which is considered the next stage of evolution of the *World Wide Web*; it is a decentralized and immersive version of its predecessors (the *web1.0* and the *web2.0*) and, more importantly, it is based on *blockchain* technology[20]. Some remarks on these two fundamental aspects should be noted:

- **The *Web 3.0* (*read*, *write*, *own*):** The *Web1.0* is also known as the "*read-only web*", meaning that users could only check information hosted in it[21]. It was the initial version of the Internet in the 90s, when the first webpage was launched to the public. Its evolution led us to *Web2.0*, which gave users the possibility of creating and sharing content revolving around them (*reading* and *writing*), especially with the massive popularization of social networks and *e-commerce*. Whether liked or not, the outcome of this second milestone was that certain private companies such as Microsoft, Apple, Facebook (currently Meta) or Google, as processers and/or controllers, became the main holders of the content and data as well as their proceeds as monetizable assets transmitted through their respective platforms[22]. The *Web3.0* represents the up-and-coming shift on online navigation, moving away from centralized services to decentralized systems, since it allows users to *read*, *write*, as well as to *own* their data and contents which were previously hoarded by platforms, just like the aforesaid.

- **The *Blockchain*:** It allows the implementation of a *Distributed Ledger Technology* (or *DLT*)[23] and can be defined as a public, decentralized, and unalterable database or *chain* of codes, thus guaranteeing the transparency, reliability, and immutability of the encrypted information that is transmitted in it, which can be traced and verified by anyone at any time[24]. When new data is entered, such as the request for the transfer of an asset, it is added as one more *block* in the chain if —and only if— a number of *verifiers*[25] reach a consensus to validate their inclusion in it, in exchange for a reward payable in

[20] KSHETRI, Nir. «Policy, Ethical, Social, and Environmental Considerations of Web3 and the Metaverse», *IT Professional*, vol. 24, no. 3, 2022, pp. 4-8.

[21] While it required an advanced set of skills and technical knowledge to participate in it.

[22] HACKL, Cathy/LUETH, Dirk/DI BARTOLO, Tommaso, et Al., *Op Cit*, p. 48; RIJMENAM, Mark Van. *Step into the Metaverse, Op Cit,* p. 4; MERRICK, Robert/RYAN, Suzanne. *Data Privacy Governance in The Age of Gdpr, Risk and Insurance Management Society*, t. 66, no. 3, New York, 2019, pp. 40-43.

[23] A DLT is a database in which there are multiple identical copies distributed among various participants. It is updated synchronously by consensus among the participants. ROMERO UGARTE, José Luis. «Tecnología de registros distribuidos (DLT): una introducción», *Boletín económico/Banco de España [Artículos],* no. 4, 2018, p. 1.

[24] GADEKALLU, Thippa Reddy, et al. «Blockchain for the Metaverse: A Review», *Op Cit*, 4.

[25] These verifiers are not actual people, but rather computers or servers located worldwide that contribute their technical capabilities to verify the inclusion of a block in the chain, *e.g.,* by solving complex mathematical problems, which is also known as *proof of work*. There are other protocols for DLT consensus, such as the *proof of stake* (already consolidated in Ethereum) and the *proof of space* (in experimental phase). THOMSEN, Søren Eller/SPITTERS, Bas. «Formalizing Nakamoto-Style Proof of Stake», *2021 IEEE 34th Computer Security Foundations Symposium (CSF). IEEE*, 2021, pp. 1-15; JIAN, Xin/LENG, Pengcheng/WANG, Yanfeng, et al. «Blockchain-empowered trusted networking for unmanned aerial vehicles in the B5G era», *IEEE Network*, vol. 35, no. 1, 2021, pp. 72–77.

intangible assets (*tokens*)[26]. Even though this decentralized consensus protocol started with Bitcoin (one of the main cryptoassets nowadays[27]), other functionalities for it —besides the decentralization of logs and validations regarding cryptoassets transactions—, did not take long; new applications were found for this technology, *e.g.,* through the development of the so-called *smart contracts*[28] that emerged with Ethereum[29], whose codes are also stored in the *blockchain*[30]. There is much to discuss about this fascinating technology. However, for the purposes of this paper, it's essential to highlight that *blockchain* technology in the Metaverse serves two main purposes: (i) it allows users to store their own data —that can be ported or transferred amongst different platforms, which is known as *interoperability*[31]—, and (ii) it allows the creation of an economic environment or market for the exchange of goods and digital services, in connection with all kinds of goods and services in the *real world*[32].

As can be seen, the concept of decentralization is fundamental for it allows users to have greater control over their own data and contributions to the digital ecosystem. It would seem that users should therefore be directly accountable for what their *digital twins* (avatars) do around the Metaverse, but in fact, the architype of complete decentralization also makes it far more challenging to ideate a functional legal regime for this particular aspect; since users gain more power over their navigation practices, interactions, exchanges, etc., traditional intermediaries and/or service providers' accountability for wrongful or illegal behaviour in *virtual worlds* become more debateable. This paradoxically conflicts with essential goals of current European regulation, and especially with the up-to-date Digital Services Act (DSA) that aims to improve

[26] HUO, Ru, et al. «A comprehensive survey on blockchain in industrial internet of things: Motivations, research progresses, and future challenges», *IEEE Communications Surveys & Tutorials*, 2022, p. 3.

[27] The term *cryptoasset* is preferred rather than *cryptocurrency*, as the latter seems less accurate. Bitcoin's whitepaper can be found in: NAKAMOTO, Satoshi. «Bitcoin: A peer-to-peer electronic cash system», *Decentralized Business Review*, 2008, p. 21260.

[28] It should be noted that *smart contracts* are not contracts in a juridical sense, but technological contractual execution mechanisms with automated functionalities incorporated in them. Their technical aspects are explained in: ZARIR, ABDULLAH/OLIVA, GUSTAVO/JIANG, ZHEN/HASSAN, AHMED. «Developing cost-effective blockchain-powered applications: A case study of the gas usage of smart contract transactions in the Ethereum blockchain platform», *Association for Computer Machinery (ACM) Transactions on Software Engineering and Methodology (TOSEM)*, vol. 30, no. 3, 2021, pp. 1–38.

[29] Ethereum was launched in 2015, even though its whitepaper dates back from 2013. BUTERIN, Vitálik. «A next-generation smart contract and decentralized application platform», vol. 3, no. 37, 2013, pp. 1–36.

[30] JEON, Hyun-Joo, et Al. «Blockchain and AI meet in the metaverse», *Ob Cit,* pp. 3-4.

[31] It is the equivalent of logging into any website using an existing Google of Facebook account. In the Metaverse, the conceptual frame entails that individuals can use their personal digital assets across various virtual worlds. Interoperability is defined by Directive (EU) 2019/770 of the European Parliament and of the Council, of 20 May 2019, on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services (DCD), as the ability of the digital content or digital service to function with hardware or software different from those with which digital content or digital services of the same type are normally used (art. 2.12). Whether interoperability will be a standard or not, largely depend on the stage of development of the Metaverse, as well as digital platforms' particular policies of choice.

[32] GADEKALLU, Thippa Reddy, et al. «Blockchain for the Metaverse: A Review», *Op Cit,* pp. 4-6; In turn, highlighting that an economic system in the Metaverse without the blockchain would eventually be centralized, *v. gr.*, controlled by a single agent or participant: JEON, Hyun-Joo, et Al. «Blockchain and AI meet in the metaverse», *Op Cit,* p. 6; LEE, Lik-Hang, et al. «All one needs to know about metaverse», *Op Cit,* pp. 16-17.

protection standards for users by broadening the scope of liability and obligations of very large online platforms and search engines[33].

3. A digital identity in the Metaverse: unique or multiple?

Since this analysis is focused on granting a legal status to avatars, the issue of different types of avatars linked to the current Metaverse architecture should be addressed.

From one perspective, the Metaverse might exist as a *parallel universe* alongside our physical reality, where individuals adopt a unique and completely interoperable avatar within this digital realm, with access facilitated through technologies like extended reality devices. While Metaverse users could theoretically have just one avatar (as a single *digital twin*, rather than many of them) and use it to navigate across platforms, and to identify themselves unitarily in the digital world (in line with what we have called Metaverse interoperability), this is unlikely to happen, as experts stress, since each centralised platform would most likely prefer to offer its own version of an avatar for its users[34]. Hence, this all calls for a speculative exercise when confronted with the question of a legal status for avatars in the Metaverse being anything other than digital content online.

From another perspective, it should be noted that online virtual platforms currently dominate the Metaverse's landscape, most of them being completely centralized (which is commonly known as *walled gardens*)[35]. This paper asserts that the legal issues of the Metaverse primarily (and currently) relate to the legal challenges of *centralized virtual worlds* or *metaverses*. Therefore, this study mainly focuses on the legal challenges related to centralized virtual worlds when discussing the legal issues of avatars in the Metaverse.

The aforementioned calls for further remarks: legal issues concerning avatars require two distinct analyses; first, considering the *current situation,* which entails that avatars used by an individual, directly or indirectly, may vary across different platforms of which one is a user. Second, in a *hypothetical* scenario, an individual would conceivably have a unique identity or avatar within the Metaverse[36].

It is also important to consider that an avatar can be controlled by either a real individual (whether natural or legal) or by artificial intelligence agents, meaning they may be autonomous, thereby adding further complexity to the technological and legal landscape[37].

---

[33] Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market for Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act).

[34] KIONG, Liew. *Metaverse Made Easy: A Beginner's Guide to the Metaverse: Everything you need to know about Metaverse, NFT and GameFi. Liew*, Voon Kiong, 2022, p. 25.

[35] Further on metaverses governance: GADEKALLU, Thippa Reddy, et al., «Blockchain for the Metaverse: A Review», *Op. Cit.*, pp. 2, 8, 10, 13-14.

[36] Another alternative to ponder is whether *digital wallets* will serve as the method for users to hold a singular ID in the Metaverse in the near future, as opposed to avatars.

[37] On the use of autonomous (AI powered) avatars: BARFIELD, Woodrow/WILLIAMS, Alexander. «Chapter 1: The law of virtual reality and increasingly smart virtual avatars». In BARFIELD, Woodrow/BLITZ, Marc. J. (Eds.), *Research Handbook on the Law of Virtual and Augmented Reality*, Edward Elgar, Cheltenham, 2018, pp. 2-43.

Considering these factors, a distinction can be drawn into categories that are not necessarily mutually exclusive, namely:

- Avatars can function as means of participation in metaverses, –where they may be unlimitedly created–, allowing users to have one or several avatars in each virtual world. Alternatively, they can serve as a singular means of identification within the broader environment of the Metaverse as a unique and fully decentralized technological ecosystem.
- Depending on the controlling entity, avatars can be controlled by persons (natural or legal), or other types of entities such as AI systems.
- Avatars can serve different purposes in identifying users, functioning either as pseudonyms or as direct identifiers of their respective controllers in virtual worlds.

The difference will hereinafter be emphasized as necessary.

4. Avatars in online virtual platforms

Avatars are often known as digital *twins* as means of providing a comprehensive understanding of what they theoretically achieve in the Metaverse –wherein a single identification form is assigned to each participant[38]. Originally, the word *avatar* had a mainly religious or spiritual background and content; it denoted the descent of a deity on earth, according to Hinduism[39]. Nowadays, the most common widespread notion of the avatar is that of a graphic representation associated with a user's profile, mainly used in online forums, video games, instant messaging applications, and so on. It is approximately since 1985 that the word Avatar acquired its modern connotation, when *Habitat* —a computer role-playing game from Lucasfilm— was created. According to the game review written by Morabito: "once a human being enters Habitat, he or she takes on the visual form of an Avatar, and for all intents and purposes becomes one of these new-world beings"[40]. The quoted statement, dating from 1986, has remained valid ever since; the Avatar is now a central element of the user experience in the Metaverse[41].

In the Metaverse, the avatar (whether unique or multiple) customizes and digitalizes the presence of the user, who ultimately controls it. It enables users to identify themselves, present themselves to others, navigate, and interact in a virtual space, among other functionalities. Essentially, avatars allow users to express themselves, undertake and perform tasks, and engage in numerous activities analogous to those in the physical world, such as taking part in

[38] *Digital twins* originally refer to virtual replicas or models of physical objects, processes, or systems. This technology is used to simulate and monitor real-world entities in a digital environment, which is widely applied at an industrial level. It allows architects and engineers to predict the behavior of the replicated objects and it is mainly in used computer-aided design (to create products, architectural pieces, buildings, or *smart cities*), in industrial systems assisted by Artificial Intelligence, or even in risky operations assisted by robots. BAUER, Thomas/OLIVEIRA, Pablo/KUHN, Thomas. «Towards architecting digital twin-pervaded systems», *Proceedings of the 7th International Workshop on Software Engineering for Systems-of-Systems and 13th Workshop on Distributed Software Development, Software Ecosystems and Systems-of-Systems, SESoS-WDES '19*, 2019, pp. 66–69; SJAROV, Martin, et Al. (2020). «The digital twin concept in industry–a review and systematization», *2020 25th IEEE International Conference on Emerging Technologies and Factory Automation (ETFA)*, 2020, p. 1789.

[39] LOCHTEFELD, James G. «Avatar». In *The illustrated encyclopedia of Hinduism*, vol. 1, Rosen Publishing, 2001, pp. 72-73.

[40] MORABITO, Margaret. «Enter the On-line World of Lucasfilm», *Run,* 1986, p. 24.

[41] LEE, Lik-Hang, et al. «All one needs to know about metaverse», *Op Cit,* pp. 28-29.

interactions that may have legal consequences. These include attending large-scale events, establishing, and maintaining interpersonal connections, engaging in commercial transactions with other entities (both tangible and intangible), offering services, and more. Rather than merely simulating a person's presence in the Metaverse, this can be perceived as an extension of one's existence in the digital realm, or even as a form of digital embodiment or personification.

A claim for a proper regulation for avatars has been made for over a decade now[42]. Many modern online communities and social networks make use of avatars as means through which users can participate in these communities and engage with other, which focalizes the scope of the current research. Despite their widespread use, avatars are a topic of controversy, as some members of the community have raised concerns about the potential menaces associated with them resulting in the infringement of another's rights whether committed *by* an avatar, or *through* an avatar, depending on the status attributed to them. A wide range of potential problems, such as mental distress –caused, *e.g.,* by cyberbullying or harassment– heightened by the sense of immersion of digital platforms[43], identity theft, or the misappropriation of anothers' intellectual property[44]. These problems are difficult to address, particularly because there is no way to identify the individual *behind* a given avatar[45]. As a result, many members of the legal community advocate for the introduction of regulations to govern the use of avatars in the Metaverse. In the virtual environments it encompasses, interactions often feel more *lifelike* than they would in other online forums or social networks pertaining to the Web 2.0 experience[46], heightening the urgency for effective measures to mitigate potential risks.

The question of the legal status of avatars is a relatively unexplored area which deserves more attention. Having a clear idea of what an avatar can be in the eyes of the Law, may help create safer environments and legal certainty for *real life* Metaverse users. As the Metaverse becomes more and more integrated into everyday life, we will begin to see more avatar-related disputes. It is important to understand what might be at stake in these disputes.

5. A legal status for Avatars

A realistic debate covering a legal framework for avatars in the Metaverse, and therefore, in online virtual platforms, should align with currently recognisable legal categories. This means they may be viewed as *things* (*res*) or as what is considered their opposite, *legal persons* (*personae*), as posed by Roman scholars[47]. This seemingly simple classification –which is mainly acquainted

---

[42] FRANKS, Mary Anne. «Unwilling avatars: Idealism and discrimination in cyberspace», *Columbia Journal of Gender and Law*, vol. 20, 2011, p. 224.

[43] <https://www.technologyreview.com/2021/12/16/1042516/the-metaverse-has-a-groping-problem/>

(Accessed: 21 March 2024).

[44] Consider, *e.g.,* the ongoing Nike, Inc v. Stockx (2022) trademark infringement case, in which StockX is being sued for minting and selling NFTs that represent ownership of sneakers (tangible items) showcasing Nike's trademark, kept in StockX's secure storage facility known as the "vault". *Nike, Inc. v. Stockx* LLC 22-CV-00983 (VEC)(SN) (District Court, S.D. New York, Jan. 9, 2023).

[45] This will indistinctly be an issue weather users have a single avatar, or many of them.

[46] GONZALEZ-FRANCO, Mar/PECK, Tabitha C. «Avatar embodiment. towards a standardized questionnaire», *Frontiers in Robotics and AI*, vol. 5, 2018, p. 74.

[47] TRAHAN, John R. «The Distinction between Persons and Things: An Historical Perspective», *Journal of Civil Law Studies*, vol. 1, no. 1, 2008, pp. 9, 11.

to civil lawyers–, may be a key to formulate an actually applicable regime for avatars, as it is herein further examined.

5.1. A quest for personhood in a parallel with Artificial Intelligence agent's cause

The ongoing debate about the legal status of Artificial Intelligence (AI) agents provides helpful insights that can partly apply to the upcoming discussion on the legal status of avatars. For example, and although it was exceptional, the actual recognition of citizenship can be considered a relevant precedent for this topic, as starred by Sophia, –a female-looking AI robot, created in 2015 by Hanson Robotics–, who received the Saudi Arabian nationality in 2017. Extending the concept of legal personhood, as exemplified by Sophia, raises highly complex questions concerning human nature and has required a reassessment of fundamental notions of legal personhood.

According to *Black's Law Dictionary*, "[s]o far as legal theory is concerned, a person is any being whom the law regards as capable of rights and duties". Nowadays, it is unquestionable that every human being benefits from the recognition of legal personhood[48]. It grants the ability to be valid holders of rights and obligations. As such, *natural persons* (*natürliche Personen*, *personnes physiques*, *personas físicas*) may, for example, own property, enter into all kinds of binding covenants, be liable for the damages they may cause, and also, not be subjected to ownership by another entity[49]. However, said recognition does not fall exclusively on human beings; it has also been granted to other non-strictly human entities which do have a legal status nonetheless as legal persons or *juristic persons* (*juristische Personen, personnes morales, personas jurídicas*). This is the case, for instance, of corporations, foundations, associations, government agencies, and so on[50].

The latter has unlocked a path towards exploring the legal personhood of agents other than human beings and juristic persons, as has been discussed at length with respect to robots equipped with AI (*e.g.*, smart vehicles, killer robots, automated clinical diagnostic systems, among others). While they differ significantly in many respects, the debates carried out on these disruptive entities provide some valuable elements for the discussion on the legal status of avatars in the Metaverse.

Most legal scholars have quite rightly rejected the recognition of independent legal personhood to AI agents in analogy to a natural persons' legal personhood model (by nature). The reasoning behind this conclusion is that natural persons' characteristics (such as freedom of will, intentionality, self-consciousness, moral agency or a sense of personal identity[51]) are not rationally transferable to AI agents, thus the acknowledgement of fundamental rights and guarantees (rights to physical integrity, suffrage, freedom, education, etc.)[52] or even subjective

[48] Notwithstanding the historical fact that certain groups of human beings, such as slaves and women, were not legally recognized as persons.

[49] WAGNER, Gerhard. «Robot, Inc.: Personhood for Autonomous Systems?», *Fordham Law Review*, vol. 88, no. 2, 2019, p. 592.

[50] KURKI, Visa. *A Theory of Legal Personhood* (Oxford, 2019; online ed, Oxford Academic), 2019.

[51] Should corporeity –or the lack thereof–, be considered as pertaining to this category in regard to digital entities.

[52] All of which is clearly against the Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

rights (ownership, obligations, actionable legal positions, personality rights, etc.) would be highly questionable by their own nature[53].

Given the impracticality of considering AI agents as natural persons, it has been argued that AI agents' legal status should follow (i) the same model of legal personhood granted to juristic persons (by attribution), or else, (ii) that a special or intermediate category should be created and acknowledged, especially for civil liability purposes[54].

Generally, the most compelling argument for granting legal personhood to AI agents often revolves around their capacity to make genuinely autonomous decisions and to learn without human intervention[55].

> As Novelli and others argue, AI agents can be considered autonomous as far as they are capable of making autonomous decisions, whereas an *ordinary artifact* would merely execute predetermined prompts or guidelines set by its human users or designers. Therefore, AI may expand their initial knowledge and practical understanding when it's found to be incomplete or inadequate for the given context. They can then act based on this enhanced knowledge, which may not be accessible to their users and/or developers. Autonomy, as a spectrum, entails that the greater the ability of the entity to adapt and overcome situations facing of limited information, the more independent the AI agent becomes from the programmer's instructions, resulting in increased autonomous agency. Autonomy for AI agents necessarily entail a diminished level of control from human beings (either users, programmers, designers, etc.), which becomes a critical matter when AI systems engage in legally relevant interactions, such as negotiating and entering contracts or transactions, interfering with another's legally protected rights, or causing harms to others[56].

The argument considering the alleged autonomy of AI agents, is backed by the Committee on Legal affairs of the European Parliament[57]. Their final recommendations for civil law on robotics aimed to create a specific legal status for autonomous robots in the long run, under the tag of *electronic personality* or *e-personality.* The strategy aimed to make this status applicable to the most complex autonomous robots, which logically does not cover all types of smart robots or AI

---

[53] *Report of COMEST on robotics ethics*, (SHS/YES/COMEST-10/17/2 REV), no. 201, 2017, p. 46.

[54] In favour of the attribution of a legal personhood to AI agents akin to the recognition awarded to legal persons: KARNOW, Cea. «Liability for distributed artificial intelligences», *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 11, no. 1, 1996, p. 172; BAYERN, Shawn, et al. «Company law and autonomous systems: a blueprint for lawyers, entrepreneurs, and regulators», *Hastings Science & Technology Law Journal*, vol. 9, no. 2, 2017, p. 135; A different and more interesting approach is presented by Laukyte, who argues that the aforementioned model should not be fully replicated, but rather should the logic of its recognition: LAUKYTE, Migle. «AI as a Legal Person», *Proceedings of the Seventeenth International Conference on Artificial Intelligence and Law*, 2019, pp. 209-213.

[55] ARCHER, Margaret. «Considering AI personhood». In AL-MOUNDI, Ismael/LAZEGA, Emmanuel (Eds.). *Post-human Institutions and Organizations*, Routledge, London, 2019, pp. 28-47; DARLING, Kate. «Extending Legal Protection to Social Robots: The Effects of Anthropomorphism, Empathy, and Violent Behavior Towards Robotic Objects», (April 23, 2012), *Robot Law*, 2012, pp. 3-24; HILDEBRANDT, Mireille. «Legal personhood for AI», *Law for Computer Scientists and Other Folk*, 2019, p. 248; TRUBY, Jon/BROWN, Rafael/DAHDAL, Andrew. «Banking on AI: Mandating a Proactive Approach to AI Regulation in the Financial Sector», *Law and Financial Markets Review*, vol. 14, no. 2, 2020, pp. 110–120.

[56] Although, scholars rightly emphasized that "the mere fact that AI systems possess advanced cognitive capacities may not be a conclusive factor". NOVELLI, Claudio/BONGIOVANNI, Giorgio/SARTOR, Giovanni. «A conceptual framework for legal personality and its application to AI», *Jurisprudence*, vol. 13, no. 2, 2022, pp. 199-200.

[57] European Parliament (EP) 'Motion for a European Parliament Resolution' CLA 2015/2103(INL), 27 January 2017 <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.html> (Accessed: 19 March 24).

agents[58]. The purpose was that those higher-level autonomous devices could be considered *electronic persons*, thus responsible for damages they may cause as a result of self-determined decisions or independent interaction with third parties (section 59.f)[59]. This controversial proposal did not align with the standards posed by the European Economic and Social Committee which has expressly rejected the idea of any form of legal status for robots or AI systems, due to the alleged unacceptable risk of "moral hazard" that it may entail[60]. Moreover, a prestigious group of experts (including Artificial Intelligence and Robotics Experts, industry leaders, law, medical and ethics experts) spoke in the same vein in an *Open Letter* addressed to the European Commission, in which they soundly indicate that it is wrong, biased and fanciful to think that liability for damages caused by AI agents is ultimately impossible to prove due to their extraordinarily high autonomy, which seems to overestimate their current capabilities[61]. This matter, which evidences not only legal, but also ethical, philosophical and technological aspects, has not been fully settled as of today[62].

As noted, the central aspect around which the discussion of AI agents' personhood usually revolves –the autonomy of robots and AI agents– is not quite applicable to avatars[63], since the latter are not inherently endowed with "autonomy", nor "self-learning" capabilities. They are

[58] This also presents us with a significant issue to address: what should be the legal regime of all other –not as sophisticated– AI agents? Nevertheless, the current risk-based Regulation of the European Parliament and of the Council laying down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) And Amending Certain Union Legislative Acts, already emphasizes the importance of considering the autonomy level of AI agents regarding their legal implications.

[59] Also, according to the European Parliament, the following would be the characteristics of smart autonomous robots: "the capacity to acquire autonomy through sensors and/or by exchanging data with its environment (inter-connectivity) and the analysis of those data; the capacity to learn through experience and interaction; the form of the robot's physical support; the capacity to adapt its behaviour and actions to the environment". European Parliament Resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics, *Op Cit*.

[60] The report continues by stating: "Liability law is based on a preventive, behaviour-correcting function, which may disappear as soon as the maker no longer bears the liability risk since this is transferred to the robot (or the AI system). There is also a risk of inappropriate use and abuse of this kind of legal status. The comparison with the limited liability of companies is misplaced, because in that case a natural person is always ultimately responsible. In this regard, it should be examined to what extent the current national and EU laws, rules and jurisprudence in the area of (product and risk) liability and own risk provide an adequate answer to this question and, failing that, what kind of legal solutions can be put forward". Opinion of the European Economic and Social Committee on '*Artificial intelligence — The consequences of artificial intelligence on the (digital) single market, production, consumption, employment and society*' (own-initiative opinion) (2017/C 288/01), 31.8.2017.

[61] Open Letter to The European Commission Artificial Intelligence And Robotics, <http://www.robotics-openletter.eu> (Accessed: 21 March 2024).

[62] According to the Vice-president of the European Commission: "when it comes to technology with a purpose, one of the most promising tools we have is AI. Artificial intelligence can help us use resources better. It can improve our health, even save our lives, by helping doctors to prevent complications for seriously ill people. For instance, the Big Medilytics project –which is funded by the EU– has used AI to improve the treatment of some of the 15 million Europeans who live with heart failure. But without a proper ethical framework, AI can also undermine values like fairness and equality. Those values are important to us, and to our sense of who we are, even though we know that our society doesn't always meet those standards. Because as human beings, we can aspire to be better than we are. But unless we're very careful, AI systems won't see that - they'll just learn about the world as it is, with all its unfairness and inequality, not the world as we want it to be. And they'll dedicate their intelligence to reproducing the past, not to creating a brighter future". <https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/shaping-digital-future-europe_en> (Accessed: 21 March 2024).

[63] Whether discussing a singular avatar or multiple avatars in the Metaverse or specific online platforms.

essentially electronic data within a specific online virtual platform, even though they are capable to represent users in the Metaverse[64].

At this point it is important to consider the fact that an avatar can indeed be controlled by an AI agent, which is why a comprehensive regulation on the subject should consider the adequate governing rules for AI agents first, before covering this issue. In this respect, it is noteworthy that the proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act or AI Act) and Amending Certain Union Legislative Acts[65] disregarded the present discussion, and is limited to the minimum necessary requirements to address the risks and problems linked to AI, as so does the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on adapting non-contractual civil liability rules to artificial intelligence (AI Liability Directive)[66], not providing rules on an alleged personhood for AI agents.

Furthermore, it appears that whenever an avatar is controlled by an AI system would not be legally distinguishable from an AI agent. This would result in any existing or forthcoming regulation concerning AI systems being directly applicable to avatars as well.

Upon closer examination, –besides the regulatory impetus–, the question for avatars in the Metaverse draws significant insights from legal analyses and studies conducted on AI agents. The rationale behind one of the most prevalent arguments raised to deny AI agents of a legal personhood lies in the widely agreed-upon notion among scholars that AI agents are becoming increasingly sophisticated and autonomous[67], and even though they are not 100% self-governed or sentient (yet), their autonomous agency in decision making processes result in a continuous separation from any human influence (*e.g.*, designers and programmers)[68].

In light of this consideration, it is not tenable to derive a legal status for AI agents from the juristic person model as the concept of a legal person requires the presence of natural persons driving its decision-making processes; these natural persons structure, represent, direct, and make decisions for it at any given time; it is through an individual (or a group of individuals), that a legal person engages in contracts or obligations, executes contracts, owns assets, and so on, while maintaining legal independence from them[69]. The concept of high autonomy in AI robots inherently implies an increasing disconnection from a controller. In contrast, avatars are fundamentally controlled by another agent, human or otherwise. This reasonably indicates that

[64] It would be useful to consider that avatars (as a controllable electronic record –*vid. infra* note 104) can be stored in a digital wallet.

[65] 2021/0106(COD). 2024 version available at: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5662-2024-INIT/en/pdf> (Accessed: 25 March 2024).

[66] COM/2022/496 final.

[67] To prove this point: there is no definitive way for readers to determine if this paper has been written by popular AI-powered tools like such as *ChatGPT* or *Jenni.AI*, is there? While it is not the case—and I want to emphasize this fact: it is not—, we are currently experiencing an era where such distinctions may not be discernible.

[68] KURKI, Visa. *A Theory of Legal Personhood*, *Op Cit,* pp. 176-189; *Open Letter To The European Commission Artificial Intelligence And Robotics*, available in: <http://www.robotics-openletter.eu> (Accessed: 21 March 2024); Against this argument: GORDON, John-Stewart. «Artificial moral and legal personhood», *AI & Society*, vol. 36, no. 2, 2021, pp. 459-460.

[69] It is uncontested that legal personhood of a juristic person remains apart and separated from the natural persons behind it.

an avatar bears a closer resemblance to a corporation, foundation, or an association (a juristic person) than an AI agent does.

Avatars need someone –or something– to create and direct them in their activities within online virtual platforms, hence, some of the concepts currently utilized to justify the existence of legal persons (such as the organic theory, the fiction theory, or the real entity theory) could potentially be expanded to give rise to a regulation. Considering that avatars could theoretically serve as a singular form of identification in the Metaverse, said regulation may involve, *e.g.*, (i) the creation of a registry of avatars in the Metaverse, so that each of them can be legally recognized as far as linked to natural or legal persons[70]; (ii) the possibility of –exceptionally– *piercing* or *lifting* the *corporate veil* (which could rather be referred to as the *avatar veil*), when avatars are being used by individuals in an abusive or detrimental manner, that is[71]; or even (iii) acquiring a (perhaps mandatory) civil liability insurance to facilitate compensation for damages that avatars may cause[72]; these ideas have also been mooted in legal studies regarding AI agents, as previously mentioned.

Nevertheless, it is crucial to acknowledge that legal personhood does not inherently follow a dichotomous or absolute (*all or nothing*) framework[73]. Depending on the Legal System, ultimately, the law or legal precedents can determine and modulate its content and scope, just as with respect to legal persons in each country, whenever it is useful and necessary for society[74].

The refusal to grant a special legal personhood to AI agents seems to be the leading opinion at a European level, as emphasized by the recently published report by the European Commission's Group of Experts on Responsibility and New Technologies in 2019[75]. It is worth noting that said report does not only discard a legal status of autonomous robots or AI agents (for liability

---

[70] KARNOW, Cea. «Liability for distributed artificial intelligences», *Op Cit,* p. 147; NOVELLI, Claudio. «Legal personhood for the integration of AI systems in the social context: a study hypothesis», *AI & Society,* vol. 38, 2023, p. 1351; The technological means by which avatars can be registered and traced under biometric data is proposed in: YANG, Kedi, et al, «A Secure Authentication Framework to Guarantee the Traceability of Avatars in Metaverse», *arXiv:2209.08893*, 2022, pp. 1-13.

[71] A similar proposal can be found in: CHEONG, Ben Chester. «Avatars in the metaverse: potential legal issues and remedies», *International Cybersecurity Law Review*, vol. 3, 2022, p. 5.

[72] PAGALLO, Ugo. «Killers, fridges, and slaves: a legal journey in robotics», *AI & Society*, vol. 26, no. 4, 2011, p. 347.

[73] For instance, corporations and certain collective entities have limited personality statuses, primarily focused on their legal rights within patrimonial relations. As Novelli and others further explain: "limited personality statuses may be granted to other creatures, such as unborn children and nonhuman animals, and possibly also to natural entities, such as mountains, rivers, and ecosystems. On the interest-based conception of subjective rights, such creatures and entities may be granted legal rights to the extent that the legal system assumes that such creatures and entities have interests of their own that need legal protection (even though the exercise of such rights requires the activity of human agents)". NOVELLI, Claudio/BONGIOVANNI, Giorgio/SARTOR, Giovanni. «A conceptual framework for legal personality and its application to AI», *Op Cit,* p. 203.

[74] BRYSON, Joanna/DIAMANTIS, Mihailis/GRANT, Thomas. «Of, for, and by the people: the legal lacuna of synthetic persons», *Artificial Intelligence and Law*, vol. 25, no. 3, 2017, pp. 280-281.

[75] EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL FOR JUSTICE AND CONSUMERS, *Liability for artificial intelligence and other emerging digital technologies*, Publications Office, 2019, p. 37; Also: PAGALLO, Ugo. «Apples, oranges, robots: four misunderstandings in today's debate on the legal status of AI systems», *Philosophical Transactions of the Royal Society A: Mathematical, Physical and Engineering Sciences*, vol. 376, no. 2133, 2018; Offering some nuanced remarks from a meta-institutional and institutional approach: NOVELLI, Claudio/BONGIOVANNI, Giorgio/SARTOR, Giovanni. «A conceptual framework for legal personality and its application to AI», *Op Cit,* pp. 216-219.

purposes) but also extends this negative stance to *all emerging digital technologies*[76]. Among the main conclusions of the report: the person (natural or legal) operating a permissible technology that nevertheless carries an increased risk of harm to others, for example AI-driven robots in public spaces, should be subject to strict liability for damage resulting from its operation; A person using a technology that does not pose an increased risk of harm to others should still be required to abide by duties to properly select, operate, monitor and maintain the technology in use and –failing that– should be liable for breach of such duties if at fault; A person using a technology which has a certain degree of autonomy should not be less accountable for ensuing harm than if said harm had been caused by a human auxiliary; It is not necessary to give devices or autonomous systems a legal personality, as the harm these may cause can and should be attributable to existing persons or bodies[77].

Considering all of these arguments, in the following sub-section the avatar is pondered as a "thing" in online virtual platforms, but not without making a further remark: as mentioned above, avatars work as immersive elements in online digital platforms, so that the presence of users and their interactions are *digitalized* through it. Thus, in the Metaverse (and any of the digital platforms it hosts), an avatar is simply perceived as a user, meaning it replicates an individual[78] and not an element, nor an asset of the digital scenery. This underscores the importance that, despite how dystopian it may appear today, the legal status of an avatar must be evaluated not only in relation to the existing *real-world* framework (which highlights the idea of multiple *digital twins* in virtual metaverse platforms), but eventually it might be necessary to also consider the legal status of avatars *within* the Metaverse itself, regardless of its recognition –or lack thereof–, by *real-world* States, as well as how to create a functional regulatory framework *in situ*[79].

5.2. Avatars as "things"

Further following our initial reasoning, avatars can also be considered and regulated as "things", which can be possessed, used, and disposed of for its own qualities, that are also useful and valuable, existing separately from humans, and thus subject to juridical control[80].

It appears feasible and, in general, more accurate to regard avatars as things, rather than as persons. But such a generic approach does not add value to current dialogues on the most pressing legal aspects of the Metaverse, other than emphasizing that avatars can be the object of dispositions and acquisitions, and that interests in avatars could be asserted against third parties as actionable legal positions[81]. Therefore, some applied topics related to this perspective will now be addressed, in order to shed some light and insight on the legal consequences of this category; should Property Law, Contract Law, Intellectual Property Law, or any other areas of

---

[76] Among *emerging digital technologies,* the *Internet Of Things*, and *the Distributed Ledger Technologies* are mentioned, which is why The scope of the report is considered to be relevant to the subject matter discussed in this paper. EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL FOR JUSTICE AND CONSUMERS, *Liability for artificial intelligence and other emerging digital technologies*, Op Cit, p. 3.

[77] *Ibidem*, pp. 3-4.

[78] Even when the avatar's appearance is not anthropomorphic.

[79] This concern is clearly articulated in: NASEH, Morteza. «Person and Personality in Cyber Space: A Legal Analysis of Virtual Identity», *Masaryk University Journal of Law and Technology*, vol. 10, no. 1, 2016, p. 14.

[80] RUDDEN, Bernard. «Things as thing and things as wealth», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 14, no. 1, 1994, p. 81.

[81] LASTOWKA, Gregory/HUNTER, Dan. «The laws of the virtual worlds», *California Law Review,* vol. 92, no. 1, 2004.

the Law govern avatar issues within the walled gardens that currently define the Metaverse experience.

As a preliminary observation, it should be mentioned that the following categories solely epitomize diverse perspectives, without implying that they are mutually exclusive.

a. Avatars as digital content: goods or services

Recent EU regulations elucidate the legal understanding of *digital content*. Two primary Directives are involved: art. 2(11) of Directive 2011/83/EU –on consumer rights[82]– state that digital content is defined in art. 2(1) of Directive 2019/770 –on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services (DCD)–, which in turn affirms that digital content means data which are produced and supplied in digital form. The latter Directive also provides a definition of a *digital service*, which means a service that allows the consumer to create, process, store, or access data in digital form; or a service that allows the sharing of or any other interaction with data in digital form uploaded or created by the consumer or other users of that service.

Therefore, in accordance with EU Law, contracts for the supply of digital content (either as a good or a service) may currently fall within the scope of Consumer Protection Law when agreed upon by traders and consumers (B2C)[83]. It is not problematic to catalogue an avatar as data produced and contractually supplied digitally either *in-game* or *in-digital world*, as outlined above. Enter Consumer Protection Law into the equation; should the supply of an avatar by a centralized digital world be subject to rules in consumer sales or services, pre-contractual information duties, the right of withdrawal, or certain remedies, such as the liability for any lack of conformity?[84]

How should we determine if the supply of digital content, such as an avatar in digital virtual worlds, meets the criteria to be classified as a sale of goods (being categorized as a good itself) or the performance of a service? As García Rubio explains, if the digital content must remain in the

[82] Directive 2011/83/EU of The European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council. Amended by Directive (EU) 2019/2161 of 27 November 2019, part of the 'Review of EU consumer law - New Deal for Consumers" package, as a result of identifying a number of areas where the existing Union consumer protection rules needed to be modernized, in view of the continuous development of digital tools (recital 17).

[83] It is important to indicate that, according to DCD, platform providers could be considered traders if they act for the purposes relating to their own business and as the direct contractual partner of the consumer for the supply of digital content or a digital service (recital 18). If that's the case, what are the implications when one of the parties involved is not a trader? According to Directive (EU) 2019/2161, specific information requirements for online marketplaces should be provided in Directives 2005/29/EC and 2011/83/EU to inform consumers using online marketplaces whether they enter into a contract with a trader or a non-trader, such as another consumer (recital 26); Also, providers of online marketplaces should inform consumers whether a third party offering goods, services or digital content is a trader or non-trader, based on the declaration made to them by the third party. When the third party offering the goods, services or digital content declares its status to be that of a non-trader, providers of online marketplaces should provide a short statement to the effect that the consumer rights stemming from Union consumer protection law do not apply to the contract concluded, (recital 27).

[84] HELBERGER, Natali/LOOS, Marco/GUIBAULT, Lucie, et Al. «Digital content contracts for consumers», *Journal of Consumer Policy*, vol. 36, no. 1, 2013, pp. 37–57; On an updated note: personal data provided by the user serves the same purpose as *currency*, in exchange for the supply of a digital content or a digital service. DCD, (recital 24). Although the trader must comply with the obligations stipulated in General Data Protection Regulation.

seller's cloud, or where it can be downloaded but is usable only while the customer's device is connected to the seller's cloud, the contract resembles a service contract rather than a sales contract[85]. This seems fairly applicable nowadays (in the current walled garden context), but it clashes with the core concept of the Metaverse, which might evolve towards genuine decentralization, where users hold and administrate the ownership of their own data and may theoretically interoperate with digital contents throughout digital worlds in a decentralised environment provided by blockchain technology –characterized by the lack of intermediaries. Should the development of the Metaverse reach this scenario, we would have to consider the A avatar to be a good, instead of a service supplied by a platform as it can be currently categorized.

Furthermore, one should not overlook that digital content may currently be protected by copyright, be protected by a related right, or not be protected by IP Law. The first group is herein prioritized[86]: as examples, computer programs, musical, cinematographic, audiovisual, literary, or pictorial works, or photos, can be highlighted, most of which are expressly covered by DCD, even though that said Directive explicitly excludes copyright law from its scope of application and does not address the arrangements between the traders of digital content and the IP rights holders[87].

Cámara Lapuente has appropriately stressed the dimension of conflicting interests between IP Law and Consumer Law regarding digital contents. The author considers that, on one hand, Consumer Law seeks to guarantee consumer rights even when acquiring ownership or use of IP Law protected works, thus limiting the rights of said works' owner, avoiding their abuse (both in the negotiation of a contract and in its execution), while on the other hand, Intellectual Property regulations tend to consider the end user as benefiting from a series of limits or exceptions to the rights of the intellectual property owner (for example, making a private copy), rather than as the owner of a full right[88]. As the author notes, the disparity of interests and approaches to which

---

[85] GARCÍA RUBIO, María Paz. «Non Conformity of Goods and Digital Content and its Remedies». In PLAZA PENADÉS, Javier/MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz M. (Eds.). *European Perspectives on the Common European Sales Law Studies in European Economic Law and Regulation*, Springer, New York, 2015, pp. 163-181.

[86] To complete the mentioned overview: the second group of works –protected by a related right– covers rights of performers, producers of phonograms, broadcasting organizations, etc. On the latter group –not within the scope of IP Law–, we may find, *e.g.*, non-original databases without original structure, nor qualitative and/or quantitative substantial investment in terms of resources, time and efforts engaged and other investments in the generation, obtaining or verification of its contents. CÁMARA LAPUENTE, Sergio. «La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, vol. 11, 2014, pp. 79-167.

[87] "In order to cater for fast technological developments and to maintain the future-proof nature of the notion of digital content or digital service, this Directive should cover, inter alia, computer programmes, applications, video files, audio files, music files, digital games, e-books or other e-publications, and also digital services which allow the creation of, processing of, accessing or storage of data in digital form, including software-as-a-service, such as video and audio sharing and other file hosting, word processing or games offered in the cloud computing environment and social media. As there are numerous ways for digital content or digital services to be supplied, such as transmission on a tangible medium, downloading by consumers on their devices, web-streaming, allowing access to storage capabilities of digital content or access to the use of social media, this Directive should apply independently of the medium used for the transmission of, or for giving access to, the digital content or digital service". Recital 19, DCD. *Cfr.* Art. 3.9, Recitals 20 and 36 of the DCD, which explicitly exclude copyright law from its scope of application. See also: OPRYSK, Liliia. «Digital Consumer Contract Law without Prejudice to Copyright: EU Digital Content Directive, Reasonable Consumer Expectations and Competition», *GRUR International*, vol. 70, no. 10, 2021, p. 944.

[88] However controversial this topic may be, in-depth discussion can be found in: SCHOVSBO, Jens. «Integrating consumer rights into copyright law: From a European perspective», *Journal of Consumer Policy*, vol. 31, 2008, pp. 401-407.

Consumer Law and IP Law discourse in the digital field peaks in the very concept of *property* for which each legal branch exhibits a characteristic stance: while the Consumer Law and, the regulations on consumer buying and selling of goods in particular, is based on a full transfer of ownership with which the consumer will make use of the goods as they see fit; the dogma supporting IP Law is that the ownership of a physical copy of a work (*e.g.*, a book) does not bestow any type of ownership on the contents included in that physical medium (the actual literary work that still belongs to the author)[89]. It is important to specify that, in the realm of protected works or their copies when they are marketed, they are mostly beyond the control of the rights holder due to the principle of copyright exhaustion. However, according to the Court of Justice of the European Union (CJEU), this may not always apply in the digital environment[90].

As Spindler elucidates, contracts on digital content are strongly related to the transfer of rights, under the so-called *end user licenses agreements* (EULAs), which are, in principle, directly concluded between the user of the digital content and the rights holder. Said agreements frequently cover all kinds of different contractual obligations in addition to the main service (or sale) contract between the supplier and the user or consumer[91]. The extent to which EU regulation affects EULAs, copyright and Consumer protection Law is still overwhelmingly unidentified due to its undeniable complexity[92].

If avatars are considered services under the DCD, the consequences bear the necessary application of remedies for the failure to supply, as well as remedies for the lack of conformity[93]. In principle, the consumer (metaverse user) could seek remedies from the trader (metaverse controller). However, (i) in cases involving a chain of transactions, there may be an act or omission by a person in a previous link of that chain that results in a failure to supply the digital service, or a lack of conformity. In such a scenario, the metaverse controller would have the right to seek redress and would be entitled to pursue remedies against the person responsible in the chain of commercial transactions, which is to be determined by national law, *ex* Art. 20 of DCD; (ii) in cases where a restriction from a violation of third-party rights prevents or limits the use of the avatar (as a digital service), *e.g.,* when the supply of the avatar infringes a copyrighted work,

---

[89] CÁMARA LAPUENTE, Sergio. «La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo», *Op Cit*, pp. 79-167; Based on: HELBERGER, Natali/LOOS, Marco/GUIBAULT, Lucie, et Al. «Digital content contracts for consumers», *Op Cit*, pp. 45-47.

[90] As summarized in: BODÓ, Balázs/GIANNOPOULOU, Alexandra/QUINTAIS, João Pedro, et Al, «The Rise of NFTs: These Aren't the Droids You're Looking For», *European Intellectual Property Review*, vol. 44, no. 5, 2022, pp. 265-282; See also: OPRYSK, Liliia. «Digital Consumer Contract Law without Prejudice to Copyright: EU Digital Content Directive, Reasonable Consumer Expectations and Competition», *Op Cit*, pp. 948-949.

[91] "The transfer of rights is operated by license agreements; they are the only tool to entitle the user (consumer) to use copyrighted material as long as no limitation or exception applies. Even though the focus of licenses relies upon the transfer of rights, such reproduction etc. licenses are usually a twosided contract containing all kinds of (contractual) obligations. Thus, it should be expected that licenses are regulated either by copyright law or by contract law. (...) Given the absence of specific provisions, licenses and their general terms and conditions are to a large extent still left to court practice in each member state of the EU. As mentioned, we have to distinguish two core elements of licenses, the transfer of rights and the (contractual) obligations between the rightsholder and user. Both are in a complex manner intertwined, as compliance with contractual obligations is often combined with the transfer of rights". SPINDLER, Gerald. «Digital content directive and copyright-related aspects», *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, vol. 12, no. 2, 2021, pp. 111-130.

[92] Some more insights on ToS and EULA's impact are addressed in: ARISMENDY MENGUAL, Lorena María. «Desafíos Jurídicos del Metaverso: Protección de Datos, Propiedad Intelectual y Responsabilidad Civil», *Op Cit*, pp. 77-82.

[93] Arts. 13-14 of DCD. The latter must, in turn, comply with the subjective and objective tests of conformity set in Arts. 7-8 DCD.

Member States are obliged to ensure that the metaverse user is entitled to the remedies for lack of conformity provided for in Art. 14 DCD, unless National Law provides for the nullity or rescission of the contract for the supply of the digital service in such cases, *ex* Art. 10 DCD[94].

It should be highlighted that, from this perspective, avatars cannot be transmitted to others unless permitted by the trader (*e.g.,* the metaverse controller) as per their own EULAs or Terms of Service (ToS). While this aspect might be part of the dynamics of a specific digital world –or a cluster of them–, and the parties involved are generally free to negotiate these terms, this is rarely the case in practice[95]. On the future ahead, the stage of development of the Metaverse and its decentralization will be a key aspect, as explained herein.

b. Avatars as products

Another potential approach for establishing a legal regime for avatars (particularly concerning civil liability), is to categorize them as *products*. This perspective has been the predominant view supported by legal scholars regarding the issue of damages caused by AI-equipped robots, according to the European Commission[96]. The European Commission proposes to extend this type of liability (of *defective products* and their components, even when they are in *digital form*) to emerging digital technologies[97]. Moreover, the 2022 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on liability for defective products identifies the legal uncertainty as to how to apply the current decades-old definitions and concepts to products in the modern digital economy and circular economy, such as software and products reliant on software or digital services for functionality[98].

Replicating the model in force to the question of the avatar in online virtual worlds, as of today, poses some significant difficulties. Indeed, it is quite challenging to align the concept of the avatar (either as a unique digital twin or as means of participating in a given online virtual world) with that of a "product", since the latter is currently defined as *movable property*, which mostly relates to tangible goods (art. 2 of Directive 85/374/CEE – Product Liability Directive or PLD)[99].

---

[94] "However, the task of defining the objective requirements for conformity to concretise the use has not been embarked on. Furthermore, the option of delivering content deviating from reasonable expectations has also been reserved, on the condition that consumers are explicitly informed beforehand. Whereas providing clear information to consumers assumes they are going to decide on a provider, the impact is limited in practice if the supply is not diverse or a consumer is locked into using a particular platform anyway. It raises the question of whether such a provision has implications for the market and entrance to it, given that the reasonable expectations of consumers are not defined". OPRYSK, Liliia. «Digital Consumer Contract Law without Prejudice to Copyright: EU Digital Content Directive, Reasonable Consumer Expectations and Competition», *Op Cit*, p. 951.

[95] LANGENDERFER, Jeff. «End-User License Agreements: A New Era of Intellectual Property Control», *Journal of Public Policy & Marketing*, vol. 28, no. 2, 2009, p. 202.

[96] EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL FOR JUSTICE AND CONSUMERS, *Liability for artificial intelligence and other emerging digital technologies*, Op Cit, p. 27.

[97] "Strict liability of the producer should play a key role in indemnifying damage caused by defective products and their components, irrespective of whether they take a tangible or a digital form". *Ibidem*, 6. Although the European Commission recognizes that, due to the variety of existing emerging technologies, it is not possible to offer unitary solutions to all risks brought by them. *Ibidem*, p. 5.

[98] COM (2022) 495 final. If implemented, the concept of a product will likely be better suited to encompass emerging digital technologies, as it will be defined to include all movable items, even if integrated into another movable or immovable object. It shall also include electricity, digital manufacturing files and software (Art. 4 of the proposal).

[99] Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products.

While the regulation acknowledges that certain intangible assets like electricity can be considered products, it remains unclear if a digital element corresponds accurately to this concept[100]. The foregoing highlights that the European Commission's concept of emerging digital technology is more ambitious than what may be practically applicable. This serves as a clear example of the complexity inherent in this subject matter.

If we were to significantly broaden the scope of the concept of a product to include avatars in online virtual worlds (for the purpose of discussing its legal implications), it would also be mandatory to question what aspects of the *safety which a person is entitled to expect* (art. 6, PLD) may be legally relevant when using an avatar; Indeed, the legal definition of a "defect" in a product, which is essential to this regulation, comprises a lack of safety that can hardly be applied to an avatar[101]. Nevertheless, as explained above, avatars can be controlled by natural persons, juridical persons and AI agents in a way that could reasonably fit into the concept of an *act or omission of a third party* as referenced in art. 8.1 PLD. In such cases, the *producer* of the avatar, (likely the digital platform on which it was created) may have a legal right against the user (controller) to seek compensation for damages caused using an avatar in a specific centralized digital world[102]. At last, the Metaverse's evolution towards decentralization, as described in this paper, significantly diminishes the likelihood of effectively making a claim against anyone we can pinpoint as the *producer*, (that being the *manufacturer* or *importer* of the avatar). The solution proposed by the PLD for cases where the producer cannot be identified, entails considering any supplier of the product as its producer (this refers to the digital platform in question, but it may also include the user), unless they inform the injured party of the identity of the producer, or the person who supplied the product (according to art. 3.3, PLD). The idea of avatars being classified as products, besides being a stretch, raises significant concerns regarding the anonymity and protection of personal data that online platforms must currently guarantee for their users[103].

c. Avatars as digital assets

According to UNIDROIT's Draft on *Principles on Digital Assets and Private Law*, a *digital asset* is simply an electronic record[104] which is capable of being subject to control[105]. As explained on the

---

[100] SANTOS MORÓN, María José. «Régimen de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos», OLMO GARCÍA, Pedro Del/SOLER PRESAS, Ana. *Prácticum de Daños 2019*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, "2.1. Concepto de producto". Digital Version.

[101] Regarding this aspect: "the interconnectivity of products and systems makes it hard to identify defectiveness. (...). Additionally, the complexity and the opacity of emerging digital technologies complicate chances for the victim to discover and prove the defect and prove causation". EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL FOR JUSTICE AND CONSUMERS, *Liability for artificial intelligence and other emerging digital technologies*, *Op Cit*, p. 28.

[102] According to that provision, the liability of the producer is not be reduced when the damage is caused both by a defect in product and by the *act or omission of a third party*.

[103] Concerning the *data controller* provided for in Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation).

[104] Whereas an *electronic record* consists of information stored in an electronic or digital medium, which is capable of being retrieved. *Electronic medium* must be understood in a broad sense. UNIDROIT 2023 – Study LXXXII (on public consultation).

[105] Principle 2(2), *Ibidem*. UNIDROIT Draft principles seem to be inspired by definitions found on a statutory level in North America. For example, the United State of America's Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act (FUFADAA, 2015) developed by the Uniform Law Commission (ULC) as means of directing how to manage someone's digital assets after their death, defines a digital asset as "an electronic record in which an individual has a right or interest. The term does not include an underlying asset or liability unless the asset or liability is itself an electronic record". It should be noted that each State's laws on this subject may vary. Similarly, Canada's

Draft, this useful definition of a *digital asset* encompasses an electronic record only if it is *capable of being subject to control* (principle 2.2) —meaning, the exclusive ability to prevent others from obtaining substantially all of the benefit from the digital asset, the ability to obtain substantially all the benefit from the digital asset; and the exclusive ability to transfer said abilities to another person (principle 6). For example, some electronic records might be described colloquially as *digital assets*, but normally could not be subjected to exclusive *control*, and consequently would not be digital assets as preliminarily defined by UNIDROIT[106].

The fact that an avatar can be a *digital asset* in the Metaverse, thereby, constituting a unique and interoperable form of identification for users, has already been established by technology scholars. Their conclusion posits that an avatar can indeed function as a Non-Fungible Token (NFT), consequently attaining certifiable uniqueness and becoming subject to exclusive control granted to users, who would therefore be their owners[107]. Cryptopunks, introduced in 2017, are a good example of this[108]. An NFT can be used as an avatar to represent our digital selves in the Metaverse (whether a single avatar or several are used to represent users in a particular online virtual world)[109]. As such, it is also technically possible to trace their ownership to a correspondingly unique *digital wallet address* from which avatars can be stored and transferred at the user's convenience[110]. For instance, Twitter (a *Web2.0* social network) allows using an NFT as a profile picture, but not without warning that, by doing this, the user agrees their Twitter account to be associated with his or her digital wallet address[111]. At this point, it is useful to remember that an NFT is a *one-of-a-kind* cryptoasset (legally, non-fungible and susceptible of being the subject of proprietary rights). These examples also demonstrate that unless users take actions that disclose their *real-world* identity while acquiring or operating with a digital asset, *e.g.*, an avatar, their anonymity is maintained[112]; only their public digital wallet address is publicly known. This standard of anonymity is encouraged in the development of the Metaverse, as it responds to privacy protection concerns when navigating through it[113].

Uniform Access to Digital Assets by Fiduciaries Act (2016) provides that a digital asset is "a record that is created, recorded, transmitted or stored in digital or other intangible form by electronic, magnetic or optical means or by any other similar means".

[106] UNIDROIT 2023 – Study LXXXII (on public consultation).

[107] BELK, Russell/HUMAYUN, Mariam/BROUARD, Myriam. «Money, possessions, and ownership in the Metaverse: NFTs, cryptocurrencies, Web3 and Wild Markets», *Journal of Business Research*, vol. 153, no. 4, 2022, pp. 199-200; SJAROV, Martin, et al. «The digital twin concept in industry–a review and systematization», *Op Cit*, pp. 1789-1796; GHELANI, Diptiben. «What is Non-fungible token (NFT)? A short discussion about NFT Terms used in NFT», *Authorea Preprints*, 2022.

[108] Cryptopunks are unique collectible characters with proof of ownership stored on the Ethereum blockchain. The Cryptopunks are one of the earliest examples of a "Non-Fungible Token" on Ethereum and were the inspiration for the ERC-721 standard (an interface for non-fungible tokens, also known as *deeds*) that powers most digital art and collectibles. They are uniquely generated characters, and each one of them can be officially owned by a single person on the Ethereum blockchain. Originally, they could be claimed for free by anybody with an Ethereum wallet, but all 10,000 were quickly claimed. Now they must be purchased from someone via the marketplace that's also embedded in the blockchain. <https://www.larvalabs.com/cryptopunks> (Accessed: 21 March 2024).

[109] TAPSCOTT, Alex. *Digital Asset Revolution: The Rise of DeFi and the Reinvention of Financial Services*, Blockchain Research Institute, 2021, p. 28.

[110] WANG, Dianwei/YAN, Xiaoge/ZHOU, Yang. «Research on Metaverse», *Op Cit.*, pp. 983-991.

[111] <https://help.twitter.com/en/using-twitter/twitter-blue> (Accessed: 21 March 2024).

[112] This is better categorized as pseudo-anonymity as of today. Further explained in: ARISMENDY MENGUAL, Lorena María. «Desafíos Jurídicos del Metaverso: Protección de Datos, Propiedad Intelectual y Responsabilidad Civil», *Op Cit*, pp. 89-91.

[113] LEE, Lik-Hang, et al. «All one needs to know about metaverse», *Op Cit,* p. 37; NAIR, Vivek/MUNILLA GARRIDO, Gonzalo/SONG, Dawn. «Going Incognito in the Metaverse», *arXiv preprint arXiv:2208.05604*, 2022; BLACK, Damien.

As explained above, while Metaverse users could theoretically own just one avatar and use it across platforms to uniquely identify themselves in different *digital worlds* in accordance with the touted Metaverse's interoperability, this outcome improbable since each centralized platform will most likely prefer to offer their own version of an avatar to its users, and might not allow them to migrate through, either due to not being *currently* interoperable or due to competitive issues[114]. But as Belk and others have pointed out, that's what they said when railroads began with different gauge tracks and power sources[115].

The aforementioned poses a further difficulty: the discussion regarding digital property is far from settled, despite the widespread acknowledgment that virtual property holds tangible value in the real world, with many assets having clear exchange rates with *real-world* currencies in *real-world* markets. While property rights may indeed exist in virtual assets, the allocation of those rights will often depend on EULAs that delineate the terms of access and use of each virtual world hosted in the Metaverse[116]. This may lead to a shift away from Property Law and into the realm of Contract Law, which could be rather complicated in a *digital-reality* as large as the Metaverse[117].

6. Approaching further key inquiries

While not the primary focus of this study, a thorough Private Law-oriented analysis should also address topics such as damages incurred while using an avatar in the Metaverse as well as the potential grant of personality rights to avatars. These questions will be explored considering the findings from the initial issue of their legal classification.

6.1. Avatars and Personality Rights

As previously mentioned, the Metaverse offers an immersive experience primarily enabled by avatars, which serves as the visual representation in the digital realm. Avatars can manifest in

---

«Identity 3.0? How to guard privacy in the metaverse» <https://cybernews.com/privacy/identity-3-0-how-to-guard-privacy-in-the-metaverse/> (Accessed: 21 March 2024).

[114] KIONG, Liew. *Metaverse Made Easy: A Beginner's Guide to the Metaverse: Everything you need to know about Metaverse, NFT and GameFi*, Op. Cit., p. 25; BELK, Russell/HUMAYUN, Mariam/BROUARD, Myriam. «Money, possessions, and ownership in the Metaverse», *Op Cit,* p. 199; MARR, Bernard. «Metaverse versus Multiverse: What's the Difference», Bernard Marr & Co., November 26, 2021, <https://bernardmarr.com/metaverse-vs-multiverse-whats-the-difference/> (Accessed: 21 March 2024).

[115] BELK, Russell/HUMAYUN, Mariam/BROUARD, Myriam. «Money, possessions, and ownership in the Metaverse: NFTs, cryptocurrencies, Web3 and Wild Markets», *Op Cit,* p. 199; Also: SIMCOE, Timothy/WATSON, Jeremy. «Forking, fragmentation, and splintering», *Boston University Questrom School of Business,* no. 2862234, 2019, pp. 283-297.

[116] It should be noted that EULAs are usually one-sided, raising significant doubts about relying solely on Contract Law for all regulatory matters.

[117] LASTOWKA, Gregory/HUNTER, Dan. «The laws of the virtual worlds», *Op Cit,* p. 50; Dong quite rightly highlights the overall insufficiency of Contract Law as follows: "The argument for contract law fails for two main reasons. First, it takes an overly narrow view by focusing on video games and how property law may ruin those systems. (...), more and more of our traditional services and property can now be found through cyberspace. We may be reluctant to have property law govern an in-game sword or castle, but we may not have the same reluctance in regards to our Kindle books, Google Play movies, or iTunes songs. Second, Cifrino and other contract law proponents place too much trust in market pressures providing more favorable EULAs". DONG, Kevin. «Developing digital property law regime», *Cornell Law Review*, vol. 105, no. 6, 2020, pp. 1753-1754; Offering a nonetheless compelling case for Contract Law: CIFRINO, Christopher. «Virtual property, virtual rights: Why contract law, not property law, must be the governing paradigm in the law of virtual worlds», *BCL Rev.*, vol. 55, no. 1, 2014, p. 235.

various forms, such as three-dimensional, two-dimensional, anthropomorphic, or non-anthropomorphic, and they may or may not resemble their *controllers*. The range of customization options is usually extensive. In online virtual worlds, users utilize the visible aspect of their avatar to express their individuality and as a reflection of the free development of their personality, allowing them to navigate as a single avatar or multiple avatars, according to their preferences as well as each platform's restrictions.

Can avatars' rights be subject to legal protection from unlawful interferences with their personality, *e.g.,* from the infringement of an alleged *right of publicity*?[118]. To further assess this academic inquiry, the legal personhood of avatars must be acknowledged, as a logical prerequisite.

However, in light of the discussion above, it is herein considered that academic efforts are currently better oriented towards exploring and addressing the legal implications arising from situations where an avatar is used to misappropriate another individual's image, *e.g.,* the unauthorized use of the image of a celebrity as one's avatar for commercial exploitation, whereas liability is based not on misrepresentation leading to consumer confusion or deception, but on the misappropriation of the commercial value of a person's identity[119]. These scenarios often raise critical questions regarding the right of publicity and IP rights of existing persons, making them a focal point for very scarce scholarly investigation and analysis. Can these be asserted upon the use of avatars in metaverse digital platforms? It should be useful to consider *Hart v. Electronic Arts, Inc.* (2013) in the United States, in which the avatar of a football player, that accurately matched his physical and biographical attributes was used in a sports videogame; Hart filed a lawsuit against Electronic Arts, arguing the violation of his right of publicity by using his likeness in the videogame's series. The district court dismissed the case, citing freedom of expression (First Amendment) protection. However, the Third Circuit Court of Appeals overturned this decision; they argued that the video games did not alter Hart's identity enough to avoid the right of publicity claim, thereby protecting the plaintiff's right[120]. This means that while metaverse controllers or users may have the right to create and express themselves in the Metaverse, any person's right to control the commercial use of their own image, likeness, or identity in online virtual platforms should be deemed more deserving of protection.

On the other hand, most legal scholars certainly agree that currently existing copyright law sufficiently protects IP rights holders under EU Directive 2001/29/EC[121], as well as under the United States Digital Millennium Copyright Act[122]. Thus, IP rights holders mostly have the right to enforce their rights in the *real world* as well as in the Metaverse and seek damages for any harm caused by an infringement[123]. Moreover, should an avatar be considered a protected *creation* on

---

[118] As set out in Spanish Organic Law 1/1982, of 5 May 1982, on the civil protection of the right to honour, to personal and family privacy and to one's own image. Under Spanish Law, the common law originated term *right of publicity* (which stands for Personality Rights in the U.S.) is accepted, *cfr.* STS 30-11-2011, RJ 2012/1638.

[119] BEVERLEY-SMITH, Huw/OHLY, Ansgar/LUCAS-SCHLOETTER, Agnes. *Privacy, Property and Personality Civil Law Perspectives on Commercial Appropriation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 7.

[120] *Hart v. Electronic Arts, Inc.*, No. 11-3750 (3d Cir. 2013).

[121] Directive of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society.

[122] As well as the Copyright Act of, 1976, and § 17 of the United States Code.

[123] EUROPEAN INNOVATION COUNCIL AND SMES EXECUTIVE AGENCY. *Intellectual Property in the Metaverse. Episode IV: Copyright* <https://intellectual-property-helpdesk.ec.europa.eu/news-events/news/intellectual-property-

its own? If an avatar created by a metaverse user displays creativity, such as a unique and distinctive appearance, that meets the criteria for originality, (as long as the metaverse platform has not reserved rights over the creation through their EULAs), it would likely meet the threshold for copyright protection. Similarly, if an avatar is used to represent a specific source of goods or services, it may qualify for Trademark protection[124]. These considerations are consistent with established legal principles governing IP rights in digital creations and are illustratively exemplified by the recent Chinese *Ada* case referenced below[125].

6.2. An avatar oriented Metaverse Tort Law

A future Metaverse Tort Law is likely to revolve around avatars as a pivotal component of the online immersive experience. The legal status of avatars will play a crucial role in addressing pressing questions: if avatars are granted legal personhood due to their distinct representation of users, they could be directly liable. Alternatively, users might also face vicarious liability for actions carried out by their avatars. In the absence of legal personhood for avatars, various legal regimes can be considered, including liability for damages caused by objects or product liability laws. This underscores the complex legal landscape that will need to be navigated in the evolving digital world of the Metaverse[126].

In this regard, Carrasco Perera and Álvarez López appropriately emphasize that the legal relevance of torts in the Metaverse must occur in what we perceive as the physical world in order to warrant a compensation claim[127]. Under this perspective, civil liability for damages in the Metaverse, as well as in metaverses, according to the Law as it stands, will only apply if a natural or legal person experiences harms in the physical world. In the present state of affairs this idea can hardly be disputed and is our necessary starting point.

For instance, as the digital reality operates within a sphere where only reproductions of our physical reality are made in the digital environment (digital twins), it is worthwhile to inquire about the direct translation of legal rules from the real world to online virtual worlds[128]. One paradigmatic illustration of a direct translation of damages that can arise in the Metaverse, yet are reflected in the physical world, involves the issue of moral damages (*e.g.,* mental distress) caused to a user by harmful acts perpetrated by another user through their own avatar. These actions may result in compensable harm according to our existing laws. As mentioned above, the avatar is not just means by which users may express their individuality, but they may also develop emotional attachment for their avatars which is heightened in online virtual worlds by the

---

metaverse-episode-iv-copyright-2022-06-30_en> (Accessed: 25 March 2024); Also: ARISMENDY MENGUAL, Lorena María. «Desafíos Jurídicos del Metaverso: Protección de Datos, Propiedad Intelectual y Responsabilidad Civil», *Op Cit,* pp. 82-87.

[124] *Cfr.* the fundamentally similar MetaBirkins case (mainly on Trademark protection) which highlights current laws applicability in the Metaverse in regards of IP rights protection. *Hermès International, et al. v. Mason Rothschild* (2023), 1:22-cv-00384 (SDNY).

[125] *Vid. infra* note 136.

[126] The author will address the aforementioned issues along with other pressing matters in an upcoming publication, notwithstanding a necessary assessment herein.

[127] CARRASCO PERERA, Ángel/ÁLVAREZ LÓPEZ, Carlos. «Operadores y responsabilidad civil en el metaverso», *Publicaciones GA_P*, 2022, p. 4.

[128] The other end of the continuum being the co-existence of physical-virtual reality or namely the *surreality*. The idea originated from the Milgram and Kishino's Reality-Virtuality Continuum. Further explained and revised in: LEE, Lik-Hang, et al. «All one needs to know about metaverse», *Op Cit*, pp. 2-40.

immersive technologies used while navigating the Metaverse[129]. Wolfendale argues that this attachment to avatars sets the basis of potential moral prejudice against users, thus, the author proposes the acknowledgment of a parallel standard with other socially accepted attachments, such as those to physical objects, people, or ideas[130]. In the absence of studies offering more definitive conclusions, the need to take into account an imminent change in the way reality is perceived, which should also be relevant for the law, especially insofar as damage may be caused to others that needs to be redressed, is emphasized.

These arguments are yet to be considered by Courts of Law[131], although the recent Ada case ongoing in China could potentially set a considerable a milestone in this regard as yet another illustrative example of actionable damages taking place in online virtual worlds via avatar use. Recently, the Chinese Hangzhou Internet first-instance Court ruled an avatar related affair; *Mofa* (魔珐公司诉称) –a Chinese company–, created, developed, and launched *Ada*, an AI powered, hyper-realistic, human-resembling digital avatar in 2019, and publicly released a couple of videos featuring their avatar in Bilibili (a popular video hosting platform)[132]. The defendant, another tech company by the name of *Sihai Optical Fiber Network Co., Ltd* (杭州四海光纤网络有限公司) based in Hangzhou, distributed the videos in their Douyin account[133], and by doing so, allegedly infringed the copyright of Mofa's earlier released videos[134]. The defendant, in turn, argued that Mofa was not, in fact, the IP right holder for the Ada related content. Many interesting aspects aside, it is certainly noteworthy that, for the first time, a Court of Law judged the issue of whether digital avatars are directly entitled to copyright and/or related rights protection. According to China's legal framework, the Court specially pondered that a digital avatar like Ada operates under human control, is guided by preset algorithms, and supported by various aiding technologies such as AI animation, intelligent modeling and binding technology, motion capture –based on an performer's movements–, speech synthesis technology, among others. Due to its characteristics, which are close to a *weak AI (*弱人工智能*)*[135], the Court concluded that Ada cannot legally be considered the author or IP right holder. Instead, Mofa was recognized as the intellectual property rights holder of the videos that wrongfully appropriate Ada's image[136].

---

[129] This perspective is supported by numerous sociological and non-legally focused studies that date back to the early 2000, when *Second Life* and other virtual worlds became popular, *e.g., vid.* TAYLOR, T. L. «Living digitally: Embodiment in virtual worlds». In SCHROEDER, Ralph. (Ed.) *The Social Life of Avatars: Presence and Interaction in Shared Virtual Environments,* Springer, London, 2002, pp. 40-62. According to Taylor, users experience a sense of reality and immersion in virtual worlds by embodying an avatar, akin to the role of the body in social interactions that aid in establishing identity. She also discovered that some individuals identify more with their digital avatar than with their physical body.

[130] WOLFENDALE, Jessica. «My avatar, my self: Virtual harm and attachment», *Ethics and Information Technology*, vol. 9, 2007, pp. 111–119.

[131] Criminal offences are hereby excluded.

[132] <https://www.bilibili.com/> (Accessed: 25 March 2024).

[133] <https://www.douyin.com/> (Accessed: 25 March 2024).

[134] Other charges, not evaluated herein, include an unfair competition as well as a false advertising claim.

[135] The chosen term entails that AI equipped entities cannot recognize and/or control computer programs by themselves, as opposed to *strong AI* that may have such capabilities.

[136] Mofa was awarded compensation of 120,000 yuan for the infringement, which is approximately 15,000 euros; Hangzhou Internet Court (2022) Zhejiang 0192 Minchu No. 9983, Civil Judgement (浙0192民初9983号民事判决书), and Hangzhou Intermediate People's Court (2023) Zhejiang 01 Minzhong No. 4722, Civil judgement (浙01民终4722号民事判决书).

Assessing the Ada case under EU law suggests that the rationale used to reach a suitable response could align with the upcoming AI Act, once again, drawing a parallel with the advancement of AI. Said EU Regulation adopts a *risk-based* approach, classifying AI systems grounded on the risk they pose to fundamental rights. This categorization includes *unacceptable* risk systems (prohibited), *high-risk* systems (authorized but subject to stringent requirements and certifications to access the EU market under a premarket conformity regime), *limited risk* systems (subject to minimal transparency obligations like codes of conduct), and *low or minimal* risk systems. An appropriate regulatory regime for avatars could also be assessed by identifying the level of risk associated with their use; this could entail evaluating whether avatars fall under limited risk systems, such as those AI equipped avatars interacting with humans like chatbots, or if they pose a lower level of risk, with the responsibility for any risk assumed entirely by their controller[137]. This analysis could facilitate the customization and introduction of legal provisions to address specific concerns or anticipated risks associated with avatar usage in the near future (whether as a unique form of identification or as means of participating in a given online virtual world), thereby enhancing regulatory effectiveness and responsiveness in the evolving digital landscape.

As of today, instances of avatar misuse are currently being addressed through the terms and conditions contained in EULAs. Online virtual platforms are unilaterally amending and modifying them, *e.g.*, to forbid avatars from interacting or getting too close from one another, thus avoiding alleged harms arising from some forms of unwanted interactions between avatars[138]. It is critical to ponder whether Contract Law alone should govern this –or other– issues and, if not, how should a legal regime be adequately articulated around them. This will likely become a task for the courts, initially leading to legal uncertainty for all parties involved.

Ultimately, the fact that an avatar may be directly liable for the damages (if acknowledged as a separate legal entity) raises an additional concern; whether it has the necessary funds to compensate the damaged party. This issue has been dealt with by legal experts in AI and, the most orthodox proposal considers an adaptation of the *peculium* of slaves in Roman Law; according to this legal figure, those without a legal personhood could have economic resources to respond to obligations owed to others without involving the patrimony of their master (the *Pater*)[139]. Analogously, Pagallo proposed a *digital peculium* for AI agents that seems applicable to avatars (AI equipped or otherwise) as well. As an added benefit, the adaptation of this approach only requires the recognition of a separate patrimony, without the necessity of granting legal personhood (either to AI agents or avatars) whatsoever, circumventing this particularly challenging task[140].

---

[137] ALFIERI, Costanza/CAROCCIA, Francesca/INVERARDI, Paola. «AI Act and Individual Rights: A Juridical and Technical Perspective», *IAIL@ HHAI*, 2022, pp. 1-13.

[138] Meta has advocated for the use of an *in-platform* tool called "Safe Zone". It is a safety feature introduced into Meta's Horizon Worlds, which imposes a virtual boundary that prevents avatars from coming within a set *digital* distance of each other. <https://lens.monash.edu/@politics-society/2022/07/22/1384871/sexual-assault-in-the-metaverse-theres-nothing-virtual-about-it> (Accessed: 21 March 2024).

[139] According to D. 15.1,5,4: "Peculium autem Tubero quidem sic definit, ut Celsus libro sexto Digestorum refert: quod servus domini permissu separatum a rationibus dominicis habet deducto indi, si quid domino debetur".

[140] GARCÍA TERUEL, Rosa María. «El Derecho de daños ante la inteligencia artificial y el machine learning: una aproximación desde las recomendaciones del Parlamento Europeo y del Grupo de Expertos de la Comisión

7. Final remarks

There are several ways in which Avatars can be used to support and enhance the experience of members of online communities, especially in the Metaverse. At the same time, there is a growing concern about the use of avatars and their potential to cause damages online. The use –and misuse– of avatars in the Metaverse and its online virtual platforms is not specifically covered by current regulations, which is why one can only recur to a feasible legal regime using existing legal standards. Roman Law provides a simple, yet useful approach: avatars can be considered as persons, or not; both views make some interesting and somewhat valid points. Various applicable rules and complex issues stemming from each point of view can be assessed through the perspective defended in this paper.

It would appear an avatar is currently better characterized as a "thing" rather than as a "person", but even though his conclusion may seem straightforward, it is not easy to disregard the fact that the immersive experience that avatars provide to their users adds a layer of complexity to their legal characterization in the *digital world* that extends beyond mere aesthetics and serves the purpose of granting individuals of a *real-like* digital presence which can sometimes be closely linked to emotions and the sense of identity or reputation of a real person in the physical world.

While agreeing with avatars being with a "thing", or "thing-like" assets, it is imperative to thoroughly mind the complexity of interests at stake, and how guidelines provided mostly by EULAs (which basically states autonomy of the will) must consider regulatory standards introduced by existing legislation that are arguably and indirectly relevant to the subject matter, namely: IP Law, Consumer Protection Law, Property Law and Contract Law.

Further research is necessary –and will be undertaken–, to appropriately address the issue of damages caused by avatars and their alleged personality rights, providing a thorough examination from a private law perspective.

8. References

ALFIERI, Costanza/CAROCCIA, Francesca/INVERARDI, Paola. «AI Act and Individual Rights: A Juridical and Technical Perspective», *IAIL@ HHAI*, 2022.

ARCHER, Margaret. «Considering AI personhood». In AL-MOUNDI, Ismael/LAZEGA, Emmanuel (Eds.). *Post-human Institutions and Organizations*, Routledge, London, 2019.

ARISMENDY MENGUAL, Lorena María. «Desafíos Jurídicos del Metaverso: Protección de Datos, Propiedad Intelectual y Responsabilidad Civil», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, no. 80, 2023.

BARFIELD, Woodrow/WILLIAMS, Alexander. «Chapter 1: The law of virtual reality and increasingly smart virtual avatars». In BARFIELD, Woodrow/BLITZ, Marc. J. (Eds.), *Research Handbook on the Law of Virtual and Augmented Reality*, Edward Elgar, Cheltenham, 2018.

Europea». In ATAZ LÓPEZ, Joaquín (Coord.). *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en homenaje al profesor Dr. Roca Guillamón*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 1679-1722.

BAUER, Thomas/OLIVEIRA Pablo/KUHN, Thomas. «Towards architecting digital twin-pervaded systems», *Proceedings of the 7th International Workshop on Software Engineering for Systems-of-Systems and 13th Workshop on Distributed Software Development, Software Ecosystems and Systems-of-Systems, SESoS-WDES '19*, 2019.

BAYERN, Shawn, et al. «Company law and autonomous systems: a blueprint for lawyers, entrepreneurs, and regulators», *Hastings Science & Technology Law Journal*, vol. 9, no. 2, 2017.

BELK, Russell/HUMAYUN, Mariam/BROUARD, Myriam. «Money, possessions, and ownership in the Metaverse: NFTs, cryptocurrencies, Web3 and Wild Markets», *Journal of Business Research*, vol. 153, no. 4, 2022.

BEVERLEY-SMITH, Huw/OHLY, Ansgar/LUCAS-SCHLOETTER, Agnes. *Privacy, Property and Personality Civil Law Perspectives on Commercial Appropriation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

BLACK, Damien. «Identity 3.0? How to guard privacy in the metaverse», https://cybernews.com/privacy/identity-3-0-how-to-guard-privacy-in-the-metaverse/

BODÓ, Balázs/GIANNOPOULOU, Alexandra/QUINTAIS, João Pedro, et Al. «The Rise of NFTs: These Aren't the Droids You're Looking For». *European Intellectual Property Review*, vol. 44, no. 5, 2022.

BROWN, Elaine/GORDON, Marie/HOBBS, Mike. «Second Life as a holistic learning environment for problem-based learning and transferable skills», *ReLIVE 08. Proceedings of Researching Learning in Virtual Environments International Conference*, 2008.

BRYSON, Joanna/DIAMANTIS, Mihailis/GRANT, Thomas. «Of, for, and by the people: the legal lacuna of synthetic persons», *Artificial Intelligence and Law*, vol. 25, no. 3, 2017.

BUTERIN, Vitálik. «A next-generation smart contract and decentralized application platform», vol. 3, no. 37, 2013.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio. «La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, vol. 11, 2014.

CARRASCO PERERA, Ángel/ÁLVAREZ LÓPEZ, Carlos. «Operadores y responsabilidad civil en el metaverso», *Publicaciones GA_P*, 2022.

CHEONG, Ben Chester. «Avatars in the metaverse: potential legal issues and remedies», *International Cybersecurity Law Review*, vol. 3, 2022

CIFRINO, Christopher. «Virtual property, virtual rights: Why contract law, not property law, must be the governing paradigm in the law of virtual worlds», *Boston College Law Review*, vol. 55, no. 1, 2014.

DARLING, Kate. «Extending Legal Protection to Social Robots: The Effects of Anthropomorphism, Empathy, and Violent Behavior Towards Robotic Objects», *Robot Law*, 2012.

DE BACK, Tycho/TINGA, Angelica M./LOUWERSE, Max. «Learning in immersed collaborative virtual environments: design and implementation», *Interactive Learning Environments*, vol. 31, no. 8, 2021.

DE BRITO SILVA, Marianny Jessica/DE OLIVEIRA RAMOS DELFINO, Lorena/ALVES CERQUEIRA, Kaetana, et al. «Avatar Marketing: A Study On The Engagement And Authenticity Of Virtual Influencers On Instagram», *Social Network Analysis And Mining,* vol. 12, no. 130, 2022.

DIONISIO, John David/BURNS, William G./GILBERT, Richard. «3D virtual worlds and the metaverse: Current status and future possibilities». *Association for Computer Machinery (ACM) Computing Surveys (CSUR)*, vol. 45, no. 3, 2013.

DONG, Kevin. «Developing digital property law regime», *Cornell Law Review*, vol. 105, no. 6, 2020.

DUAN, Haihan, et al. «Metaverse for social good: A university campus prototype», *Proceedings of the 29th Association for Computer Machinery (ACM) International Conference on Multimedia*, 2021.

EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL FOR JUSTICE AND CONSUMERS. *Liability for artificial intelligence and other emerging digital technologies*, Publications Office, 2019.

FRANKS, Mary Anne. «Unwilling avatars: Idealism and discrimination in cyberspace», *Columbia. Journal of Gender & Law*, vol. 20, 2011.

GADEKALLU, Thippa Reddy, et al. «Blockchain for the Metaverse: A Review», *arXiv preprint arXiv:2203.09738*, 2022.

GARCÍA RUBIO, María Paz. «Non Conformity of Goods and Digital Content and its Remedies». PLAZA PENADÉS, Javier/MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz M. (Eds.). *European Perspectives on the Common European Sales Law Studies in European Economic Law and Regulation*, Springer, New York, 2015.

GARCÍA TERUEL, Rosa María. «El Derecho de daños ante la inteligencia artificial y el machine learning: una aproximación desde las recomendaciones del Parlamento Europeo y del Grupo de Expertos de la Comisión Europea». In ATAZ LÓPEZ, Joaquín (Coord.). *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en homenaje al profesor Dr. Roca Guillamón*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.

GHELANI, Diptiben. «What is Non-fungible token (NFT)? A short discussion about NFT Terms used in NFT», *Authorea Preprints*, 2022.

GONZALEZ-FRANCO, Mar/PECK, Tabitha C. «Avatar embodiment. towards a standardized questionnaire», *Frontiers in Robotics and AI*, vol. 5, 2018.

GORDON, John-Stewart. «Artificial moral and legal personhood», *AI & Society*, vol. 36, no. 2, 2021.

HACKL, Cathy/LUETH, Dirk/DI BARTOLO, Tommaso, et Al. *Navigating the Metaverse A Guide To Limitless Possibilities In A Web 3.0 World,* John Wiley & Sons, Inc., Newark, 2022.

HELBERGER, Natali/LOOS, Marco/GUIBAULT, Lucie, et Al. «Digital content contracts for consumers», *Journal of Consumer Policy*, vol. 36, no. 1, 2013.

HILDEBRANDT, Mireille. «Legal personhood for AI», *Law for Computer Scientists and Other Folk,* 2019.

HUO, Ru, et al. «A comprehensive survey on blockchain in industrial internet of things: Motivations, research progresses, and future challenges», *IEEE Communications Surveys & Tutorials*, 2022.

JEON, Hyun-Joo, et Al. «Blockchain and AI meet in the metaverse». In FERNÁNDEZ-CARAMÉS, Tiago/FRAGA LAMAS, Paula. (Eds.), *Advances in the Convergence of Blockchain and Artificial Intelligenc*e, IntechOpen, London, 2022.

JIAN, Xin/LENG, Pengcheng/WANG, Yanfeng, et al. «Blockchain-empowered trusted networking for unmanned aerial vehicles in the B5G era», *IEEE Network*, vol. 35, no. 1, 2021.

KAPLAN, Andreas M./HAENLEIN, Michael. «The fairyland of Second Life: Virtual social worlds and how to use them», *Business horizons,* vol. 52, no. 6, 2009.

KARNOW, Cea. «Liability for distributed artificial intelligences», *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 11, no. 1, 1996.

KEMP, Jeremy William/LIVINGSTONE, Daniel. «Putting a Second Life "metaverse" skin on learning management systems». In KEMP, Jeremy William/LIVINGSTONE, Daniel (Eds). *Proceedings of the Second Life education workshop at the Second Life community convention*, University of Paisley, Paisley, 2006.

KIONG, Liew. *Metaverse Made Easy: A Beginner's Guide to the Metaverse: Everything you need to know about Metaverse, NFT and GameFi*, Liew Voon Kiong, 2022.

KSHETRI, Nir. «Policy, Ethical, Social, and Environmental Considerations of Web3 and the Metaverse», *IT Professional*, vol. 24, no. 3, 2022.

KURKI, Visa. *A Theory of Legal Personhood* (Oxford, 2019; online ed, Oxford Academic), 2019.

LANGENDERFER, Jeff. «End-User License Agreements: A New Era of Intellectual Property Control», Journal of Public Policy & Marketing, vol. 28, no. 2, 2009.

LASTIRI SANTIAGO, Mónica. «Los desafíos del Derecho de marcas en los mundos virtuales como el Second Life», *Revista de la contratación electrónica,* vol. 98, no. 11, 2008.

LASTOWKA, Gregory/HUNTER, Dan. «The laws of the virtual worlds», *California Law Review,* vol. 92, no. 1, 2004.

LAUKYTE, Migle. «AI as a Legal Person». *ICAIL '19. Proceedings of the Seventeenth International Conference on Artificial Intelligence and Law*, 2019.

LEE, Lik-Hang, et al. «All one needs to know about metaverse: A complete survey on technological singularity, virtual ecosystem, and research agenda». *Journal Of Latex Class File, arXiv preprint arXiv:2110.05352*, 2021.

LOCHTEFELD, James G. «Avatar». In *The illustrated encyclopedia of Hinduism*, vol. 1, Rosen Publishing, 2001.

MARR, Bernard. «Metaverse versus Multiverse: What's the Difference», Bernard Marr & Co., November 26, 2021, <https://bernardmarr.com/metaverse-vs-multiverse-whats-the-difference/>

MERRICK, Robert/RYAN, Suzanne. *Data Privacy Governance In The Age Of Gdpr, Risk and Insurance Management Society*, t. 66, no. 3, New York, 2019.

MORABITO, Margaret. «Enter the On-line World of Lucasfilm», *Run,* 1986.

NAIR, Vivek/MUNILLA GARRIDO, Gonzalo/SONG, Dawn. «Going Incognito in the Metaverse». *arXiv preprint arXiv:2208.05604*, 2022.

NAKAMOTO, Satoshi. «Bitcoin: A peer-to-peer electronic cash system», *Decentralized Business Review*, 2008.

NASEH, Morteza. «Person and Personality in Cyber Space: A Legal Analysis of Virtual Identity», *Masaryk University Journal of Law and Technology*, vol. 10, no. 1, 2016.

NING, Huansheng, et al. «A Survey on Metaverse: The State-of-the-art, Technologies, Applications, and Challenges», *arXiv preprint arXiv:2111.09673*, 2021.

NOVELLI, Claudio. «Legal personhood for the integration of AI systems in the social context: a study hypothesis», *AI & Society,* vol. 38, 2023.

NOVELLI, Claudio/BONGIOVANNI, Giorgio/SARTOR, Giovanni. «A conceptual framework for legal personality and its application to AI», *Jurisprudence*, vol. 13, no. 2, 2022.

OPRYSK, Liliia. «Digital Consumer Contract Law without Prejudice to Copyright: EU Digital Content Directive, Reasonable Consumer Expectations and Competition». *GRUR International*, vol. 70, no. 10, 2021.

PAGALLO, Ugo. «Killers, fridges, and slaves: a legal journey in robotics», *AI & Society*, vol. 26, no. 4, 2011.

PAGALLO, Ugo. «Apples, oranges, robots: four misunderstandings in today's debate on the legal status of AI systems», *Philosophical Transactions of the Royal Society A: Mathematical, Physical and Engineering Sciences*, vol. 376, no. 2133, 2018.

PARK, Sang-Min/KIM, Young-Gab. «A Metaverse: Taxonomy, components, applications, and open challenges», *IEEE Access*, 2022, vol. 10, no. 4216, 2022.

RIJMENAM, Mark Van. *Step into the Metaverse: How the Immersive Internet Will Unlock a Trillion-Dollar Social Economy,* Wiley, New Jersey, 2022.

ROMERO UGARTE, José Luis. «Tecnología de registros distribuidos (DLT): una introducción», *Boletín económico/Banco de España [Artículos],* no. 4, 2018.

ROSPIGLIOSI, Pericles. «Metaverse or Simulacra? Roblox, Minecraft, Meta and the turn to virtual reality for education, socialisation and work», *Interactive Learning Environments*, vol. 30*,* no. 1, 2022.

RUDDEN, Bernard. «Things as thing and things as wealth», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 14, no. 1, 1994.

SANTOS MORÓN, María José. «Régimen de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos», OLMO GARCÍA, Pedro Del/SOLER PRESAS, Ana. *Prácticum de Daños 2019*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019.

SCHOVSBO, Jens. «Integrating consumer rights into copyright law: From a European perspective», *Journal of Consumer Policy*, vol. 31, 2008.

SIMCOE, Timothy/WATSON, Jeremy. «Forking, fragmentation, and splintering», *Boston University Questrom School of Business,* no. 2862234, 2019.

SJAROV, Martin, et al. (2020). «The digital twin concept in industry–a review and systematization», *2020 25th IEEE International Conference on Emerging Technologies and Factory Automation (ETFA)*, 2020.

SPARKLES, Matthew. «What is a Metaverse», *New Scientist*, vol. 251, no. 3348, 2021.

SPINDLER, Gerald. «Digital content directive and copyright-related aspects», *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, vol. 12, no. 2, 2021.

STEPHENSON, Neal. *Snow Crash*, Bantam Spectra, New York, 1992.

TAPSCOTT, Alex. *Digital Asset Revolution: The Rise of DeFi and the Reinvention of Financial Services*, Blockchain Research Institute, 2021.

TAYLOR, T. L. «Living digitally: Embodiment in virtual worlds». In SCHROEDER, Ralph. (Ed.) *The Social Life of Avatars: Presence and Interaction in Shared Virtual Environments,* Springer, London, 2002.

THOMSEN, Søren Eller/SPITTERS, Bas. «Formalizing Nakamoto-Style Proof of Stake», *2021 IEEE 34th Computer Security Foundations Symposium (CSF)*, 2021.

TRAHAN, John R. «The Distinction between Persons and Things: An Historical Perspective», *Journal of Civil Law Studies*, vol. 1, no. 1, 2008.

TRUBY, Jon/BROWN, Rafael/DAHDAL, Andrew. «Banking on AI: Mandating a Proactive Approach to AI Regulation in the Financial Sector», *Law and Financial Markets Review*, vol. 14, no. 2, 2020.

WAGNER, Gerhard. «Robot, Inc.: Personhood for Autonomous Systems?», *Fordham Law Review*, vol. 88, no. 2, 2019.

WANG, Dianwei/YAN, Xiaoge/ZHOU, Yang. «Research on Metaverse: Concept, development and standard system», *IEEE 2021 2nd International Conference on Electronics, Communications and Information Technology (CECIT)*, 2021.

WOLFENDALE, Jessica. «My avatar, my self: Virtual harm and attachment», *Ethics and Information Technology*, vol. 9, 2007.

YANG, Kedi, et al. «A Secure Authentication Framework to Guarantee the Traceability of Avatars in Metaverse», *arXiv:2209.08893*, 2022.

ZARIR, Abdullah/OLIVA, Gustavo/JIANG, Zhen/HASSAN, Ahmed. «Developing cost-effective blockchain-powered applications: A case study of the gas usage of smart contract transactions in the Ethereum blockchain platform», *Association for Computer Machinery (ACM) Transactions on Software Engineering and Methodology (TOSEM)*, vol. 30, no. 3, 2021.

InDret

2.2024

Óscar Conesa Caballero
Uría Menéndez
-

El encaje contractual de la cesión de datos de carácter personal

A propósito de la directiva 2019/770 sobre contratos de suministro de contenidos y servicios digitales

Sumario

-

La Directiva (UE) 2019/770 introduce en el Derecho comunitario la posibilidad de ceder datos personales como contraprestación por el suministro de contenidos o servicios digitales, lo que implica el reto de compatibilizar la normativa reguladora del derecho a la protección de datos y el derecho contractual, partiendo de la preminencia de la primera. En este sentido, el conflicto entre ambas disciplinas se revela fundamentalmente en dos aspectos: (i) la viabilidad de sostener la existencia misma de un contrato en el que la cesión de datos actúa como contraprestación y (ii) la influencia de la normativa de protección de datos sobre la perfección y las formas de extinción del contrato, así como el destino de los datos de carácter personal tras la revocación del consentimiento o la extinción del contrato.

Abstract

-

Directive (EU) 2019/770 introduces the possibility of transferring personal data as counter-performance for the provision of digital content or services into the European Union law, which implies the challenge of making the regulations governing the right to data protection and contract law compatible, based on the pre-eminence of the former. In this regard, the conflict between both disciplines is fundamentally revealed in two aspects: (i) the viability of sustaining the very existence of a contract in which the transfer of data acts as counter-performance and (ii) the influence of data protection regulations on the perfection and the forms of termination of the contract, as well as the destination of personal data after the revocation of consent or the termination of the contract.

Title: *The contractual framework for the transfer of personal data: Directive 2019/770 on contracts for the provision of digital content and services*

-

Palabras clave: Contratos, datos de carácter personal, contenido digital, servicio digital, contraprestación, consentimiento.
Keywords**:** *Contracts, personal data, digital content, digital service, counter-performance, consent.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2024.i2.04

InDret

2.2024

Recepción
27/02/2024
-
Aceptación
09/04/2024
-

Índice

-

1. Marco legislativo
1.1. Régimen legal del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales
1.2. El derecho a la protección de datos de carácter personal
2. La cesión de datos personales como contraprestación
2.1. El valor económico de los datos personales y su disponibilidad
2.2. Los supuestos excluidos de la aplicación de la Directiva 770/2019
2.3. Calificación jurídica
3. Incidencia de la normativa de protección de datos personales sobre la vida del contrato
3.1. Información precontractual y validez del consentimiento
a. Información precontractual
b. La validez del consentimiento contractual
3.2. Algunas cuestiones relativas a la extinción del contrato
a. El derecho de desistimiento
b. La revocación del consentimiento y el destino de los datos
c. Resolución del contrato
4. Conclusiones
5. Bibliografía

-

1. Marco legislativo

1.1. Régimen legal del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales

La Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (en adelante, «DCSD») nace con el propósito de introducir, en el ámbito de la legislación de consumo, una protección adaptada a las particularidades que presentan determinados bienes y servicios que se suministran, normalmente, a través de internet: los denominados «contenidos y servicios digitales».

La DCSD define como contenido digital «los datos producidos y suministrados en formato digital»; mientras que se entenderá por servicio digital, alternativamente, (i) «un servicio que permite al consumidor crear, tratar, almacenar o consultar datos en formato digital» o (ii) «un servicio que permite compartir datos en formato digital cargados o creados por el consumidor u otros usuarios de ese servicio, o interactuar de cualquier otra forma con dichos datos». A efectos ilustrativos, el considerando 19 de la Directiva recoge las siguientes categorías de contenidos y servicios digitales:

> La presente Directiva debe aplicarse, entre otras cosas, a programas informáticos, aplicaciones, archivos de vídeo, archivos de audio, archivos de música, juegos digitales, libros electrónicos u otras publicaciones electrónicas, así como a servicios digitales que permitan la creación, el tratamiento, el acceso o el almacenamiento de datos en formato digital, incluido el programa (software) como servicio, tales como el intercambio de vídeos y audio y otro tipo de alojamiento de archivos, el tratamiento de textos o los juegos que se ofrezcan en el entorno de computación en nube y las redes sociales. [...] No obstante, la presente Directiva no se debe aplicar a los servicios de acceso a internet.

Además, en consonancia con la amplia definición y la diversidad de los bienes y servicios que entran en el ámbito de aplicación de la Directiva, en el mismo párrafo se enuncia la indiferencia del instrumento empleado para facilitar el acceso a éstos, ya sea la transmisión en un soporte material, la descarga en un dispositivo, el acceso al uso de redes sociales o cualquier otro.

De acuerdo con lo anterior, el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales quedaría definido, de acuerdo con el artículo 3.1 de la Directiva, como «todo contrato en virtud del cual el empresario suministra o se compromete a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor y este paga o se compromete a pagar un precio».

Una de las principales novedades que introduce la Directiva se añade en el segundo párrafo del artículo citado, que completa la definición antes dada en los siguientes términos: «la presente Directiva también se aplicará cuando el empresario suministre o se comprometa a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor y este facilite o se comprometa a facilitar datos personales al empresario».

De esta manera, la DCSD (junto con su norma de transposición en nuestro derecho nacional, el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril) da entrada a nuestro ordenamiento jurídico a aquellos contratos[1], muy extendidos en los tiempos actuales, en los que el empresario se compromete a realizar una prestación a condición de que el consumidor ceda al mismo determinados datos de

[1] Sin perjuicio del empleo del término «contrato» a lo largo del trabajo para hacer referencia a esta figura, la calificación jurídica que se le deba atribuir (especialmente por lo que se refiere a la existencia de un vínculo contractual) resulta discutible, como se defenderá *infra* apartado 2.3.

carácter personal. Un ejemplo lo constituiría el de una red social que exige al usuario ceder[2] o permitir la recopilación de datos como su nombre completo, dirección de correo electrónico, el historial de búsqueda dentro de la red social o la localización desde la cual el consumidor hace uso de la aplicación, siempre que tales datos se vayan a emplear para fines distintos de los estrictamente necesarios para el funcionamiento de dicha red social o para cumplir obligaciones legales.

Se trata de una novedad a resaltar respecto al régimen anterior, teniendo en cuenta que tanto la Directiva 2011/83[3] (que introdujo el contrato de suministro de contenidos digitales en nuestro sistema) como su norma de trasposición[4] guardaron silencio acerca de la aplicación de este régimen de protección del consumidor a los contratos gratuitos. Esto generó dudas acerca de si los contratos «gratuitos» –de ser considerados así– en los que se condicionaba la ejecución del contrato a la cesión de datos personales del consumidor quedaban sujetos a la norma[5].

Es cierto que, posteriormente, tales dudas fueron resueltas por la Comisión Europea en el sentido de entender aplicable la Directiva a los contratos sobre contenidos digitales, lo que se justificaba en que la definición de estos contratos –en sede de legislación comunitaria de consumo– no hacía referencia al pago de un precio por el consumidor, a diferencia de lo que sucedía con los contratos de compraventa y de prestación de servicios[6]. En cualquier caso, esta ampliación del ámbito de aplicación fue ciertamente limitada, pues la Comisión aclaraba inmediatamente que la Directiva no debía ser aplicada a los contenidos suministrados a través de internet sin la formalización de un contrato expreso[7].

---

[2] El uso de expresiones como facilitar, suministrar o ceder datos personales debe entenderse, en adelante, sin perder de vista que lo que técnicamente ocurre es la autorización por el consumidor del tratamiento legítimo de sus datos personales (*vid. infra* 2.1).

[3] 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 (en adelante, «Directiva 2011/83»).

[4] 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.

[5] En este sentido, y crítico con el supuesto carácter gratuito de estos contratos, CÁMARA LAPUENTE, «La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 11, 2014, pp. 79-167, en particular, pp. 103-105. «Por lo demás, en un concepto amplio de onerosidad, debe tenerse en consideración que muchos de los contratos sobre contenidos digitales que se presentan en apariencia *como gratuitos*, *no lo son propiamente*, pues el consumidor o usuario cede a cambio sus *datos personales*, permite la observación de su comportamiento e interacción con el contenido digital (v. gr., en versiones beta o de prueba), consiente en recibir determinadas comunicaciones comerciales, etc. Esos datos y consentimientos tienen igualmente un valor comercial, que se traduce incluso en un valor pecuniario al traficar con ellos» (la cursiva es del autor).

[6] Disponible en https://commission.europa.eu/system/files/2019-07/crd_guidance_en_0_updated_0.pdf (última consulta el 17/08/2023): «Furthermore, in view of the distinction drawn in recital 19, contracts for online digital content are subject to the Directive even if they do not involve the payment of a price by the consumer. Indeed, although the Directive, in Article 2(5) and (6), defines a 'sales contract' and a 'service contract' as contracts whereby the consumer pays or undertakes to pay a price, there is no provision regarding contracts for online digital content in the Directive that would make them subject to a similar requirement that the consumer pay a price».

[7] «Including contracts for free online digital content considerably expands the scope of application of the Directive. However, since the Directive applies to 'contracts concluded between consumers and traders' (Article 1), it should not apply to online digital content provided by means of broadcasting of information on the internet without the express conclusion of a contract. In itself, access to a website or a download from a website should not be considered a 'contract' for the purposes of the Directive». En contra de este criterio, *vid.* CÁMARA LAPUENTE, «La nueva protección del consumidor de contenidos digitales...», *op. cit.*, en particular, pp. 103-104.

De hecho, a la vista de lo anterior y de la exclusión de los contratos gratuitos del ámbito de aplicación de la DCSD (dado que solo resultará aplicable cuando el consumidor se comprometa a pagar un precio o ceder sus datos personales), es razonable pensar que esta interpretación de la Comisión Europea persiguiera evitar la desprotección del consumidor en los contratos por los que éste se comprometía a ceder sus datos personales a cambio de la prestación del empresario, al amparo de la regulación previa.

Finalmente, la Directiva 2019/2161 vino a modificar la Directiva 2011/83, con el fin de ampliar el ámbito de aplicación de la segunda a los contratos por los que suministran contenidos o servicios digitales a cambio de datos personales, de modo que se unificaba el ámbito de aplicación de la Directiva 2011/83 y la DCSD en este sentido[8].

En cualquier caso, la decisión de ampliar el ámbito de aplicación de la legislación de consumo a estos contratos resulta acertada en términos de protección del consumidor, si bien la articulación de estas reformas desde un punto de vista jurídico-técnico es ciertamente cuestionable, como se expondrá a lo largo del presente trabajo.

1.2. El derecho a la protección de datos de carácter personal

De conformidad con lo expuesto en el apartado anterior, la consideración y funcionamiento en el mercado de los datos como una mercancía[9] es una realidad reconocida por la DCSD, pero que lógicamente quedará limitada por la propia norma y, especialmente, por la normativa de protección de datos carácter personal.

La protección de los datos personales ha adquirido una importancia notable a nivel nacional e internacional y, particularmente, en la Unión Europea. En el ordenamiento español, el derecho a la protección de datos de carácter personal constituye un derecho fundamental reconocido en el artículo 18 de la Constitución Española, vinculado en nuestro sistema jurídico con el derecho a la intimidad personal y familiar; si bien debe señalarse que se le atribuye una cierta autonomía, como ha afirmado reiteradamente el Tribunal Constitucional[10].

Actualmente, el grueso de la normativa relativa a la protección de datos personales se encuentra en el Reglamento (UE) 2016/679, relativo a la protección de las personas físicas en lo

[8] Véase el considerando 32 de la Directiva 2019/2161: «debe garantizarse la coherencia entre el ámbito de aplicación de la Directiva 2011/83/UE y la Directiva (UE) 2019/770, que se aplica a los contratos de suministro de contenido digital o servicios digitales en virtud de los cuales el consumidor proporciona o se compromete a proporcionar datos personales al comerciante».

[9] Pese a que la categorización misma como «mercancía» es muy discutida, como se verá *infra*.

[10] Por todas, véase STC (Pleno) 292/2000, de 30 de noviembre (BOE núm. 4, de 4 de enero de 2001), F.J. 5º ss.: «en estas decisiones el Tribunal ya ha declarado que el art. 18.4 C.E. contiene, en los términos de la STC 254/1993, un instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor y del pleno disfrute de los restantes derechos de los ciudadanos que, además, es en sí mismo "un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama `la informática´", lo que se ha dado en llamar "libertad informática" (F.J. 6, reiterado luego en las SSTC 143/1994, F.J. 7, 11/1998, F.J. 4, 94/1998, F.J. 6, 202/1999, F.J. 2). La garantía de la vida privada de la persona y de su reputación poseen hoy una dimensión positiva que excede el ámbito propio del derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 C.E.), y que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona».

que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (en lo sucesivo, «RGPD»).

A su vez, esta norma se complementa en el Derecho español con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, «LOPD»).

Por supuesto, el RGPD resulta íntegramente aplicable a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, lo que hace previsible una colisión, en el marco del derecho europeo, entre dicha norma y la DCSD; e incluso entre el RGPD y el derecho civil (incluido el derecho de consumo) de los Estados miembros.

De la lectura de ambos textos legales se desprende que el cruce entre éstos es doble: por un lado, se encuentra la cuestión de si los datos pueden constituir contraprestación en el marco de un contrato (sea cual sea la calificación del mismo); y, por otro, deberá plantearse la incidencia de la normativa de protección de datos personales sobre la vida del mismo (v.gr. los deberes de información precontractual, el cumplimiento del contrato o la resolución y sus efectos).

En este sentido, si bien la DCSD trata de salvar las posibles contradicciones aclarando que «en caso de conflicto entre la presente Directiva y el Derecho de la Unión en materia de protección de datos personales, debe prevalecer el segundo» (considerando 37), la doctrina ha señalado la insuficiencia de tal declaración para disipar las dudas existentes en torno a estas cuestiones.

Precisamente, el objetivo de este estudio es exponer los problemas que se plantean a la luz de la reciente DCSD y del RGPD (supuesta la preminencia de este último) por lo que se refiere a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, en los casos en los que la prestación a cargo del consumidor la constituye exclusivamente la cesión de datos de carácter personal.

2. La cesión de datos personales como contraprestación

2.1. El valor económico de los datos personales y su disponibilidad

A la hora de plasmar la importancia de los datos en cifras económicas, deben advertirse las dificultades que se presentan al tratar de atribuirles un valor monetario, pues el rendimiento económico que proporcionan dependerá de la cantidad y calidad de los datos, así como de su procesamiento[11].

A efectos ilustrativos, y sin perjuicio de lo advertido en el párrafo anterior, la Comisión Europea[12] maneja, entre otras, las siguientes estimaciones para el año 2025: (i) un aumento del 530% en el volumen mundial de los datos respecto al año 2018, (ii) un valor de la economía de

[11] UNCTAD. *Informe sobre la economía digital 2021. Flujos de datos transfronterizos y desarrollo: Para quién fluyen los datos*, Ginebra, 2021. Disponible en: https://unctad.org/system/files/official-document/der2021_es_0.pdf (última consulta el 05/09/2023).

[12] Datos disponibles en https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/european-data-strategy_es (última consulta el 29/09/2023).

los datos de 829.000 millones de euros en la Unión Europea –frente a 301.000 millones en 2018–, y (iii) un total de 10,9 millones de profesionales de los datos también en la Unión, que en 2018 eran 5,7 millones.

Dejando a un lado esta realidad, el análisis de la disponibilidad de los datos personales parte de la consideración de éstos como un derecho fundamental y de la personalidad reconocido en el artículo 18 de la Constitución Española, lo cual, en opinión de algunos autores, implicaría su condición de *res extra commercium*[13]. A este obstáculo de carácter radical debe añadirse, además, el difícil encaje dogmático del reconocimiento de un derecho de propiedad sobre los mismos[14].

No obstante, el carácter de derecho fundamental de los datos y la dificultad de establecer un derecho de propiedad sobre ellos no debe constituir un obstáculo al reconocimiento de un margen de explotación de este derecho a limitar el acceso a los propios datos en su dimensión económica. A estos efectos, suele hacerse referencia al precedente que representan otros derechos relacionados con la intimidad personal y la propia imagen, a los que se suele atribuir una vertiente moral y otra vertiente o dimensión económica, distinguida de su faceta de derecho fundamental y respecto de la cual (ésta última) se atribuye un poder de mercantilización sujeto a ciertos límites, todo ello en aras de tutelar un interés económico legítimo de su titular[15].

De acuerdo con lo anterior, los datos personales no pueden ser considerados una contraprestación en sí mismos. Por el contrario, en esta clase de contratos la prestación a cargo del consumidor deberá identificarse con la autorización de su uso o tratamiento (conforme a lo que se expone a continuación), sin que esté claro que ello implique una atribución de propiedad sobre los datos a su titular, y mucho menos la existencia de un derecho real en favor de otro sujeto[16].

Debe advertirse al respecto que, pese a que de la literalidad de su denominación pudiera desprenderse otra cosa, el derecho a la protección de datos no constituye un mandato a las instituciones para proteger la privacidad de todo elemento al que pueda atribuirse la –amplia– categoría de dato personal; por el contrario, y de manera similar a lo que sucede con el derecho a la propia imagen, el derecho a la protección de datos significa la libertad de la persona para

[13] GARCÍA HERRERA, «El pago con datos personales. Incoherencias legislativas derivadas de la configuración de los datos como posible "contraprestación" en el suministro de contenidos y servicios digitales», *Actualidad Civil*, núm. 1, 2020, p. 6.

[14] Sobre esta cuestión, *vid.* PLANA ARNALDOS, «Los datos personales como contraprestación» en GONZÁLEZ PACANOWSKA (Coord.), *Protección de Datos Personales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 561-618, en particular pp. 570-573.

[15] MARTÍNEZ VELENCOSO/SANCHO LÓPEZ, «El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital. ¿Realmente es gratis la App?» *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 1, 2018, pp. 5-6; en el mismo sentido, examinando la evolución jurisprudencial del derecho a la protección de datos en conexión con el derecho a la intimidad, y haciendo referencia a esta dimensión «subjetiva», susceptible de disposición por el titular de los derechos, *vid*. POLO ROCA, «El derecho a la protección de datos personales y su reflejo en el consentimiento del interesado», *Revista de derecho político*, n.º 108, 2020, pp. 165-194, en especial pp. 170-179.

[16] Como se verá *infra*, resulta de hecho discutible que el contrato sea el paraguas adecuado para reconocer jurídicamente la posibilidad de dar un uso económico a los datos, al menos, de acuerdo con el vigente RGPD.

restringir o para autorizar, dentro de los límites de ejercicio del derecho, el tratamiento de sus datos personales[17].

Por este mismo motivo, resultaría más descriptivo emplear la –menos popular, aunque más precisa– denominación de «derecho a la autodeterminación informativa». Esta concepción del derecho a la protección de los datos de carácter personal es, precisamente, la que debería amparar la libertad del titular de los datos para autorizar el acceso a los mismos por terceros, proveyendo a éste de las garantías debidas y dentro de los límites razonables que al respecto se considere oportuno establecer.

Las instituciones europeas no parecen admitir claramente la disponibilidad de los datos personales en su dimensión económica o subjetiva. Basta advertir la intencionada elusión del término «contraprestación» o el rechazo expreso que se recoge al respecto en el considerando 24 de la DCSD: «al tiempo que reconoce plenamente que la protección de datos es un derecho fundamental, por lo que los datos personales no pueden considerarse una mercancía, la presente Directiva debe garantizar que los consumidores, en el contexto de dichos modelos de negocio, tengan derecho a medidas correctoras contractuales».

En cuanto a esto último, esta afirmación acoge dos posibles interpretaciones: o bien la Directiva presenta un elevado interés en aclarar que los datos personales están en sí mismos excluidos del comercio, aunque se permita un margen de disponibilidad para su aprovechamiento económico por el titular de los mismos; o bien, por el contrario, se quiere excluir la posibilidad de concluir cualquier negocio jurídico oneroso sobre los datos personales, pero ampliando a estos contratos el régimen de la falta de conformidad y otras garantías propias de la legislación de consumo[18].

La redacción definitiva de la DCSD, aunque pueda calificarse como ciertamente prudente, ha sido criticada por el Supervisor Europeo de Protección de Datos en su Dictamen sobre el paquete legislativo «Un nuevo marco para los consumidores»[19]. En este dictamen, el Supervisor estimó que el carácter de derecho fundamental de la protección de datos personales no admite su tratamiento como «mero activo económico».

---

[17] En este mismo sentido, ADSUARA VARELA emplea un paralelismo con la libertad (física) sexual. Igual que la protección de la libertad sexual no implica una imposición de castidad por los poderes públicos, la protección de datos no debe entenderse como una prohibición a que los particulares autoricen, si quieren, el tratamiento de sus datos. La libertad está, así, en decidir los límites del acceso por terceros a estos derechos de la personalidad. Contenido disponible en https://mastersofprivacy.com/es/borja-adsuara-los-datos-no-son-una-propiedad/ (última consulta el 08/09/2023).

[18] A favor de esta última interpretación, más probable a la vista de la opinión del Supervisor Europeo de Protección de Datos, DE BARRÓN ARNICHES, «La pérdida de privacidad en la contratación electrónica (entre el Reglamento de protección de datos y la nueva Directiva de suministro de contenidos digitales)», *Cuadernos europeos de Deusto*, n.º 61, 2019, pp. 29-65, en particular pp. 46-48.

[19] Resumen en castellano disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=uriserv:OJ.C_.2018.432.01.0017.01.SPA. Texto completo en inglés disponible en https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/18-10-05_opinion_consumer_law_en.pdf. Consultados por última vez el 13/09/2023.

Debe tenerse en cuenta que la Comisión ya había aceptado excluir el uso del término «contraprestación» a estos efectos, de conformidad con las opiniones vertidas por el Supervisor Europeo de Protección de Datos en su Dictamen 4/2017 anterior, durante el proceso de tramitación de la Directiva[20].

En definitiva, el Supervisor proponía la supresión de cualquier referencia a la cesión de datos personales como una forma de pago. En su lugar, sugería (aportando ejemplos de otras normativas, como la definición de servicio en la Directiva 2000/31/EC[21]) que la DCSD se declarase aplicable a los contratos por los que el empresario se obliga a suministrar contenidos o servicios digitales «independientemente de si a estos se les requiere su pago».

A pesar de todo ello, el Supervisor Europeo de Protección de Datos no desconoce que lo datos se emplean, de hecho, como moneda de cambio en el mercado. Sin embargo, afirma que el hecho de que exista un mercado de los datos no implica que se deba dar cobertura legislativa al mismo, comparando esta situación, incluso, con la del tráfico ilegal de órganos[22].

En definitiva, las instituciones europeas (especialmente, como se ha podido constatar, el Supervisor Europeo de Protección de Datos) parecen asumir en este asunto una postura extremadamente cautelosa ante la posibilidad de celebrar contratos onerosos sobre los datos de carácter personal, así como sobre la consideración de éstos como contraprestación en el ámbito de tales contratos.

Esta postura ha sido acogida aparentemente por el legislador español, al recoger en la exposición de motivos de la norma de transposición[23] de la DCSD que «esta modalidad, cada vez más habitual en el mercado digital, debe tener en cuenta que la protección de datos personales es un derecho fundamental, por lo que los datos personales no pueden considerarse mercancía y su tratamiento debe cumplir las obligaciones aplicables de conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679»[24].

---

[20] Este documento se encuentra disponible en: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-03-14_opinion_digital_content_en.pdf (última consulta el 13/09/2023).

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

[22] Discurso dirigido hacia el Grupo de la Alianza Progresista de Socialistas y Demócratas en el marco del grupo de trabajo sobre la Propuesta de Directiva sobre Contenidos Digitales: «So, even if some people treat personal data as commodity, under EU law it cannot be a commodity. There might well be market for personal data, just like there is, tragically, a market for live human organs. But that does not mean that we can or should give that market the blessing of legislation. EU primary law does not allow it». Discurso completo disponible en https://edps.europa.eu/sites/default/files/publication/17-01-12_digital_content_directive_sd_en.pdf (última consulta el 13/09/2023).

[23] Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores.

[24] No obstante, véase el uso del término «contraprestación» en el artículo 119 ter.2 en la redacción dada por el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril: «la resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia, salvo en los supuestos en que el consumidor o usuario haya facilitado datos personales como contraprestación».

Sin perjuicio de todo lo expuesto, no parece que la política de la Unión Europea en este punto vaya a pasar por impedir la explotación mercantil de los datos en la práctica, atendiendo al interés de la Comisión Europea por crear un «mercado único de datos»[25]. En cualquier caso, no puede obviarse la importancia económica de los datos en el tráfico económico, independientemente de las intenciones de las instituciones europeas.

Consecuentemente, el deber de los legisladores europeos y nacionales es dotar a la cuestión de seguridad jurídica, perfilando el alcance del poder de actuación patrimonial del particular sobre sus datos[26] y estableciendo, además, los límites impuestos por el respeto a la intimidad en el tratamiento por parte de terceros.

En cuanto a la doctrina, si bien existe una conformidad mayoritaria con la atribución a los particulares de un poder de disposición limitado sobre los datos, así como con la calificación de los datos de carácter personal como una posible prestación contractual, el concreto régimen jurídico aplicable a esta figura es muy discutido, como se verá *infra* 2.3 y 3.

2.2. Los supuestos excluidos de la aplicación de la Directiva 770/2019

Si bien se parte de la aplicación de la DCSD a aquellos contratos en los que «el empresario suministre o se comprometa a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor y este facilite o se comprometa a facilitar datos personales al empresario» (art. 3.1 DSCD), la Directiva excluye de su ámbito de aplicación determinados negocios jurídicos en los que los contenidos o servicios digitales se suministran a cambio de la cesión de datos de carácter personal. Dado que el examen de estas exclusiones resulta relevante a efectos de determinar el alcance de la protección suministrada a los consumidores por esta normativa, procede realizar una breve exposición sobre la pertinencia de las mismas.

Con carácter previo, resulta pertinente mencionar que durante la tramitación legislativa de la Directiva se suprimió el requisito de que los datos fueran facilitados «activamente» por el usuario, que figuraba en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales (en adelante, «PDCSD») y que fue objeto de duras críticas[27]. Se trata de una cuestión interpretativa importante,

---

[25] Al respecto, de acuerdo con la Comisión Europea, la «Estrategia Europea de Datos» tiene como propósito «convertir a la Unión en líder de una sociedad dirigida por los datos», de modo que «la creación de un mercado único de datos permitirá que estos fluyan libremente por la Unión y entre sectores, en beneficio de las empresas, los investigadores y las administraciones públicas». Disponible en: https://europa.eu/!rCMg74 (última consulta el 04/10/2023). En este sentido, el Reglamento (UE) 2022/868 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2022 relativo a la gobernanza europea de datos y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1724 (Reglamento de Gobernanza de Datos); y el Reglamento (UE) 2023/2854 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2023, sobre normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización, y por el que se modifican el Reglamento (UE) 2017/2394 y la Directiva (UE) 2020/1828 (Reglamento de Datos o *Data Act*) constituyen dos instrumentos normativos clave en la creación de este mercado único o interior europeo de datos.

[26] En este mismo sentido, PLANA ARNALDOS, «Los datos personales como contraprestación», *op. cit.*, pp. 573-575.

[27] Al respecto, *vid*. CÁMARA LAPUENTE, «Una prospectiva crítica sobre el régimen de los contratos de suministro de contenidos digitales», en CAPILLA RONCERO/LERDO DE TEJADA/ARANGUREN URRIZA/MURGA FERNÁNDEZ (Dirs.), *Derecho Digital: Retos y cuestiones actuales* (versión electrónica), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 19-55.

teniendo en cuenta que dicha supresión implica incluir en el ámbito de aplicación de la norma la recolección de datos meramente pasiva.

En otro orden de cosas, la DCSD no será aplicable a aquellas «situaciones» en las que, no existiendo precio, el acceso a los datos personales tenga como fin exclusivo la prestación del servicio o el suministro del contenido en cuestión, o el cumplimiento de los requisitos legales a estos efectos (cdo. 25 y art. 3.1 DCSD). En estos casos no existe un interés económico por parte del empresario, dado que el tratamiento de los datos obedece, en teoría, a una causa técnica o legal. Cuestión distinta es la dificultad que presenta para el consumidor determinar cuáles son los datos estrictamente necesarios para la ejecución de la prestación por el empresario[28].

Como ejemplo de tales situaciones, se hace referencia en el considerando 25 a «aquellos casos en los que el registro del consumidor es necesario en virtud de la legislación aplicable por motivos de seguridad e identificación». Otro ejemplo sería el procesamiento de solicitudes de voz del usuario para la ejecución de instrucciones, o el registro de la ubicación a tiempo real por una aplicación de cálculo de rutas.

En la práctica, en la mayoría de ocasiones las aplicaciones gratuitas accederán o registrarán estos datos para su utilización con fines distintos de los meramente «funcionales»: un ejemplo lo constituye el conocido navegador *Waze*, que emplea a efectos de segmentación publicitaria (para mostrar anuncios de terceros anunciantes) no solo la ubicación de origen o de destino, sino también las direcciones guardadas como «casa» o «trabajo»[29]. Por este mismo motivo, la DCSD exige que el cumplimiento de los requisitos legales o la adecuada realización de la prestación se presenten como fin único del tratamiento, excluyéndose especialmente los usos comerciales.

Cabe señalar que, de acuerdo con la normativa de protección de datos personales, en estos supuestos de necesidad de los datos para la ejecución de la prestación ni siquiera sería exigible un consentimiento expreso a la cesión de datos, teniendo en cuenta que la legitimidad del tratamiento se deriva *ex lege* de los apartados b) y c) del artículo 6.1 del RGPD.

En relación con lo anterior, debe recordarse que el artículo la LOPD (artículo 9.1) se acoge al margen regulatorio dado por el RGPD[30] en el sentido de impedir que el consentimiento del interesado pueda «levantar» la prohibición de tratar algunas[31] de las llamadas «categorías especiales de datos», esto es, aquellos relativos al origen étnico, opiniones políticas, religión o creencias, afiliación sindical, condición genética o estado de salud (incluyendo los datos biométricos que permiten identificar a una persona) u orientación sexual. En consecuencia,

[28] BEDIR, «Contract law in the Age of Big Data», *Tilburg Private Law Working Paper Series,* n.º 4, 2020, pp. 6-7. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3697868 (última consulta el 23/11/2023).

[29] Puede consultarse la política de privacidad de esta compañía en: https://www.waze.com/es/legal/privacy/ (última consulta el 02/10/2023).

[30] *Vid.* art. 9.2.a) RGPD.

[31] Debe destacarse que no se incluyen todas las «categorías especiales de datos» o «datos especialmente protegidos». De hecho, algunos supuestos son dudosos, como la referencia a los datos relativos a la «orientación sexual», que en principio no parecen incluir todos los relativos a la vida sexual. Al respecto, *vid.* GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, «El consentimiento al tratamiento de datos personales», en GONZÁLEZ PACANOWSKA, *Protección de datos personales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 79-159, en particular pp. 101-106.

parece que la DCSD no sería aplicable al tratamiento de algunas de estas categorías de datos, pues su tratamiento en nuestro derecho no podría tener lugar con base únicamente en el consentimiento del interesado.

Por otro lado, tampoco se aplicará la DCSD a situaciones en las que el consumidor, sin haber celebrado un contrato con el empresario, se expone a recibir publicidad con el fin exclusivo de obtener acceso a contenidos o servicios digitales. Se trata de un supuesto no relacionado con la cesión de datos personales, pero cuya exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva resulta también discutible tomando en consideración el alto valor de este tipo de publicidad[32], que asegura un grado de atención considerable por el consumidor y una efectividad elevada cuando va unida a técnicas de segmentación publicitaria.

Por último, la DCSD establece que tampoco habrá contrato cuando se recolecten el historial de navegación o metadatos, tales como la información sobre el dispositivo del consumidor[33]; no obstante, ello será siempre que éstos no vengan vinculados a la identidad de una concreta persona, pues en este caso serán considerados datos personales a efectos de la normativa de protección de datos[34].

En cuanto a estas categorías excluidas, la DCSD abre la puerta a que los Estados miembros apliquen este mismo régimen o establezcan uno distinto para tales situaciones[35], posibilidad de la que, por el momento, no se ha servido el legislador español[36].

2.3. Calificación jurídica

El texto de la DCSD no se posiciona de manera clara en cuanto a la atribución de la categoría de contrato a la concurrencia de voluntades que implica el compromiso de ceder datos personales a cambio de contenidos o servicios digitales. Sin embargo, una buena parte de la doctrina (y más específicamente, de los autores citados en este trabajo) parte de esta consideración.

Si bien el Código Civil no contiene una definición legal de contrato, sus elementos mínimos pueden inferirse de algunos preceptos del mismo. En particular, resulta imprescindible atender a la existencia de un cruce de consentimientos (art. 1.254 Cc) dirigido a crear obligaciones entre los sujetos que los prestan (arts. 1.089 y 1.091 Cc)[37].

---

[32] CÁMARA LAPUENTE, «El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.2015», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3, 2016, pp. 24-25.

[33] Considerando 25 DCSD.

[34] CÁMARA LAPUENTE, «Nuevos perfiles del consentimiento en la contratación digital en la Unión Europea ¿navegar es contratar (servicios digitales "gratuitos")?», *Estudios de derecho contractual europeo*, 2022, pp. 331-405, en especial p. 347.

[35] Considerando 25 de la DCSD.

[36] Véase el artículo 59.4 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») en su redacción dada por el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, que se limita a recoger las exclusiones de la DCSD.

[37] Véase MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «El contrato» en AAVV (MARTÍNEZ DE AGUIRRE/DE PABLO CONTRERAS/PÉREZ ÁLVAREZ/PARRA LUCÁN/DE PABLO CONTRERAS/PÉREZ ÁLVAREZ/PARRA LUCÁN), Derecho Civil (II), v.1: *Teoría General de la Obligación y el Contrato,* 5ª edición, Edisofer, Madrid, 2018, pp. 307-332, en especial p. 307.

Debe tenerse en cuenta que no todo acuerdo de voluntades implica la existencia de un contrato; al contrario, el derecho da forma a otras instituciones jurídicas nacidas de un acuerdo de voluntades y a las que no resulta aplicable el régimen previsto para el incumplimiento de obligaciones contractuales. Ejemplos de tales acuerdos de voluntades son la promesa de matrimonio, prevista en los artículos 42 y 43 del Código Civil; el matrimonio mismo –del que indiscutiblemente nacen vínculos jurídicos, pero distintos de los contractuales–; o los convenios colectivos, sometidos a un régimen propio establecido en la legislación laboral.

En el caso del denominado contrato de suministro de contenidos y servicios digitales a cambio de datos personales, es evidente que existe un acuerdo de voluntades; pero no lo es que la prestación a cargo del consumidor pueda encajar en la categoría de obligación, teniendo en cuenta que al titular de los datos se le atribuye el derecho a «salir» del contrato libremente y en cualquier momento revocando su consentimiento (art. 7.3 RGPD, véase *infra* 3.2.b).

Lo anterior impide que se pueda hablar de la existencia de una obligación y, por supuesto, la nulidad del contrato *ex* artículo 1.256 del Código Civil, pues supondría dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio del titular de los datos de carácter personal[38].

El otro motivo para discutir la naturaleza contractual de este tipo de acuerdo tiene que ver precisamente con otra de las notas definitorias del contrato, cual es la concurrencia de consentimientos respecto de los elementos objetivos del mismo, pues la contratación en entornos digitales implica que se den situaciones en las que es difícil determinar cuándo se ha manifestado verdaderamente y de manera suficiente el consentimiento.

Así, la aplicación de la DCSD será dudosa en algunos casos por razón del modo en que se ha prestado el consentimiento. Se trata de aquellos supuestos en los que el usuario desarrolla conductas en las que no existe un evidente concurso entre oferta y aceptación, como la reproducción de videos, lectura de blogs o el empleo de buscadores. Si bien el ya aludido requisito presente en la PDCSD de que el consumidor facilitase los datos «activamente» había llevado a la doctrina mayoritaria a entender que, por ejemplo, las *cookies* se encontraban excluidas de su ámbito de aplicación, incluso cuando fueran aceptadas expresamente[39], la supresión de este término ha introducido ciertas dudas al respecto.

[38] CARRASCO PERERA, «Resolución de contrato pagado con datos personales como precio», *Centro de Estudios de Consumo*, 2022. Disponible en:

https://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Resoluci%C3%B3n_de_contrato_pagado_con_datos_personales_como_precio.pdf (última consulta el 2 de noviembre de 2023).

[39] Así, entre otros, CÁMARA LAPUENTE, «El régimen de la falta de conformidad...», pp. 22-24; TORRUBIA CHALMETA, «Mercado único digital y concepto de consumidor», *IDP. Revista de Internet, derecho y política*, n.º 22, 2015, pp. 19-29, en particular p. 23. En contra: BEALE, «Scope of application and general approach of the new rules for contracts in the digital environment: in depth analysis», *Publications Office of the European Union*, 2015, p. 13.

En consecuencia, la contratación digital abre la puerta, *a priori,* a formas de prestación del consentimiento mediante las cuales el consumidor puede ser menos consciente de estar cediendo sus datos, y, por supuesto, de los pormenores de dicha cesión[40].

Es más, incluso en los casos en los que el consumidor acepta expresamente el acceso a sus datos (ya sea de manera activa o pasiva), es frecuente el empleo de fórmulas que obvian absolutamente el hecho de estar celebrando un contrato sobre los propios datos: un ejemplo de ello es la comunicación, durante el registro en una red social, de que dicho ingreso supone la aceptación de su política de privacidad, lo que probablemente sea contrario tanto a la normativa de protección de datos como a la legislación de consumo[41] (v. *infra* 3.1).

Una cuestión fundamental, entonces, para determinar el alcance protector de la Directiva, reside en la identificación de aquellos supuestos de los que puede inferirse la existencia de un verdadero contrato. No obstante, salvo armonización europea posterior, esto deberá ser resuelto por cada ordenamiento nacional, pues así lo determinan los considerandos 12 y 24 de la DCSD[42].

En definitiva, es difícil defender que en estos supuestos exista un contrato (al menos, de acuerdo con el sistema civil español y sin realizar ciertas adaptaciones): es seguro que existe un cruce de voluntades por el que el consumidor autoriza el acceso y tratamiento de sus datos para disfrutar de un contenido o servicio mientras consienta dicha actividad; pero sin duda es menos clara la calificación jurídica que deba darse a esa concurrencia de voluntades. No obstante, y salvo posteriores reformas legislativos, parece que la solución asumida pasa por acudir a esta categoría de conformidad con lo previsto en la DCSD.

Del examen de la DCSD se desprende que a este supuesto contrato se le debe atribuir el carácter de sinalagmático, al menos, a los efectos de aplicar las normas de derecho de consumo previstas en la Directiva[43]. Se produce, entonces, la anomalía de que la Directiva reconoce (o parece reconocer) la existencia de un contrato, que se deduce además que es sinalagmático; pero en el que, sin embargo, existe una única prestación contractual (v. *supra* 2.1).

Esta decisión legislativa, presumiblemente justificada (como ya se ha comentado) simplemente por eludir la conceptuación de los datos personales como un «mero activo económico», probablemente sea prudente a fin de evitar la traslación automática de las normas

[40] En cualquier caso, no debe perderse de vista que, desde el punto de la normativa de protección de datos, el consentimiento deberá superar los «filtros» establecidos por ésta, partiendo además de la proscripción del consentimiento tácito (v. *infra*).

[41] García-Ripoll Montijano, «La resolución por el consumidor del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales» en *Contratación en el entorno digital*, González Pacanowska/Plana Arnaldos (Dirs.), Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pp. 221-270, en especial pp. 252-255.

[42] Sobre este particular, y abogando por una regulación armonizada a nivel europeo, *vid.* Cámara Lapuente, «Nuevos perfiles del consentimiento…», *op. cit.,* en especial pp. 345-350.

[43] Léase la definición del contrato en el artículo 3.1 DCSD, que se formula en idénticos términos a los de la definición del contrato de suministro de contenidos o servicios digitales a cambio de un precio; en el mismo sentido, Plana Arnaldos, «Los datos personales como contraprestación» *op. cit.,* pp. 583-584.

de derecho contractual[44]; no obstante, podría dar lugar a interpretaciones perjudiciales por lo que respecta a la protección del consumidor[45].

Por otro lado, muy en conexión con la cuestión de la sinalagmaticidad del contrato[46], se encuentra la de su onerosidad, que no quedó resuelta al amparo de la legislación anterior[47] y que dista también tener una respuesta clara a la vista de la Directiva.

En principio, el innegable valor comercial que presentan los datos en nuestra economía actual explica lo contraintuitivo de conceptuar los contratos en los que se prevé su cesión (especialmente a cambio de un servicio o contenido digital) como contratos gratuitos.

Así, partiendo de la voluntad de las partes al suscribir el contrato e, incluso, recurriendo al concepto de causa contractual en nuestro Código Civil (art. 1.274)[48], resulta mucho más razonable pensar que la causa de la obligación asumida por el empresario sea «la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte» como es propio de los contratos onerosos, frente al ánimo de liberalidad presente en los contratos gratuitos.

Baste pensar que, de no ser por la posibilidad de obtener los datos del consumidor mediante su consentimiento, los contenidos o servicios digitalmente suministrados lo serían a cambio de un precio en dinero o la colocación de publicidad, pues resultaría ingenuo en la mayoría de los casos apreciar la existencia de ánimo de liberalidad en el sujeto que suministra dichos contenidos o servicios[49].

De este modo, la onerosidad del contrato se revela atendiendo al intercambio de intereses que necesariamente implican los contratos onerosos y la interdependencia entre sus prestaciones, características concurrentes en estos contratos, salvando la reticencia de las instituciones europeas a calificar la cesión de datos personales como una prestación contractual.

De otro lado, teniendo en cuenta el ya señalado carácter sinalagmático del contrato, cabe destacar que los contratos de tal categoría se caracterizan por presentar la condición de natural

---

[44] Incompatibles con el actual régimen presente en el RGPD, como se verá *infra*, destacadamente en lo relativo al consentimiento y su revocabilidad.

[45] PLANA ARNALDOS, «Los datos personales como contraprestación» *op. cit.,* pp. 584-587.

[46] Debe recordarse que no existe una coincidencia exacta entre la caracterización de un contrato como «sinalagmático» y «oneroso». El análisis de estas dos clasificaciones por separado cobra sentido, especialmente, teniendo en cuenta lo extraño de aseverar que se produce un intercambio de prestaciones cuando la cesión de datos personales no puede considerarse prestación, a pesar de su indudable valor en el mercado. Sobre esta distinción doctrinal, *vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pp. 329-331.

[47] Véase *supra* apartado 1.1.

[48] Sobre la relación entre el concepto de causa y la onerosidad del contrato, a propósito de este mismo asunto, *vid.* MARTÍNEZ VELENCOSO, y SANCHO LÓPEZ, *op. cit.*, p. 8.

[49] ARROYO I AMAYUELAS «La transformación digital de los contratos de consumo en España» en *Contratación en el entorno digital*, GONZÁLEZ PACANOWSKA/PLANA ARNALDOS (Dirs.), Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pp. 23-62, en especial pp. 33-35.

o necesariamente onerosos, esto es, por «conllevar estructuralmente en modo necesario sacrificios para ambas partes»[50].

3. Incidencia de la normativa de protección de datos personales sobre la vida del contrato

3.1. Información precontractual y validez del consentimiento

a. Información precontractual

Una de las piedras angulares de la legislación de consumo son los deberes de información establecidos a cargo del empresario y a favor del consumidor, tanto previos como coetáneos a la celebración del contrato.

Esta información precontractual tiene como propósito, fundamentalmente, reducir las asimetrías informativas en la relación consumidor-empresario con respecto a los bienes o servicios objeto de contrato, así como asegurar que el consumidor conoce o ha tenido la oportunidad de conocer aspectos relevantes de la relación contractual cuyo entendimiento es imprescindible para la formación de una voluntad suficientemente informada. En este sentido, el artículo 60.1 del TRLGCU prescribe para el empresario el deber de facilitar al consumidor «de forma clara, comprensible y accesible, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas».

En cuanto a lo que deba entenderse por información «relevante» sobre las características del contrato, el artículo 60.2.c) dispone que será relevante, en todo caso, «el precio total, incluidos impuestos y tasas», a lo que se añade que «si por la naturaleza de los bienes o servicios el precio no puede calcularse razonablemente de antemano o está sujeto a la elaboración de un presupuesto, la forma en que se determina el precio así como todos los gastos adicionales de transporte, entrega o postales o, si dichos gastos no pueden ser calculados razonablemente de antemano, el hecho de que puede ser necesario abonar dichos gastos adicionales».

Este precepto encuentra su equivalente en materia de contratos a distancia y celebrados fuera del establecimiento mercantil (entrando en esta categoría, en la práctica, la gran mayoría de los contratos sobre suministro de contenidos y servicios digitales) en el artículo 97.1.e), que se formula en términos casi idénticos.

Resulta evidente la complejidad de verificar el cumplimiento de este requisito de información precontractual con los contratos en los que no existe «precio», sino que la prestación es distinta del pago en dinero, y más aún cuando ésta consiste en la cesión de una cantidad indeterminada de datos de carácter personal.

[50] GALICIA AIZPURUA, «Algunas consideraciones sobre los elementos esenciales del contrato en el Código Civil español», *Revista Boliviana de Derecho,* n.º 26, 2018, pp. 142-175, en especial p. 161.

No parece una solución a efectos del cumplimiento de este concreto deber de información precontractual la comunicación al consumidor del valor de su prestación en dinero, pues debe repararse de nuevo en que, normalmente, ni siquiera el empresario será capaz de atribuir un valor económico específico a los datos personales considerados de manera no agregada y por referencia a su titular (como ya se dijo *supra* 2.1).

Lo anterior resulta para el consumidor en una elevada dificultad para valorar adecuadamente la equivalencia entre las prestaciones, lo que justifica la exigencia de un elevado nivel de transparencia en relación con los detalles de su prestación. Como es evidente, será difícil para el usuario ser consciente del grado de intimidad que está sacrificando a consecuencia del contrato si no conoce con exactitud las categorías de datos que está cediendo o el uso concreto que el empresario va a dar a los mismos[51].

Al respecto, conviene hacer referencia al principio de transparencia enunciado en el artículo 5 del RGPD y que, de acuerdo con el considerando 39 de esta misma norma, «exige que toda información y comunicación relativa al tratamiento de dichos datos sea fácilmente accesible y fácil de entender, y que se utilice un lenguaje sencillo y claro». A continuación se recoge, para mayor concreción, que este principio «se refiere a la información de los interesados sobre la identidad del responsable del tratamiento y los fines del mismo y a la información añadida para garantizar un tratamiento leal y transparente con respecto a las personas físicas afectadas».

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que la legislación de consumo no prevé una consecuencia genérica a la infracción de los deberes de información precontractual, más allá de los remedios específicos para determinadas omisiones (como la relativa a la existencia de gastos adicionales al precio, o la que se refiere a la posibilidad de ejercitar el derecho de desistimiento, en los casos en que proceda).

Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar la posibilidad de acudir, cuando resulte aplicable –que será el supuesto más frecuente en el caso de contratos celebrados en la red–, al régimen de las condiciones generales de la contratación en contratos con consumidores. En consecuencia, el contrato deberá pasar los filtros que prevé la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante, «LCGC») junto con el TRLGDCU.

Como ejemplo en la práctica de incumplimiento de tales requisitos de transparencia en relación con la cesión de datos de carácter personal, y que no resultaría difícil de encontrar en el tráfico, se ha señalado el de la falta de información al consumidor en el contrato sobre el hecho de que dicha cesión de datos va a operar como contraprestación contractual[52] (incluso, ya se ha comentado, del mismo hecho de estar celebrando un contrato).

---

[51] MARTÍNEZ CALVO, «Los datos personales como posible contraprestación en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales». *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4, 2021, pp. 110-111.

[52] MARTÍNEZ VELENCOSO/SANCHO LÓPEZ, «El nuevo concepto de onerosidad…», *op. cit., pp.* 12-14; DE BARRÓN ARNICHES, «La pérdida de privacidad en la contratación electrónica…», *op. cit.*, en particular pp. 57-59.

Se debe tener presente, al respecto, que la LCGC prevé la nulidad de pleno derecho de las condiciones incorporadas «de modo no transparente» (art. 5.5 LCGC). Por lo tanto, la falta de transparencia que se proyecte sobre la cesión de datos de carácter personal –elemento esencial del contrato– debería conllevar la nulidad total de la relación contractual.

Por lo demás, en el plano del Derecho privado –y sin perjuicio de las sanciones administrativas que procedan–, una vez agotado el plazo previsto para el ejercicio del derecho de desistimiento (de nuevo, en aquellos casos en los que este derecho no esté excluido de conformidad con el TRLGDCU), el consumidor podrá recurrir a las acciones del Código Civil para anular el contrato por error o (en los casos más graves) dolo[53] –así como, cuando sea pertinente, a los remedios previstos en la LCGC–.

En cualquier caso, debe advertirse que la ampliación del derecho de desistimiento en los casos en que no se hubiera facilitado al consumidor una determinada información precontractual tampoco resultaría interesante a la vista del actual RGPD. Como se verá *infra* (3.2), el derecho de desistimiento queda en un segundo plano al existir el derecho a revocar el consentimiento para el tratamiento de los propios datos personales.

b. La validez del consentimiento contractual

i. Consentimiento lícito para el tratamiento de datos personales

El consentimiento constituye no solo uno de los elementos esenciales para la válida celebración de todo contrato, sino la causa última de su existencia[54]. A su vez, éste reviste una importancia fundamental para determinar la licitud del tratamiento de datos personales[55]. Sin embargo, los caracteres de uno y otro son distintos: por ejemplo, el consentimiento para el tratamiento de datos personales nunca será tácito, a diferencia del consentimiento contractual.

En cuanto al consentimiento para el tratamiento de datos de carácter personal, la DCSD efectúa en su considerando 38 una remisión total al RGPD, no solo para declarar que el consentimiento constituye un factor legitimador del tratamiento de datos personales cuando éste haya sido prestado conforme al mismo (de conformidad con el RGPD art. 6.1.a), sino también para determinar la validez de dicho consentimiento.

En consecuencia, cabe apreciar la existencia de dos tipos de consentimiento diferenciados en los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales a cambio de datos personales: (i)

[53] RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al artículo 60» CAÑIZARES LASO/ZUMAQUERO GIL, *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 877-886, en especial pp. 885-886.

[54] *Vid.* DE PABLO CONTRERAS, «Requisitos del contrato» en AAVV (MARTÍNEZ DE AGUIRRE/DE PABLO CONTRERAS/PÉREZ ÁLVAREZ/PARRA LUCÁN/DE PABLO CONTRERAS/PÉREZ ÁLVAREZ/PARRA LUCÁN), Derecho Civil (II), v.1: *Teoría General de la Obligación y el Contrato,* 5ª edición, Edisofer, 2018, pp. 335-369, en particular pp. 336-337: «De acuerdo con la tradición en la que se inserta, nuestro Código Civil valora la voluntad de las partes –el *consentimiento* que requiere, como esencial, el art. 1.261.1º– como la *causa eficiente* o razón última que explica los efectos preceptivos y vinculantes que, para ellas, tiene el contrato» (la cursiva es del autor).

[55] A este respecto, el cdo. 40 RGPD advierte que «para que el tratamiento sea lícito, los datos personales deben ser tratados con el consentimiento del interesado o sobre alguna otra base legítima establecida conforme a Derecho».

el consentimiento puramente contractual, que se regirá por el Código Civil y demás legislación civil o de consumo que resulte de aplicación, y (ii) el consentimiento a efectos del tratamiento de datos personales, que deberá cumplir con la normativa de protección de datos de carácter personal.

No obstante lo anterior, se ha señalado[56] que, en estos contratos, la ilicitud del consentimiento desde el punto de vista del RGPD probablemente tendrá como consecuencia su ineficacia a efectos contractuales[57]. Ello se deduce de que no se habría prestado un consentimiento válido sobre una de las prestaciones que constituyen el objeto del contrato, esto es, la cesión de datos de carácter personal, que reviste la cualidad de elemento esencial.

Pues bien, el consentimiento para el tratamiento de los datos personales, de acuerdo con el vigente RGPD –artículo 4–, debe ser (1) libre, (2) específico, (3) informado, y (4) inequívoco[58], otorgado a través de una acción afirmativa clara.

Como ya se ha advertido, una consecuencia de lo anterior en relación con los contratos regulados en la DCSD es que exigir un consentimiento inequívoco implica excluir el consentimiento prestado de manera tácita, sin perjuicio de las diversas formas que el consentimiento expreso pueda adoptar en la contratación digital[59].

Reviste también especial importancia, en relación con los contratos que implican la cesión de datos de carácter personal, el requisito relativo a la libertad del consentimiento prestado. En particular, resulta obligada la referencia al artículo 7.4 RGPD, que dispone que «al evaluar si el consentimiento se ha dado libremente, se tendrá en cuenta en la mayor medida posible el hecho de si, entre otras cosas, la ejecución de un contrato, incluida la prestación de un servicio, se

[56] CÁMARA LAPUENTE, «Nuevos perfiles del consentimiento…», *op. cit.*, en especial p. 384.

[57] Sin embargo, GARCÍA PÉREZ, «Bases jurídicas relevantes del tratamiento de datos personales en la contratación de contenidos y servicios digitales», *Cuadernos de derecho transaccional*, vol. 12, n.º1, 2020, pp. 875-907, en especial p. 897 considera que la ilicitud del consentimiento no debería proyectarse sobre la validez del contrato, puesto que esto privaría al consumidor de los remedios contractuales previstos en la legislación de consumo.

[58] La constancia de la voluntad inequívoca de contratar no constituye una imposición exclusiva de la normativa de protección de datos, sino que resulta exigible para todos los contratos con consumidores (artículo 62.1 TRLGDCU).

[59] *Vid.* MARTÍNEZ ROJAS, «Principales aspectos del consentimiento en el Reglamento General de Protección de Datos», *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, n.º 42, 2016, pp. 59-82, en particular pp. 74-76, que recuerda que el considerando 32 del RGPD admite como acción afirmativa la selección de una casilla en un sitio web, siempre que no venga ya marcada. Señala, asimismo, la diferencia sustancial con el régimen anterior derivado de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respeta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, que admitía el consentimiento tácito a estos efectos –salvo para las categorías especiales de datos o datos especialmente protegidos–.

supedita al consentimiento al tratamiento de datos personales que no son necesarios para la ejecución de dicho contrato»[60].

En el mismo sentido, las Directrices 5/2020 del Comité Europeo de Protección de Datos, sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679, recogen lo siguiente:

> El artículo 7, apartado 4, indica que, entre otras cosas, vincular el consentimiento a la aceptación de los términos y condiciones o supeditar el cumplimiento de un contrato o la prestación de un servicio a una solicitud de consentimiento para el tratamiento de datos personales que no son necesarios para la realización de dicho contrato o servicio, resulta muy inapropiado. Si el consentimiento se ha dado en estas circunstancias, se presume que no se ha dado libremente (considerando 43). El artículo 7, apartado 4, pretende garantizar que el tratamiento de los datos personales no se camufle o se vincule a la prestación de un contrato o servicio para el cual dichos datos personales no son necesarios. De este modo, el RGPD garantiza que el tratamiento de los datos para los que se ha solicitado consentimiento no se convierta directa o indirectamente en una contraprestación de un contrato. Las dos bases jurídicas para el tratamiento lícito de datos personales, a saber, el consentimiento y el contrato no pueden fusionarse o difuminarse.

De conformidad con lo anterior, parece que el Comité Europeo de Protección de Datos opta por una interpretación extensiva del artículo 7.4 del RGPD (y ciertamente coherente con sus considerandos 42 y 43), en el sentido de considerar que, en todo contrato en que se supedite la ejecución por el empresario a que el usuario consienta el tratamiento de sus datos, el consentimiento del consumidor no podrá ser calificado como libre. Una interpretación semejante puede deducirse del artículo 6.3 LOPD al establecer que «no podrá supeditarse la ejecución del contrato a que el afectado consienta el tratamiento de los datos personales para finalidades que no guarden relación con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual».

ii.Nuevos modelos para asegurar un consentimiento libre

Cabe mencionar al hilo de esta cuestión que, en la actualidad, algunas de las autoridades nacionales de protección de datos comienzan a admitir el modelo consistente en ofrecer una alternativa de pago para acceder a los contenidos o servicios sin ceder datos personales no necesarios para la prestación de los mismos (lo que se conoce como *cookie paywall* o *consent-or-pay* en el ámbito de las *cookies*). La «Guía sobre el uso de las *cookies*»[61] publicada en julio de 2023 por la Agencia Española de Protección de Datos prevé que «podrán existir determinados supuestos en los que la no aceptación de la utilización de cookies impida el acceso al sitio web o la utilización total o parcial del servicio, siempre que se informe adecuadamente al respecto al

[60] Véase, asimismo, los considerandos 42 y 43 del RGPD: «el consentimiento no debe considerarse libremente prestado cuando el interesado no goza de verdadera o libre elección o no puede denegar o retirar su consentimiento sin sufrir perjuicio alguno» (cdo. 42) y «se presume que el consentimiento no se ha dado libremente [...] cuando el cumplimiento de un contrato, incluida la prestación de un servicio, sea dependiente del consentimiento, aún cuando este no sea necesario para dicho cumplimiento» (cdo. 43).

[61] Disponible en https://www.aepd.es/documento/guia-cookies.pdf (última consulta el 12/11/2023).

usuario y se ofrezca una alternativa, no necesariamente gratuita, de acceso al servicio sin necesidad de aceptar el uso de *cookies*».

Este recurso parece estar respaldado, incluso, por la STJUE de 4 de julio de 2023[62], que recoge el siguiente razonamiento (apartado 150 de la sentencia citada):

> Así pues, en el marco del proceso contractual, esos usuarios deben disponer de la libertad de negarse individualmente a prestar su consentimiento a operaciones particulares de tratamiento de datos que no sean necesarias para la ejecución del contrato, sin verse por ello obligados a renunciar íntegramente a la utilización del servicio ofrecido por el operador de la red social en línea, lo que implica que se ofrezca a dichos usuarios, en su caso a cambio de una remuneración adecuada, una alternativa equivalente no acompañada de tales operaciones de tratamiento de datos.

Recientemente, algunas compañías (puede constatarse, especialmente, en la mayoría de proveedores de prensa digital) parecen haberse acogido a este criterio introduciendo la alternativa de rechazar la instalación de *cookies*, ofreciendo en su lugar distintas alternativas de suscripción.

Por último, se ha apuntado que el cumplimiento del RGPD exigiría, en cualquier caso, que se ofrezca a los usuarios una alternativa realista y razonable, para lo que deberán tenerse en cuenta factores como el precio establecido en sustitución de la cesión de datos o la existencia de proveedores alternativos[63]; de lo contrario, se podría entender que sigue sin garantizarse al usuario una elección libre que le permita denegar su consentimiento sin sufrir un perjuicio, en los términos del considerando 42 del RGPD.

Algunos autores[64] han identificado una interpretación que compatibilizaría el RGPD y la DCSD admitiendo que el consumidor pueda negarse a prestar su consentimiento al tratamiento de datos de carácter de personal, sin que ello exima al empresario de su obligación de procurar el acceso a los contenidos o servicios digitales, lo que conllevaría «hacer recaer sobre el consumidor la gratuidad u onerosidad del contrato»[65]. En cualquier caso, exigir *ex lege* al empresario la prestación de los servicios o el suministro de los contenidos de manera gratuita cuando el consumidor deniegue su consentimiento parece una solución bastante ineficaz desde el punto de

---

[62] Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 4 de julio de 2023, asunto C-252/21 (ECLI:EU:C:2023:537). Disponible en: https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=275125&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=ES&cid=3391332 (última consulta el 12/11/2023).

[63] ROBLES ALBERO/LÁZARO HERNÁNDEZ, «Nueva guía sobre el uso de *cookies* en España». Disponible en https://www.engage.hoganlovells.com/knowledgeservices/news/nueva-guia-sobre-el-uso-de-cookies-en-espana (última consulta el 15/11/2023); CARUGATI, Christophe «The "pay-or-consent" challenge for platform regulators». Disponible en: https://www.bruegel.org/sites/default/files/2023-11/the-%E2%80%98pay-or-consent%E2%80%99-challenge-for-platform-regulators-9508_3.pdf (última consulta el 15/11/2023).

[64] DOMÍNGUEZ YAMASAKI, «El tratamiento de datos personales como prestación contractual. Gratuidad de contenidos y servicios digitales a elección del usuario», *Revista de Derecho Privado*, n.º 4, 2020, pp. 93-120, en especial pp. 110-111.

[65] MARTÍNEZ CALVO, «Los datos personales como posible contraprestación…», *op. cit.*, p. 117.

vista económico, pues evidentemente desincentivaría por completo el desarrollo de la actividad económica en cuestión.

iii. Vicios en el consentimiento contractual

Por lo que respecta a los presupuestos para la vinculación contractual, como se ha adelantado, habrá que estar a lo dispuesto en la legislación civil nacional, dado que la DCSD se remite a los derechos nacionales en relación con los requisitos para la válida celebración de los contratos[66]. Ya se ha comentado (v. *supra* 2.2) que esto podría dar lugar a que, especialmente en los contratos celebrados a través de Internet, una misma conducta pueda identificarse como un consentimiento para contratar en algunos Estados miembros y no en otros.

En cuanto a los remedios frente a la concurrencia de vicios en el consentimiento, procede traer a colación lo ya dicho en relación con los remedios procedentes ante la omisión de información precontractual. En particular, con respecto a la anulabilidad de los contratos por error o dolo, cabe destacar el habitual empleo, en la contratación electrónica, de los conocidos como *dark patterns* o patrones oscuros[67].

La Agencia Española de Protección de Datos define, en su «Guía de Protección de Datos por Defecto»[68], de octubre de 2020, los *dark patterns* como «interfaces de usuario diseñadas para influir, a través de manipulaciones psicológicas y de forma encubierta, en las elecciones del interesado, al menos, con relación al tratamiento de sus datos personales». En el mismo sentido, el anteriormente citado Reglamento (UE) 2023/2854 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2023 los define como «técnicas de diseño que impulsan o engañan a los consumidores para que tomen decisiones que conllevan consecuencias negativas para sí mismos»[69].

De acuerdo con la definición anterior, el uso de patrones oscuros en la contratación de contenidos y servicios digitales conllevaría la apreciación de una conducta dolosa por parte del

[66] Véase considerandos 12 y 24 y artículo 3.10 de la DCSD.

[67] De manera más reciente, el Comité Europeo de Protección de Datos ha preferido emplear la denominación de «patrones de diseño engañoso» («*deceptive design patterns*») para referirse a este fenómeno, por ser más omnicomprensiva y descriptiva. Véase, a estos efectos, las Directrices 03/2022 sobre Patrones de diseño engañosos en interfaces de plataformas de comunicación social: cómo reconocerlos y evitarlos («Guidelines 03/2022 on Deceptive design patterns in social media platform interfaces: how to recognise and avoid them»). Disponibles en https://edpb.europa.eu/system/files/2023-02/edpb_03-2022_guidelines_on_deceptive_design_patterns_in_social_media_platform_interfaces_v2_en_0.pdf (última consulta el 23/10/2023).

[68] Disponible en https://www.aepd.es/documento/guia-proteccion-datos-por-defecto.pdf (última consulta el 23 de octubre de 2023).

[69] Considerando 38 del Reglamento (UE) 2023/2854 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2023, sobre normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización, y por el que se modifican el Reglamento (UE) 2017/2394 y la Directiva (UE) 2020/1828 (Reglamento de Datos o *Data Act*).

empresario (conforme a lo previsto en el artículo 1.269 del Código Civil), de lo que podría derivarse la nulidad (total o parcial) del contrato[70].

3.2. Algunas cuestiones relativas a la extinción del contrato

a. El derecho de desistimiento

Junto con los deberes de información precontractual impuestos al empresario, otro de los principales medios de protección que establece la Directiva 2011/83 en favor de los consumidores es el derecho a desistir del contrato injustificadamente en el plazo determinado por la ley, dejando sin efecto dicho contrato y sin soportar penalización alguna.

Como ya se ha dicho, la mayoría de los contratos a los que resulta aplicable la DCSD tendrán la consideración de contratos a distancia celebrados a través de Internet, lo que supone la aplicación a los mismos del Título III del Libro Segundo[71] del TRLGDCU.

No obstante, el TRLGDCU contiene una regulación bastante restrictiva del derecho de desistimiento en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales. Sin ánimo de profundizar en dicho régimen, puede decirse con carácter general que el derecho a desistir del contrato queda excluido en los siguientes supuestos:

- En los contratos de prestación de servicios, una vez iniciada la ejecución de los mismos, siempre que el consumidor haya consentido tal ejecución y se le haya informado de la pérdida del derecho a desistir como consecuencia de la misma (art. 103.a) TRLGDCU).
- En los contratos de suministro de «grabaciones sonoras o de video precintadas o programas informáticos precintados», una vez desprecintados después de la entrega (art. 103.i) TRLGDCU).
- En el caso de suministro de contenidos digitales no suministrados en soporte material, cuando la ejecución haya comenzado con el consentimiento del consumidor y éste haya expresado conocer que dicho consentimiento implica la pérdida del derecho a desistir, habiendo el empresario proporcionado una confirmación con arreglo al artículo 98.7 o 99.2 TRLGDCU.

Como consecuencia de lo anterior, el derecho de desistimiento no resultará aplicable en aquellos casos en los que el consumidor haya accedido a los contenidos o servicios digitales, lo que reduce significativamente su relevancia a efectos de protección del consumidor en estos contratos.

---

[70] Así se afirma, recogiendo además una relación de categorías de *dark patterns*, en PLAZA PENADÉS, «Control de transparencia y abusividad en la contratación con condiciones generales entre empresarios en materia de servicios y mercados digitales» en ORDUÑA MORENO (Dir.), *Derecho de Consumo y Correcto Funcionamiento de los Mercados*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023. pp. 201-250, en particular pp. 246-250.

[71] El artículo 59.4 TRLGDCU declara la aplicación del Libro Segundo del TRLGDCU a los contratos a los que se refiere la DCSD.

Debe advertirse no obstante que, en los contratos de suministro de contenidos digitales en soporte no material y en los de prestación de servicios, la omisión de la información relativa al derecho de desistimiento implicará la aplicación del mismo más un plazo adicional para desistir de doce meses tras la fecha de expiración del desistimiento inicial, de acuerdo con el artículo 104 del TRLDGCU. En consecuencia, en tales situaciones el consumidor podría tener derecho a desistir del contrato una vez comenzada la prestación de los servicios o el suministro de los contenidos.

En el supuesto de que el consumidor ejercite su derecho a desistir del contrato, las partes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones (arts. 106 a 108 TRLGDCU). En el caso de los contenidos o servicios digitales, la restitución a cargo del consumidor consistirá en realidad en la inhabilitación por el empresario del acceso a los contenidos o servicios por el consumidor (art. 1087.8 TRLGDCU); sin perjuicio de lo establecido en los apartados 5 y 6 del artículo 107 en relación con los contenidos (distintos de los datos personales) creados por el consumidor al utilizar los contenidos o servicios.

Respecto al empresario, la obligación de restituir será sustituida por la de cesar en el tratamiento de los datos cedidos por el consumidor (v. al respecto, *infra* 3.2*)*.

b. La revocación del consentimiento y el destino de los datos

i.La revocación del consentimiento desde el prisma contractual

Ya se ha señalado *supra* (2.3) que una de las cuestiones que más dificultan el encaje de la cesión de datos personales como contraprestación contractual es el derecho que asiste al titular de los datos, en virtud del artículo 7.3 del RGPD, a revocar el consentimiento en cualquier momento sin sufrir perjuicio alguno (cdo. 42 RGPD)[72]. Se trata de una particularidad que atenta directamente contra el principio *pacta sunt servanda* y, especialmente y de nuevo, contra lo dispuesto en el art. 1.256 del Código Civil[73].

Además, existe una diferencia sustancial con respecto al estatuto jurídico del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen en nuestro ordenamiento, pues la ley en estos casos regula un consentimiento cuya revocación, si bien puede llevarse a cabo en cualquier

[72] Aunque el considerando 40 de la DCSD se remite a los Derechos nacionales para la determinación de las consecuencias del ejercicio por el consumidor de su derecho a retirar el consentimiento al tratamiento de sus datos personales («la presente Directiva no debe regular las consecuencias para los contratos sujetos a la presente Directiva en caso de que el consumidor retire el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales. Esta cuestión sigue siendo competencia del Derecho nacional»), el apartado 7 del artículo 119 ter del TRLGDCU, establece la prohibición de que dicha revocación suponga penalización alguna, como se verá más adelante.

[73] Cosa distinta es, por supuesto, el necesario reconocimiento del desistimiento *ad nutum* en contratos de tracto sucesivo y duración indefinida o perpetua, dentro de los parámetros de la buena fe y en virtud de la prohibición de las vinculaciones perpetuas del artículo 1.583 del Código Civil (véase, por todas, la STS 672/2016, Civil, de 16 de noviembre (ECLI:ES:TS:2016:5103).

momento, también es susceptible de generar un derecho a indemnización por los perjuicios causados[74].

Una de las fórmulas sugeridas[75] para compatibilizar este derecho previsto en la normativa de protección de datos con las reglas contractuales, consistiría en la regulación expresa a nivel comunitario de un derecho de desistimiento *ad nutum* a favor del consumidor, que sería ejercitable sin límite temporal alguno.

Es evidente que esta solución alternativa seguiría vulnerando, en cualquier caso, el artículo 1.256 del Código Civil. No obstante, también se ha señalado que la concepción actual del principio *pacta sunt servanda* ha sido modulada por la doctrina, la jurisprudencia y los legisladores respecto a su formulación clásica, atendiendo a la posición de poder económico de la que gozan algunos sujetos, la cual justificaría algunas «facultades de revisión o resolución del contrato»[76].

En cualquier caso, puede constatarse que lo que se produce en estos casos no es una modulación de este principio, sino una omisión total del mismo, teniendo en cuenta que la posibilidad de «desistir» sería *ab initio* e inherente al contrato, acompañándolo durante la totalidad de su existencia; sin supeditarse a que concurran determinadas condiciones ni sometiéndose a una limitación temporal.

En relación con lo anterior, cabe destacar que uno de los elementos básicos del derecho de desistimiento es la existencia de un plazo de ejercicio, cuya excesiva extensión en el tiempo podría menoscabar el principio de seguridad jurídica[77]. También que, precisamente y como se acaba de examinar *supra*, el legislador ha configurado un derecho de desistimiento muy limitado en relación con los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales[78].

Por otro lado, existe otro sector de la doctrina que defiende que la revocación del consentimiento, aun siendo libre al amparo del RGPD, es susceptible de constituir un incumplimiento en el plano contractual.

---

[74] El artículo 2.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen dispone que el consentimiento –a efectos de autorizar intromisiones que en otro caso serían ilegítimas– será «revocable en cualquier momento, pero habrán de indemnizarse en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas».

[75] SÁNCHEZ LERÍA, «El contrato de suministro de contenidos digitales a cambio de datos personales: a propósito de la propuesta de directiva 634/2015, de 9 de diciembre de 2015». *Revista de Derecho Patrimonial*, n.º 45/2018, pp. 21-22.

[76] GARRIDO GÓMEZ, «Lo que queda del principio clásico *pacta sunt servanda*», *Derecho y cambio social*, año 8, n.º 25, 2011.

[77] NOVAL LLAMAS, «El plazo y la forma de ejercicio del derecho de desistimiento» en *El derecho de desistimiento en la comercialización a distancia de servicios financieros a consumidores*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. RB-8.1 (edición digital).

[78] MARTÍNEZ CALVO, *op, cit.,* p. 119.

En este sentido, se ha afirmado[79] que la revocación comunicada dentro del plazo legal de ejercicio del derecho de desistimiento (en los casos en que proceda) deberá equipararse a una declaración inequívoca de la decisión de desistir en el sentido del artículo 106.1 del TRLGDCU; mientras que, de lo contrario, dicha revocación conllevaría un incumplimiento esencial de la obligación que asume el consumidor con el contrato.

A este argumento puede oponerse, de nuevo (v. *supra* 2.3), la dificultad de reconocer la existencia de una obligación, así como la de predicar un incumplimiento derivado del ejercicio de un derecho fundamental[80].

Existe una declaración de voluntad del titular de los datos que tiene por efecto autorizar o legitimar un tratamiento de los mismos que, de otro modo, sería contrario al RGPD. Sin embargo, el cumplimiento de esta prestación no es coercible, ni siquiera de modo alternativo, pues tampoco es exigible un cumplimiento por equivalente una vez suprimida la posibilidad de reclamar una indemnización de daños[81]. No habiendo obligación de cumplir al amparo del RGPD, no debería poder observarse un incumplimiento en sentido estricto.

Es cierto que el TRLGDCU (apartado 7 del artículo 119 ter[82]) ofrece al empresario la facultad de resolver el contrato como consecuencia de la revocación del consentimiento por el titular de los datos. Sin embargo, parte de la doctrina ha entendido que este precepto atribuye al empresario un derecho a «desistir»[83] del contrato atendiendo a que la revocación constituye una circunstancia sobrevenida que frustra la utilidad económica del mismo[84].

Por lo tanto, ni la tesis del desistimiento *ad nutum* ni la del incumplimiento están exentas de reparos u objeciones relevantes. Hasta el momento, parece que solo puede afirmarse con cierta seguridad que esta revocación supone, simplemente, el ejercicio del derecho del titular a los datos

---

[79] AGUILERA RUIZ, «La revocación del consentimiento al tratamiento como incumplimiento esencial en el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales a cambio de datos personales regulado en la Directiva (UE) 2019/770» en ALONSO PÉREZ/HERNÁNDEZ SAINZ, *Servicios digitales, condiciones generales y transparencia*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 117-129 (edición digital). En el mismo sentido, MARTÍNEZ CALVO, *op, cit.,* pp. 119-120.

[80] GARCÍA PÉREZ, *op. cit.,* en especial p. 896.

[81] GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, «La resolución por el consumidor…», *op. cit.*, p. 256.

[82] «El ejercicio por el consumidor o usuario de su derecho a retirar su consentimiento u oponerse al tratamiento de datos personales permitirá que el empresario resuelva el contrato siempre y cuando el suministro de los contenidos o servicios digitales sea continuo o consista en una serie de actos individuales y se encuentre pendiente de ejecutar en todo o en parte. En ningún caso el ejercicio de estos derechos por el consumidor supondrá el pago de penalización alguna a su cargo.»

[83] CÁMARA LAPUENTE, «Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales (La transposición de las Directivas 2019/770 y 2019/771) (1)», *Diario La Ley,* n.º 9887, 2021, p. 22.

[84] Véase también JIMÉNEZ HORWITZ, «El contrato de suministro de contenidos o servicios digitales a cambio de datos personales. La retirada del consentimiento al tratamiento de los datos personales y la resolución del contrato», *Centro de Estudios de Consumo* (https://centrodeestudiosdeconsumo.com), p. 9: «después de que el consumidor retire su consentimiento al tratamiento de los datos personales, el empresario puede resolver el contrato, porque, si él cumpliese lo que debe, no obtendría la utilidad prestacional que podría esperar. La retirada del consentimiento al tratamiento de los datos personales impide la lógica onerosa del contrato y, con este fundamento, el empresario puede resolver».

a dejar de autorizar el tratamiento de los mismos, del mismo modo que en un momento anterior ejercitó su derecho a consentirlo o autorizarlo[85].

ii.Efectos de la revocación: en particular, el destino de los datos

Una vez producida la revocación, se ha anunciado reiteradamente en este trabajo que el empresario podrá instar la resolución del contrato sin que quepa penalización alguna a cargo del consumidor (apartado 7 del artículo 119 ter TRLGDCU). Esto es coherente con el ya aludido considerando 42 del RGPD, aunque podría generar dudas en relación con la obligatoriedad del cumplimiento para el consumidor, como se ha discutido en este mismo apartado.

Cabe indicar que ya se había defendido la procedencia de la resolución contractual en caso de revocación antes de su previsión en el TRLGDCU, con base en la existencia de una especie de condición resolutoria –siendo dicha condición la retirada del consentimiento al tratamiento de los datos– derivada del ejercicio de derechos fundamentales que, aunque no se pactara expresamente y no pudiendo las partes desconocerla, integraría el contrato *ex* art. 1.258 del Código Civil[86].

En otro orden de cosas, dado que la revocación del consentimiento tiene efectos *ex nunc*[87], parece que ésta simplemente obliga al empresario a detener el tratamiento de los datos personales. Dicho cese implicará también la supresión de los datos, con algunas excepciones[88].

Al igual que en el supuesto de ejercicio del derecho de desistimiento, la obligación de abstenerse de continuar el tratamiento de los datos de carácter personal alcanza a los terceros que hayan recibido tales datos del empresario. A tal fin, éste deberá informar de la revocación a aquellos, pero no asumirá responsabilidad alguna en este sentido[89].

En cualquier caso, es razonable pensar que el titular de los datos de carácter personal tendrá un control limitado de lo que pueda suceder con éstos una vez autorizada su cesión, incluso aunque revoque su consentimiento, teniendo en cuenta la dificultad de comprobar (i) que se ha producido la supresión de los mismos y (ii) a qué sujetos han sido cedidos[90].

De acuerdo con todo lo dicho, parece que la utilidad del ejercicio del derecho de desistimiento de los artículos 102 y siguientes del TRLGDCU será escasa mientras persista la opción de revocar

---

[85] JIMÉNEZ HOWITZ, *op. cit.,* pp. 7-8.

[86] GARCÍA PÉREZ, *op. cit.,* p. 896.

[87] Véase artículo 7.3 RGPD: «la retirada del consentimiento no afectará a la licitud del tratamiento basada en el consentimiento previo a su retirada».

[88] Apartados 1.c) y 3 del artículo 17 del RGPD. Véase GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, «El consentimiento…», *op. cit.,* en particular pp. 145-146.

[89] GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, «El consentimiento…», *op. cit.,* en particular pp. 145-146.

[90] POLITOU/ALEPIS/PATSAKIS, «Forgetting personal data and revoking consent under the GDPR: Challenges and proposed solutions», *Journal of Cybersecurity,* 2018. Disponible en https://doi.org/10.1093/cybsec/tyy001 (última consulta el 23/11/2023), pp.11-12. En sentido similar, *vid.* GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, «La resolución por el consumidor…», *op. cit.*, p. 259.

el mismo libremente, más allá de los supuestos de contratos mixtos donde el consumidor asume una obligación de pago junto con el compromiso de ceder datos personales (que quedan fuera del alcance de este trabajo)[91]. De hecho, existe una ventaja teórica para el consumidor en el hecho de que la revocación de su consentimiento al tratamiento de los datos no suponga la extinción automática del contrato, de acuerdo con lo que ya se ha apuntado.

c. Resolución del contrato

i.Posibles supuestos de incumplimiento por el consumidor

Ya se ha visto que los remedios de los que dispone el empresario en caso de ver frustrado el fin perseguido con el contrato son muy limitados en los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales a cambio de datos personales, teniendo en cuenta que la revocación del consentimiento no puede ser entendida como un incumplimiento del contrato (v. *supra* 1.2). En resumen, la única reacción posible para el empresario ante dicha revocación sería la resolución del contrato *ex* artículo 119 ter TRLGDCU en los casos en los que proceda por no haber quedado ya satisfechas las pretensiones de ambas partes, sin que quepa reclamar indemnización alguna al consumidor como consecuencia del ejercicio de sus derechos.

Sin embargo, se han señalado algunos supuestos que no podrían identificarse indubitadamente como una retirada o revocación del consentimiento y cuyo tratamiento es dudoso de acuerdo con la ley, por lo que merecen una concisa exposición. Tales supuestos son:

- aquel en el que se celebre el contrato de suministro de contenidos o servicios digitales a cambio de datos personales, pero el consumidor no llegue a efectuar dicha cesión –lo cual solo será posible en los casos en que la cesión tenga lugar de manera simultánea a la celebración del contrato–; y
- por otro lado, y como caso susceptible de generar mayores dudas, el de la cesión por el consumidor de datos falsos. Normalmente, esto podrá suceder cuando el consumidor es el encargado de introducir sus datos; y no cuando, por ejemplo, una aplicación recopila la ubicación del consumidor en un determinado momento a través de la geolocalización de su teléfono móvil.

De la regulación actual no es en absoluto posible extraer de manera indiscutible los efectos que deberían derivarse de estas situaciones. Cabe plantearse, teniendo en cuenta la ambigüedad existente en relación con el régimen aplicable a esta figura, si al menos en este caso podría hablarse de incumplimiento[92], a pesar del tenor del artículo 119 ter.7 TRLGDCU. Si así fuera, tampoco queda claro si el empresario dispondría de algún remedio para la tutela de sus intereses.

[91] En este sentido, señala NAVARRO CASTRO, «El derecho de desistimiento en los contratos de servicios digitales» en *Contratación en el entorno digital*, GONZÁLEZ PACANOWSKA/PLANA ARNALDOS (Dirs.), Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pp. 463-500, en particular p.494 que el desistimiento tendría por efecto automático la ineficacia del contrato con restitución de las prestaciones en los contratos mixtos, a diferencia de la revocación.

[92] BEDIR, «Data as Counter-Performance: Yet Another Point Where Digital Content Contracts and the GDRP Conflict», pp. 30-32. Disponible en http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3648092 (última consulta el 25/11/2023).

Al respecto, algunos autores[93] han sugerido que el empresario podría resolver el contrato con indemnización de los perjuicios causados por el «incumplimiento», teniendo en cuenta para la determinación de la misma que el consumidor haya accedido podido acceder a los contenidos o servicios gracias al consentimiento prestado[94].

De nuevo, se trata de un planteamiento cuestionable desde el punto de vista de la inexistencia de obligación en sentido estricto a cargo del consumidor. «La promesa de suministrar los datos es inexigible, por no permitirlo el RGPD»[95], esto es, al consumidor no se le puede exigir el cumplimiento de dicha promesa, como ya se ha dicho, y esa inexigibilidad no parece depender de que haya accedido o no a los contenidos o servicios.

De acuerdo con lo anterior, parece que la resolución sería procedente aplicando lo ya dicho sobre la frustración del fin o interés contractual del empresario y, analógicamente[96], el artículo 119 ter.7 TRLGDCU. Sin embargo, al no existir incumplimiento, no procedería la indemnización de los daños derivados del mismo *ex* artículo 1.124 del Código Civil.

Es cierto, no obstante, que en estos concretos supuestos podría constatarse la existencia de una especie de engaño por el consumidor, que pareciera tratar de emitir una promesa de ceder sus datos personales sin intención de cumplirla, con el propósito de disfrutar de los contenidos o servicios digitales sin contraprestación alguna. En este sentido, cabe preguntarse si se podría reconducir la reclamación de los daños sufridos (si es que tales daños han existido y se pueden probar y cuantificar, lo que resultaría también complicado), por la vía extracontractual, probablemente alegando un ejercicio abusivo de la facultad de revocación.

ii.Breve referencia a la resolución por incumplimiento del empresario

Sin ánimo de profundizar en el complejo estudio del incumplimiento y, en particular, de la falta de conformidad en sede de legislación de consumo, procede finalizar este apartado con algunas consideraciones especialmente relevantes en relación el ámbito de estudio del presente trabajo.

En cuanto a los efectos generales de la resolución contractual, el artículo 16.2 de la DCSD (que encuentra su equivalente en el 119 ter.5 del TRLGDCU) establece simplemente que «en relación con los datos personales del consumidor, el empresario cumplirá las obligaciones aplicables de

[93] Afirma SPINDLER, «Contratos de suministro de contenidos digitales: ámbito de aplicación y visión general de la Propuesta de Directiva de 9.12.2015», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, p.12, que la posibilidad de exigir al consumidor la cesión de datos una vez ha consentido libremente dicha cesión no parecería contraria al RGPD. En el mismo sentido, GARCÍA HERRERA, *op. cit.* p. 8. También MARTÍNEZ CALVO, *op. cit*. pp. 121-122, en este caso después de la publicación de la norma de transposición de la DCSD (y, en consecuencia, de la introducción del art.119 ter.7 TRLGDCU).

[94] GARCÍA HERRERA, *op. cit*. p. 8.

[95] GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, «La resolución por el consumidor…», *op. cit.*, p. 256

[96] Como señala CÁMARA LAPUENTE, «Un primer balance…», *op. cit.*, p. 22, el artículo 119 ter.7 no contempla este supuesto de manera expresa, lo que puede inducir a confusión en relación con el derecho del empresario a resolver el contrato.

conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679». Con respecto al propósito de este precepto, parece que la norma podría tratar de reiterar el obligado respeto a derechos como el de acceso, supresión y portabilidad, si bien estos derechos también son ejercitables por el titular de los datos durante la vigencia del contrato[97]. Además, de conformidad con la naturaleza de las prestaciones, la resolución en estos contratos tiene efectos *ex nunc*, de manera que el tratamiento de los datos realizado por el empresario de acuerdo con previsto en la normativa de protección de datos será válido[98].

Por otro lado, con carácter general, la doctrina ha señalado que la restitución carece de sentido cuando existe una contraprestación consistente en la cesión de datos personales, por cuanto (i) el consumidor no pierde su información por el hecho de cederla (y en tal caso, podría recuperarla a través del derecho de acceso) y (ii) los datos habrán sido replicados y vendidos a terceros durante la vigencia del contrato, lo que hace inservible su restitución[99]. También se ha esgrimido que la cesión de datos personales constituye una «obligación» de hacer y no de dar[100], aunque esta opinión no resulta pacífica[101].

De lo anterior se deduce que, en este tipo de contratos, la resolución del contrato tendría como única consecuencia para el empresario la obligación de abstenerse de continuar el tratamiento de los datos personales, como se ha señalado anteriormente.

Debe tenerse en cuenta que uno de los fines de la DCSD era ampliar los instrumentos de protección de los consumidores presentes en la legislación de consumo a los contratos por los que se suministran contenidos o servicios digitales a cambio de datos personales. En este sentido, procede advertir que la falta de conformidad de escasa importancia justificará la resolución del contrato por el consumidor únicamente en los contratos en los que se ceden datos personales como contraprestación (art. 119 ter.2 TRLGDCU), lo que se justifica[102] por la imposibilidad de exigir en estos casos la reducción del precio (pues el precio son los datos personales).

De hecho, cabe destacar aquí la introducción de la falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales motivada por la infracción de la normativa de protección de datos (v.

---

[97] HERRERÍAS CASTRO, «Contratos de suministro de contenidos y servicios digitales: cuando el precio son tus datos personales», *Actualidad Jurídica* Iberoamericana, n.º 16, 2022, pp. 1010-1037, en especial pp. 1.020-1.021.

[98] SÁNCHEZ LERÍA, «Mercado digital y protección del consumidor…», *op. cit.*, p. 73.

[99] GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, «La resolución por el consumidor…», *op. cit.*, p. 259.

[100] MARTÍNEZ CALVO, *op. cit.*, p. 126.

[101] V. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, «La resolución por el consumidor…», *op. cit.,* p. 259, que la identifica como obligación de hacer. Cabe añadir que, en cierto sentido, esta conducta podría incluso identificarse como un «no hacer» al consistir simplemente en autorizar una determinada intromisión, especialmente cuando los datos se recogen de manera pasiva.

[102] Véase el considerando 67 DCSD: «cuando los contenidos o servicios digitales no se suministren a cambio de un precio, sino a cambio de que el consumidor facilite datos personales, el consumidor debe tener derecho a resolver el contrato también en aquellos casos en que la falta de conformidad sea de carácter leve, ya que no dispone de una corrección consistente en la reducción del precio».

considerando 48[103]). Debe señalarse que, a pesar de haber sido objeto de discusión durante la tramitación parlamentaria de la DCSD, esta idea no quedó reflejada en el articulado de la DCSD ni en el TRLGDCU[104].

Ante el incumplimiento del contrato por parte del empresario, el consumidor no tendrá otra opción que instar la resolución del mismo, sin que la ley ofrezca, de nuevo, otro remedio viable ante la falta absoluta de suministro o la falta de conformidad.

Se da la circunstancia, en tal hipótesis, de que el empresario se habrá beneficiado del tratamiento de sus datos durante la vigencia del contrato y, además, como se ha indicado anteriormente, el consumidor encontrará grandes dificultades para comprobar que el empresario u otros terceros han cesado en el tratamiento de sus datos.

Con todo, tampoco parece que la normativa de protección de datos ofrezca una solución al respecto, pues el consentimiento se habrá obtenido de manera lícita a efectos del RGPD y no procedería apreciar infracción alguna de éste, en la mayoría de los casos[105].

Como consecuencia de lo anterior, algunos autores han planteado la posibilidad de acudir a la indemnización de daños y perjuicios a la que alude expresamente el artículo 117.1[106] *in fine* del TRLGDCU o, incluso, a la acción por enriquecimiento injusto[107], a efectos de reclamar los beneficios obtenidos por el empresario mediante el contrato sobre el que recae la falta de conformidad o el incumplimiento contractual.

4. Conclusiones

I. La DCSD ha sido la primera norma en prever en nuestro ordenamiento la cesión de datos personales como contraprestación contractual, con el efecto de ampliar la cobertura de la legislación de consumo a los contratos por los que el consumidor cede datos personales a cambio del suministro de contenidos o servicios digitales.

---

[103] «Los hechos que den lugar a una falta de cumplimiento de los requisitos previstos en el Reglamento (UE) 2016/679, incluidos principios básicos como los relativos a la minimización de datos, la protección de datos desde el diseño y la protección de datos por defecto, pueden considerarse asimismo, dependiendo de las circunstancias del caso, una falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales con los requisitos subjetivos u objetivos de conformidad establecidos en la presente Directiva».

[104] HERRERÍAS CASTRO, *op. cit.*, pp. 1.020-1.021.

[105] GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, «La resolución por el consumidor…», *op. cit.,* p. 261 plantea el supuesto de que el empresario hubiera captado el consentimiento (a los efectos del art. 6.1.a RGPD) mediante el engaño al consumidor, a sabiendas de que no iba a cumplir la prestación asumida con el contrato.

[106] «El empresario responderá ante el consumidor o usuario de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien, contenido o servicio digital, pudiendo el consumidor o usuario, mediante una simple declaración, exigir al empresario la subsanación de dicha falta de conformidad, la reducción del precio o la resolución del contrato. En cualquiera de estos supuestos el consumidor o usuario podrá exigir, además, la indemnización de daños y perjuicios, si procede»

[107] BUENO BIOT, «La indemnización por daños y perjuicios derivada de una falta de conformidad o falta de suministro de los contenidos y servicios digitales», *Actualidad jurídica iberoamericana,* n.º 18, 2023, pp. 1436-1477, en especial pp. 1467-1471. También, respecto de la indemnización, GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, «La resolución por el consumidor…», *op. cit.,* pp. 260-261.

II. Esta novedad debe ser vista como algo positivo, pues implica fortalecer la posición del consumidor en las relaciones económicas con las empresas que se dedican a la explotación de los datos, relaciones en las que además los individuos cuentan con una información muy limitada sobre los pormenores y el valor de la prestación que realizan, lo que justifica unas superiores exigencias en materia de transparencia.

III. Se ha visto que, incluso, esta reforma contribuye a mejorar también la posición contractual del empresario al contemplar a otras cuestiones anteriormente dudosas, como el derecho de éste a resolver el contrato en caso de revocación del consentimiento por el consumidor.

IV. No obstante lo anterior, el reconocimiento de la cesión de datos personales como una prestación contractual hace surgir una multiplicidad de dudas que la DCSD no resuelve. La Directiva, aunque declara la prevalencia de la normativa del Derecho de la Unión en materia de protección de datos, no aclara algunas cuestiones que resultan esenciales para comprender la naturaleza jurídica del nuevo contrato, ni establece una regulación pormenorizada de los supuestos que podrían ser más problemáticos. De hecho, la parquedad y ambigüedad de las previsiones específicamente aplicables a la cesión de datos ha provocado numerosas lagunas que deberán ser solventadas por el Derecho de los Estados Miembros[108].

V. La propia referencia a la cesión de datos personales como una prestación contractual constituye una de las cuestiones más polémicas, dado su carácter de derecho fundamental y la consecuente reticencia de algunas instituciones europeas a aceptar que la información personal pueda emplearse como una moneda de cambio en el mercado. Si bien parece legítimo reconocer al titular de los datos un ámbito de aprovechamiento económico de los mismos, existe una evidente complejidad en la compatibilización del RGPD con el derecho de contratos.

VI. El cruce de consentimientos por el que el consumidor acepta ceder sus datos a cambio del disfrute de una determinada prestación solo puede encajar de un modo muy forzado en la categoría de contrato, al menos de conformidad con el Derecho español. El consumidor no asume obligación alguna a resultas de este cruce de consentimientos, y en muchísimas ocasiones ni siquiera será consciente de estar celebrando un contrato, con lo que se estaría muy lejos de cumplir los presupuestos de un consentimiento informado al mismo.

VII. La aplicación de las normas previstas para los contratos de consumo al suministro de contenidos y servicios digitales a cambio de datos plantea ciertos interrogantes. Se deduce que deberá diferenciarse entre el consentimiento contractual y el consentimiento a efectos de autorizar el tratamiento; sin embargo, un consentimiento ilícito de conformidad con el RGPD deberá conllevar la ineficacia del contrato por proyectarse sobre un elemento esencial del mismo. A su vez, parece que un consentimiento otorgado como condición para

[108] *Vid.* CÁMARA LAPUENTE, «Un primer balance…», *op. cit.,* p. 27.

el acceso a un contenido o servicio podría ser contrario al principio de libertad para consentir, siendo éste un obstáculo para el que aún no parece haberse encontrado una solución enteramente satisfactoria.

VIII. En sede de extinción del contrato, el derecho de desistimiento que otorga la legislación de consumo parece devenir superfluo a la vista del derecho a revocar el consentimiento para el tratamiento sin sufrir penalización alguna. En el plano contractual, la falta de regulación *ad hoc* hace surgir innumerables dudas en relación con la naturaleza jurídica de dicho derecho de revocación y sus consecuencias, dado que no resulta fácilmente reconducible al esquema del derecho de desistimiento, ni tampoco procede predicar un incumplimiento contractual de su ejercicio.

IX. En caso de resolución, la imposibilidad de restitución de los datos de carácter personal conlleva que la misma sea sustituida por la simple obligación de detener el tratamiento de los datos, obligación cuya extensión a terceros parece presentar escasa utilidad dada la naturaleza de la información procesada, tratada y comercializada de manera masiva. La consecuencia de lo anterior es que, en caso de resolución por incumplimiento del empresario, éste habrá obtenido un beneficio económico con el correlativo sacrificio por el consumidor de su privacidad. Sin embargo, ese beneficio habrá sido obtenido de manera válida y al consumidor no se le provee de herramientas para obtener una compensación por este hecho.

X. A la vista de todo lo anterior, quizá habría resultado más apropiado prever los mecanismos de protección del consumidor a los que da entrada la DCSD de manera específica, esto es, no unificada con el resto de la legislación aplicable a los contratos de consumo[109]. De este modo, la legislación sería menos confusa, y se salvarían los conflictos derivados de la aplicación simultánea del derecho de protección de los datos de carácter personal y el derecho civil contractual.

5. Bibliografía

AGUILERA RUIZ, Luis «La revocación del consentimiento al tratamiento como incumplimiento esencial en el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales a cambio de datos personales regulado en la Directiva (UE) 2019/770» en ALONSO PÉREZ, María Teresa/HERNÁNDEZ SAINZ, Esther, *Servicios digitales, condiciones generales y transparencia*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 117-129 (edición digital).

ARROYO I AMAYUELAS, Esther «La transformación digital de los contratos de consumo en España», *Contratación en el entorno digital* (Dirs. GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel y PLANA ARNALDOS, María Carmen), Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pp. 23-62.

BEALE, Hugh «Scope of application and general approach of the new rules for contracts in the digital environment: in depth analysis», *Publications Office of the European Union*, 2015.

[109] En este sentido, GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, «La resolución del consumidor…», *op. cit.*, p. 266.

BEDIR, Cemre «Contract law in the Age of Big Data», *Tilburg Private Law Working Paper Series,* n.º 4, 2020, pp. 6-7. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3697868 (última consulta el 23/11/2023).

BEDIR, Cemre, «Data as Counter-Performance: Yet Another Point Where Digital Content Contracts and the GDRP Conflict». Disponible en http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3648092 (última consulta el 25/11/2023).

BUENO BIOT, Álvaro, «La indemnización por daños y perjuicios derivada de una falta de conformidad o falta de suministro de los contenidos y servicios digitales», *Actualidad jurídica iberoamericana,* n.º 18, 2023, pp. 1436-1477.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio «Nuevos perfiles del consentimiento en la contratación digital en la Unión Europea ¿navegar es contratar (servicios digitales "gratuitos")?». *Estudios de derecho contractual europeo*, 2022, pp. 331-405.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio «Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales (La transposición de las Directivas 2019/770 y 2019/771) (1)», *Diario La Ley,* n.º 9887, 2021.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Una prospectiva crítica sobre el régimen de los contratos de suministro de contenidos digitales», en CAPILLA RONCERO/LERDO DE TEJADA/ARANGUREN URRIZA/MURGA FERNÁNDEZ (Dirs.), *Derecho Digital: Retos y cuestiones actuales* (versión electrónica), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 19-55.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio «El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.2015», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3, 2016.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio «La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo». *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 11, 2014, pp. 79-167.

CARRASCO PERERA, Ángel, «Resolución de contrato pagado con datos personales como precio», *Centro de Estudios de Consumo*, 2022. Disponible en: https://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Resoluci%C3%B3n_de_contrato_pagado_con_datos_personales_como_precio.pdf (última consulta el 2 de noviembre de 2023).

CARUGATI, Christophe, «The "pay-or-consent" challenge for platform regulators». Disponible en: https://www.bruegel.org/sites/default/files/2023-11/the-%E2%80%98pay-or-consent%E2%80%99-challenge-for-platform-regulators-9508_3.pdf (última consulta el 15/11/2023).

DE BARRÓN ARNICHES, Paloma «La pérdida de privacidad en la contratación electrónica (entre el Reglamento de protección de datos y la nueva Directiva de suministro de contenidos digitales)», *Cuadernos europeos de Deusto*, n.º 61, 2019, pp. 29-65.

DE PABLO CONTRERAS, Pedro, «Requisitos del contrato» en AAVV (MARTÍNEZ DE AGUIRRE/DE PABLO CONTRERAS/PÉREZ ÁLVAREZ/PARRA LUCÁN), Curso de Derecho Civil (II), v.1: *Teoría General de la Obligación y el Contrato*, Madrid, 5ª edición, Edisofer, 2018, pp. 335-369.

DOMÍNGUEZ YAMASAKI, María Isabel, «El tratamiento de datos personales como prestación contractual. Gratuidad de contenidos y servicios digitales a elección del usuario», *Revista de Derecho Privado*, n.º 4, 2020, pp. 93-120.

GARCÍA HERRERA, Vanessa, «El pago con datos personales. Incoherencias legislativas derivadas de la configuración de los datos como posible "contraprestación" en el suministro de contenidos y servicios digitales», *Actualidad Civil*, núm. 1, 2020.

GARCÍA PÉREZ, Rosa María, «Bases jurídicas relevantes del tratamiento de datos personales en la contratación de contenidos y servicios digitales», *Cuadernos de derecho transaccional*, vol. 12, n.º1, 2020, pp. 875-907.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín, «La resolución por el consumidor del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales», *Contratación en el entorno digital,* GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel/PLANA ARNALDOS, María Carmen (Dirs.), Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pp. 221-270.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín, «El consentimiento al tratamiento de datos personales», en GONZÁLEZ PACANOWSKA, *Protección de datos personales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 79-159.

GARRIDO GÓMEZ, María Isabel «Lo que queda del principio clásico *pacta sunt servanda*», *Derecho y cambio social*, año 8, n.º 25, 2011.

HERRERÍAS CASTRO, Laura, «Contratos de suministro de contenidos y servicios digitales: cuando el precio son tus datos personales», *Actualidad Jurídica* Iberoamericana, n.º 16, 2022, pp. 1010-1037.

JIMÉNEZ HORWITZ, Margarita, «El contrato de suministro de contenidos o servicios digitales a cambio de datos personales. La retirada del consentimiento al tratamiento de los datos personales y la resolución del contrato», *Centro de Estudios de Consumo* (https://centrodeestudiosdeconsumo.com).

MARTÍNEZ CALVO, Javier «Los datos personales como posible contraprestación en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales». *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4, 2021.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos «El contrato» en AAVV (MARTÍNEZ DE AGUIRRE/DE PABLO CONTRERAS/ PÉREZ ÁLVAREZ/PARRA LUCÁN), Curso de Derecho Civil (II), v. 1: *Teoría General de la Obligación y el Contrato,* Edisofer, Madrid, 2018, pp. 307-332.

MARTÍNEZ-ROJAS, Ángela «Principales aspectos del consentimiento en el Reglamento General de Protección de Datos», *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, n.º 42, 2016, pp. 59-82.

MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz M./SANCHO LÓPEZ, Marina «El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital. ¿Realmente es gratis la App?» *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 1, 2018.

NAVARRO CASTRO, Miguel «El derecho de desistimiento en los contratos de servicios digitales» *Contratación en el entorno digital,* GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel/PLANA ARNALDOS, María Carmen (Dirs.), Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pp. 463-500.

NOVAL LLAMAS, Joaquín José, «El plazo y la forma de ejercicio del derecho de desistimiento» en *El derecho de desistimiento en la comercialización a distancia de servicios financieros a consumidores*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. RB-8.1 (edición digital).

PLANA ARNALDOS, María Carmen, «Los datos personales como contraprestación» en GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel (Coord.), *Protección de Datos Personales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 561-618.

PLAZA PENADÉS, Javier, «Control de transparencia y abusividad en la contratación con condiciones generales entre empresarios en materia de servicios y mercados digitales» en ORDUÑA MORENO, Francisco Javier (Dir.), *Derecho de Consumo y Correcto Funcionamiento de los Mercados*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023. pp. 201-250.

POLITOU, Eugenia/ALEPIS, Efthimios/PATSAKIS, Constantinos, «Forgetting personal data and revoking consent under the GDPR: Challenges and proposed solutions», *Journal of Cybersecurity,* 2018. Disponible en https://doi.org/10.1093/cybsec/tyy001 (última consulta el 23/11/2023).

POLO ROCA, Andoni, «El derecho a la protección de datos personales y su reflejo en el consentimiento del interesado», *Revista de derecho político*, n.º 108, 2020, pp. 165-194.

ROBLES ALBERO, Juan Ramón/LÁZARO HERNÁNDEZ, Clara, «Nueva guía sobre el uso de *cookies* en España». Disponible en: https://www.engage.hoganlovells.com/knowledgeservices/news/nueva-guia-sobre-el-uso-de-cookies-en-espana (última consulta el 15/11/2023).

RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, «Comentario al artículo 60» en CAÑIZARES LASO, Ana y ZUMAQUERO GIL, Laura, *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 877-886.

SÁNCHEZ LERÍA, Reyes, «El contrato de suministro de contenidos digitales a cambio de datos personales: a propósito de la propuesta de directiva 634/2015, de 9 de diciembre de 2015». *Revista de Derecho Patrimonial*, n.º 45/2018.

SPINDLER, Gerald, «Contratos de suministro de contenidos digitales: ámbito de aplicación y visión general de la Propuesta de Directiva de 9.12.2015», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho.*

TORRUBIA CHALMETA, Blanca «Mercado único digital y concepto de consumidor», *IDP. Revista de Internet, derecho y política*, n.º 22, 2015, pp. 19-29.

InDret
2.2024

Antonio López Sánchez
Abogado
-

La sentencia de 18-11-2020 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Asunto C-147/19 (Atresmedia/AGEDI-AIE)

Un desafío para la protección de los derechos de propiedad intelectual de los productores de fonogramas y los artistas musicales en el ámbito audiovisual

Sumario
-
La sentencia de 18-10-2020 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-147/19 (Atresmedia/AGEDI-AIE), al declarar que los usuarios no tienen que pagar la remuneración equitativa y única prevista en el 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE cuando efectúen actos de comunicación pública de grabaciones audiovisuales que contengan la fijación de obras audiovisuales en las que se hayan incorporado (sincronizado) fonogramas publicados con fines comerciales o reproducciones de los mismos, supone un paso atrás en la debida protección de los derechos de propiedad intelectual de los productores de fonogramas y de los artistas musicales en el ámbito audiovisual. Este trabajo tiene por objeto profundizar, desde un punto de vista crítico, en la doctrina fijada en esta sentencia, alertar sobre sus perniciosos efectos para los titulares de los derechos afectados en el mercado afectado, concretar cómo se ha aplicado (tanto en el procedimiento judicial del que trae causa como en las tarifas de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual afectadas), explicar las razones por las que resulta improcedente realizar una interpretación ultra vires de tal sentencia y, por último, sugerir posibles soluciones, tanto desde el punto de vista legislativo interno español como desde la perspectiva de una posible revisión por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea de la doctrina fijada en la sentencia.

Abstract
-
The ruling of 10-18-2020 of the Court of Justice of the European Union in case C-147/19 (Atresmedia/AGEDI-AIE), declaring that users do not have to pay the equitable and single remuneration provided for in 8.2 of Directives 92/100/EEC and 2006/115/EC when they carry out acts of public communication of audiovisual recordings that contain the fixation of audiovisual works in which phonograms published for commercial purposes or reproductions thereof have been incorporated (synchronized), It represents a step backwards in the due protection of the intellectual property rights of phonogram producers and musical artists in the audiovisual field. The purpose of this work is to deepen, from a critical point of view, the doctrine established in this ruling, to warn about its harmful effects for the holders of the affected rights in the affected market, specify how it has been applied (both in the judicial procedure for which the case is brought and in the rates of the affected intellectual property rights management entities), explain the reasons why it is inadmissible to carry out an ultra vires interpretation of such a ruling and, finally, to suggest possible solutions, both from the Spanish internal legislative point of view and from the perspective of a possible review by the Court of Justice of the Union itself. European doctrine established in the ruling.

Title: *The ruling of 10-18-2020 of the Court of Justice of the European Union in Case C-147/19 (Atresmedia/AGEDI-AIE). A challenge for the protection of*

intellectual property rights of phonogram producers and musical artists in the audiovisual field

Palabras clave: *Remuneración por la comunicación pública de fonogramas, fonograma, reproducción de fonogramas, sincronización, comunicación pública de grabaciones audiovisuales que contengan la fijación de obras audiovisuales en las que se hayan incorporado fonogramas.*

Keywords: *Remuneration for the public communication of phonograms, phonogram, reproduction of phonograms, synchronization, public communication of audiovisual recordings containing the fixation of audiovisual works in which phonograms have been incorporated.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2024.i2.05

InDret

2.2024

Recepción
05/02/2024
-
Aceptación
09/04/2024
-

Índice

-

1. Planteamiento del trabajo

2.1. El procedimiento judicial previo

2.2. El planteamiento de la cuestión prejudicial

2.3. El procedimiento ante el TJUE

a. Las posiciones de AGEDI y AIE

b. La posición del Reino de España

c. La posición de la Comisión Europea

d. La posición de ATRESMEDIA

e. La vista oral

f. Las conclusiones del Abogado General del TJUE

3. La Sentencia. Inexactitudes y errores que contiene

4. Crítica de la Sentencia

4.1. Concepto de «fonograma» en la Sentencia y su trascendencia para la resolución de la cuestión prejudicial planteada

4.2. Concepto de «reproducción» aplicado a un fonograma publicado con fines comerciales. El error fundamental cometido en la Sentencia

4.3. Los acuerdos contractuales alcanzados entre los titulares de titulares de los derechos sobre los fonogramas y los productores de obras audiovisuales. Las licencias de «sincronización» como causa de los pronunciamientos de la Sentencia

5. Aplicación de la Sentencia

5.1. Aplicación de la Sentencia en el procedimiento judicial en que se planteó la cuestión prejudicial

5.2. Aplicación de la Sentencia por AGEDI y AIE en sus tarifas generales

5.3. Improcedencia de realizar una interpretación *ultra vires* de la Sentencia en el ámbito de la comunicación pública de fonogramas publicados con fines comerciales o reproducciones de los mismos

6. Posibles soluciones a la errónea doctrina fijada en la Sentencia

6.1. Modificación del TRLPI

6.2. Revisión por el TJUE de la doctrina fijada en la Sentencia

7. Conclusiones

8. Bibliografía

-

1. Planteamiento del trabajo[1]

La doctrina fijada en la sentencia de 18-11-2020 del TJUE en el asunto C-147/19 (ATRESMEDIA/AGEDI-AIE) (en lo sucesivo, la «**Sentencia**»)[2] sobre la interpretación del art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE del Consejo de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual (en lo sucesivo, «**Directiva 92/100/CEE**») y 2006/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual (en lo sucesivo, «**Directiva 2006/115/CE**»)[3] va a condicionar los derechos de propiedad intelectual de los productores de fonogramas y los artistas intérpretes o ejecutantes musicales en el ámbito audiovisual en España durante los próximos años, al menos hasta que, legislativamente o mediante la modificación de tal doctrina, se corrijan sus efectos negativos y manifiesta incongruencia, aspectos sobre los que incidiré a lo largo de este trabajo.

Mientras, se han venido produciendo sentencias judiciales por parte de diferentes Juzgados y Tribunales en España aplicando, de forma más o menos acertada, la doctrina fijada por la Sentencia[4], cuyo contenido y efectos también ha sido objeto de comentarios[5], opiniones, trabajos doctrinales, etc.

Igualmente, los usuarios de los derechos de propiedad intelectual afectados por la doctrina de la Sentencia vienen reivindicando, también de forma más o menos correcta, la aplicación de las misma en el ámbito tarifario de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual de los artistas intérpretes o ejecutantes musicales y de los productores de fonogramas[6].

---

[1] Antonio López Sánchez es abogado especializado en materia de propiedad intelectual con más de veinticinco años de experiencia en el ámbito jurídico de la gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual de los artistas intérpretes o ejecutantes musicales y de los productores de fonogramas. Las interpretaciones, comentarios y criterios que expresa en este trabajo son personales y derivan de su conocimiento general en el ámbito indicado y específico de la temática de este trabajo pues participó, como abogado de AGEDI y AIE, en el procedimiento judicial en el que se planteó la cuestión prejudicial resuelta por la sentencia del TJUE, en el procedimiento prejudicial tramitado ante el TJUE y en varios de los recursos pendientes de resolución ante el Tribunal Supremo en los que se va a aplicar la doctrina fijada por el TJUE.

[2] ECLI:EU:C:2020:935.

[3] La redacción de dicho precepto es idéntica en ambas Directivas puesto que la Directiva 2006/115 CE lo que hizo fue codificar la Directiva 92/100/CEE por las modificaciones sustanciales habidas en la misma desde la fecha de su publicación.

[4] Ejemplificativamente, y de entre otros asuntos, constan admitidos por la Sala de lo civil del Tribunal Supremo mediante auto de 28-6-2021 los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por AGEDI y AIE contra la sentencia nº 1035/2021, de 19-11-2021, dictada por la sección 4ª de la Audiencia Provincial de Tenerife en el recurso de apelación 1314/2021 (ECLI:ES:APTF:2021:3083).

[5] Véanse los comentarios descriptivos sobre el contenido de la Sentencia del jurista Don José Luis González Sanjuan en su trabajo *«La remuneración equitativa y única relativa a la sincronización de fonogramas en obras audiovisuales. Comentario de la STJUE (Sala Quinta), de 18 de noviembre de 2020, Asunto C-147/19, Atresmedia»*, publicado en Actas de derecho industrial y derecho de autor, 41 (2020-2021), pp. 377-392, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales; y de la Profesora de Derecho civil de la Universidad Pablo de Olavide Doña María Serrano Fernández en el trabajo *«El Derecho de Comunicación pública de los artistas intérpretes y ejecutantes y de los productores de fonogramas. Comentario a la sentencia TJUE de 18 de noviembre de 2020 (Sala Quinta), asunto C-147/19: Caso Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación, S. A. contra Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI) y Artistas Intérpretes y Ejecutantes Sociedad de Gestión de España (AIE) (TJCE 2020, 259)»*, Revista de Derecho Patrimonial de Aranzadi, nº 55, 2021.

[6] Artistas intérpretes o ejecutantes, EGDPI (AIE) y Agedi entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual (AGEDI).

Algunas de las tesis defendidas por ciertos usuarios, de forma manifiestamente oportunista y alentados por algunos asesores que han detectado una oportunidad de obtener un lucro personal a costa de los titulares de los derechos en liza, tienen como objetivo minorar, e incluso eliminar, la protección de los artistas musicales y productores de fonogramas en el ámbito audiovisual[7].

Estos condicionamientos me han empujado a realizar este trabajo con tres objetivos: realizar un examen crítico de la doctrina fijada en la Sentencia sobre la interpretación del art. 8.2 de la Directiva 2006/115/CE, repasar la aplicación de la doctrina de la Sentencia tanto en el procedimiento judicial en que se planteó la cuestión prejudicial como en las tarifas generales de AGEDI y AIE y, en tercer término, sugerir posibles soluciones a la errónea doctrina fijada en la Sentencia.

2. Antecedentes de la Sentencia

2.1. El procedimiento judicial previo

La cuestión prejudicial resuelta por la Sentencia fue planteada por la Sala 1ª del Tribunal Supremo en el seno del recurso de casación 952/2016 interpuesto por ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S.A. (en lo sucesivo, «**ATRESMEDIA**») contra la sentencia nº 59/2016, de 22-2-2016, dictada por la sección 28ª de la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación 672/2013[8] derivado del procedimiento ordinario nº 551/2010 tramitado ante el Juzgado de lo mercantil nº 4 bis de Madrid resuelto mediante sentencia nº 110/13, de 10-6-2013.

El procedimiento judicial en que se planteó la cuestión prejudicial se inició el 29-7-2010 por AGEDI y AIE contra ATRESMEDIA, titular de varios canales de televisión en España, reclamando 17.093.260 € por el uso de fonogramas publicados con fines comerciales o reproducciones de los mismos en el periodo de 6 años y siete meses transcurrido entre 1-6-2003 y 31-12-2009 (comunicación pública y reproducción para tal fin de dichos fonogramas), siendo incontrovertido que ATRESMEDIA no satisfizo por tal concepto a AGEDI y AIE cantidad alguna[9].

[7] Véase, a este respecto, el trabajo *«Efectos de la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de sincronización audiovisual de fonogramas. Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de noviembre de 2020(C-147/19), caso "Atresmedia"»* del Catedrático de derecho civil de la Universidad Rey Juan Carlos y abogado del despacho Cuatrecasas Don Rafael Sánchez Aristi (2023), revista InDret 3-2023. Dicho trabajo refleja, en general, la interpretación que los usuarios de derechos de propiedad intelectual (especialmente, los organismos de radiodifusión) hacen de la Sentencia y sus efectos, opuesta diametralmente a la que se defiende aquí. Si el lector de este trabajo hace un ejercicio de comparación entre ambos, podrá tener una adecuada perspectiva de los términos actuales del debate.

[8] ECLI:ES:APM:2016:3842.

[9] Desde el punto de vista económico, y según la información obrante en el procedimiento principal, hacer hincapié en dos datos: (i) En el periodo 2007 a 2009 (único que se pudo comparar) ATRESMEDIA pagó a la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE) por el uso del repertorio autoral gestionado por la misma (esencialmente, musical) la cantidad de 56.690.185,82 €, mientras AGEDI-AIE reclamaron por estos mismos tres ejercicios un total de 7.370.450,00 €, es decir, un 13% de lo pagado a SGAE; y (ii) los ingresos publicitarios de ATRESMEDIA en el partido controvertido (1-6-2003 y 31-12-2009) fueron de 4.751.491 miles de euros, es decir, que la tarifa reclamada por AGEDI y AIE suponía, en términos globales, el 0,36% de sus ingresos de publicidad.

La base jurídica de la reclamación judicial de AGEDI y AIE a ATRESMEDIA fue la aplicación de los arts. 108.4, 115 y 116.2 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (en lo sucesivo, «**TRLPI**»), tanto en su redacción anterior a la entrada en vigor de la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el TRLPI (en lo sucesivo, «**Ley 23/2006**»)[10], como en su redacción posterior a ésta.

En este sentido, recordar que las normas jurídicas esenciales para la resolución del procedimiento en cuestión, aun cuando fueron modificadas durante el tiempo a que se refiere el mismo, esencialmente como consecuencia de la entrada en vigor de dicha Ley 23/2006, no sufrieron cambios relevantes en lo que afectaba al fondo de la controversia; así, tanto el texto original del TRLPI como el texto derivado de la Ley 23/2006, prevén de idéntica manera (i) la obligación de los usuarios de un fonograma publicado con fines comerciales o de una reproducción de dicho fonograma que se utilice para las modalidades de comunicación pública que interesan al objeto de esta litis de pagar una remuneración equitativa y única a los artistas intérpretes o ejecutantes y a los productores de fonogramas[11]; (ii) el derecho exclusivo de los productores de fonogramas de autorizar la reproducción de los mismos[12]; (iii) el concepto de fonograma[13]; y (iv) el concepto de obra audiovisual[14].

Dejando de lado en este momento, por no ser relevantes para el objeto de este trabajo, tanto las alegaciones fácticas de ATRESMEDIA[15] como las cuestiones afectantes a la metodología económica utilizada por AGEDI y AIE para concretar la cuantía de la reclamación[16] y otros argumentos jurídicos alegados en la contestación de la demanda[17], respecto del asunto más tarde

---

[10] BOE de 8-7-2006 y en vigor desde el 29-7-2006.

[11] Arts. 108.2 y 116.2 de la redacción original del TRLPI y arts. 108.4 y 116.2 de la redacción del TRLPI dada por Ley 23/2006.

[12] Art. 115 TRLPI que, en la redacción original de su primer párrafo establecía que «*Corresponde al productor de fonogramas el derecho exclusivo de autorizar la reproducción, directa o indirecta, de los mismos*», mientras que en la redacción dada a dicho precepto por Ley 23/2006 establece «*Corresponde al productor de fonogramas el derecho exclusivo de autorizar su reproducción, según la definición establecida en el artículo 18*». El párrafo segundo es idéntico antes y después de la Ley 23/2006.

[13] El art. 114. TRLPI, citado como infringido en el recurso de casación, no fue modificado por la Ley 23/2006.

[14] El art. 86.1 TRLPI, citado como infringido en el recurso de casación, no fue modificado por la Ley 23/2006.

[15] ATRESMEDIA negó, en la primera instancia, haber usado fonogramas publicados con fines comerciales en los canales de televisión de su titularidad en el periodo controvertido, afirmando haber dado instrucciones internas precisas al efecto y apelando a que, si se hubiera producido algún uso de tales fonogramas, el mismo derivaría de error, accidente, incumplimiento de normas internas dadas, en programas de zapping o en grabaciones audiovisuales adquiridas a terceros; tales alegaciones fueron desestimadas por la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado de lo mercantil nº 4 bis de Madrid, con base en la argumentación que consta en su Fundamento de derecho sexto. ATRESMEDIA no recurrió en apelación la sentencia de primera instancia, ni tampoco impugnó la misma en el trámite de oposición al recurso de AGEDI y AIE, por lo que esta cuestión devino firme.

[16] La reclamación económica (17.093.260 €) de AGEDI y AIE a ATRESMEDIA en este procedimiento no derivó de la aplicación de las tarifas generales vigentes de AGEDI y AIE vigentes en el periodo controvertido, sino del resultado de aplicar a ATRESMEDIA los acuerdos alcanzados por AGEDI y AIE con otras entidades de radiodifusión sobre los mismos derechos de propiedad intelectual; dichas entidades de radiodifusión eran TELEVISIÓN ESPAÑOLA, S.A. (TVE), GESTEVISIÓN TELECINCO, S.A. (TELECINCO), SOGECABLE, S.A. (CUATRO) y GESTORA DE INVERSIONES AUDIOVISUALES LA SEXTA, S.A. (SEXTA).

[17] ATRESMEDIA alegó que la reproducción de fonogramas para su comunicación al público a través de las cadenas de televisión de su titularidad estaba incursa límite establecido en el art. 31.1 TRLPI para *«reproducciones provisionales»*. Tal alegación fue desestimada en el Fundamento de derecho octavo de la sentencia de primera

resuelto en la Sentencia he de resaltar que ATRESMEDIA alegó, básicamente, que los fonogramas publicados con fines comerciales reproducidos (incorporados o sincronizados) en grabaciones audiovisuales de la tipología de películas cinematográficas, series de televisión y anuncios publicitarios no tenían la condición de reproducciones de dichos fonogramas y, por tanto, no devengan obligación alguna de pago de la remuneración prevista en los arts. 108.4 y 116.2 TRLPI.

La construcción de ATRESMEDIA partía de la premisa de reconocer la existencia de dos tipologías de grabaciones audiovisuales emitidas por televisión en las que se incorporan fonogramas comerciales: por un lado, aquellas en las que AGEDI y AIE sí tendrían derecho al cobro de la remuneración establecida en el art. 108.4 y 116.2 TRLPI, al no tener las mismas la condición de fijación de una obra audiovisual; y, por otro lado, aquellas otras en las que AGEDI y AIE no tendrían derecho al cobro de la remuneración establecida en el art. 108.4 y 116.2 TRLPI, por tener el carácter de fijación de una obra audiovisual (cinematográfica o de otro tipo).

A partir de tal premisa, la construcción de la tesis defendida por ATRESMEDIA se resume en considerar que la reproducción (o sincronización) de un fonograma comercial prexistente en una grabación audiovisual que contenga la fijación de una obra audiovisual no es, realmente, un acto de reproducción del fonograma de los previstos en el art. 115 TRLPI, sino un acto de transformación (art. 21 TRLPI) del fonograma, que provoca su dilución y desaparición en el conjunto de la obra audiovisual.

ATRESMEDIA completaba su discurso con su personal interpretación del art. 2 b) del Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996 (en adelante, «**TOIEF**»)[18], de la que se derivaría que el fonograma pierde su carácter de tal al incorporarse a una obra cinematográfica o audiovisual, motivo por el cual en ningún caso se podría considerar como «fonograma» a una fijación de música u otros sonidos incluida en una obra cinematográfica o audiovisual.

De hecho, y aun cuando la literalidad de la Declaración concertada al art. 2 b) del TOEIF parece clara, la interpretación alternativa propuesta por ATRESMEDIA fue finalmente asumida en la Sentencia.

La sentencia nº 110/13, de 10-6-2013, dictada en la primera instancia por el Juzgado de lo mercantil nº 4 bis de Madrid[19], asumió las tesis de ATRESMEDIA, concluyendo que no hay derecho de comunicación pública de fonogramas publicados con fines comerciales, ni de reproducción de los mismos, cuando la comunicación o reproducción que se realiza es de una *«obra audiovisual»*, declarando consecuentemente que no se devenga remuneración para los artistas musicales y los productores de fonogramas por la emisión de películas cinematográficas,

---

instancia dictada por el Juzgado de lo mercantil nº 4 bis de Madrid, sin que ATRESMEDIA la reprodujera en apelación.

[18] El instrumento de ratificación por España del TOEIF fue publicado, junto con el texto del TOEIF, en el Boletín Oficial del Estado (BOE) nº 148 de 18 de junio de 2010. El TOEIF fue aprobado, en nombre de la Comunidad Europea, mediante Decisión del Consejo de 16 de marzo de 2000 (Diario Oficial de la Unión Europea –DOUE- de 11 de abril de 2000 -L/89/6-), y entró en vigor en la Unión Europea (UE) el 14 de marzo de 2010 (DOUE de 4 de febrero de 2010 -L/32/1-). El art. 2 del TOIEF define fonograma de la siguiente forma: *«Fonograma: Toda fijación de los sonidos de una ejecución o interpretación o de otros sonidos, o de una representación de sonidos que no sea en forma de una fijación incluida en una obra cinematográfica o audiovisual»*.

[19] ECLI:ES:JMM:2013:439.

series de televisión y anuncios publicitarios, aun cuando en dichas grabaciones audiovisuales consten reproducidos fonogramas publicados con fines comerciales[20].

Por ello, la sentencia de 1ª instancia solo se estimó parcialmente la demanda interpuesta por AGEDI y AIE contra ATRESMEDIA, derivando para ejecución de sentencia la cuantificación de la cantidad adeudada pero (textual):

> *«..., , debiendo excluirse de esa liquidación, según se señala en el fundamento séptimo de esta sentencia, la comunicación pública de fonogramas publicados con fines comerciales que están incorporados (sincronizados) en las obras audiovisuales (las películas cinematográficas, series de televisión y anuncios publicitarios) y la reproducción instrumental de los mismos....»*

AGEDI y AIE interpusieron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia en base a dos alegaciones; la alegación primera, que se corresponde a la cuestión posteriormente resuelta por la Sentencia, se articuló bajo el siguiente enunciado:

> *«Infracción de los arts. 3, 131, 108.4 y 116.2 TRLPI en relación tanto con los arts. 18, 23, 86, 87, 107.1, 114, 115 y 120 TRLPI, con el art. 3.1 CC así como con el art. 2 de la Directiva 2001/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, y con los arts. 2 b), 7, 11 del Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre interpretación o ejecución y fonogramas de 20 de diciembre de 1996. La reproducción instrumental y la comunicación pública por ANTENA 3 de de todo tipo de grabaciones audiovisuales en las que se reproduzca un fonograma publicado con fines comerciales está sujeta al pago de las remuneraciones reclamadas.»*

Tras oponerse ATRESMEDIA al recurso de apelación de AGEDI y AIE, asumiendo íntegramente los razonamientos de la sentencia de 1ª instancia, el mismo fue resuelto por la sentencia nº 29/2016, de 25-1-2016, dictada por la especializada sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación 672/2013, que revocó la sentencia recurrida estimando íntegramente la demanda interpuesta por AGEDI y AIE contra ATRESMEDIA.

Esta sentencia de apelación asumió las tesis de AGEDI y AIE, afirmando que la transformación alegada por ATRESMEDIA solo puede predicarse de algo que pueda conceptualizarse como obra y, en tanto el fonograma no es una obra, no es posible ejercer sobre él operación alguna que comporte su transformación, concluyendo que el fonograma sincronizado en una obra audiovisual, en tanto réplica de los sonidos fijados en el fonograma, deber ser considerado como una reproducción del fonograma generadora de la remuneración establecida en los arts. 108.4 y 116.2 TRLPI[21].

ATRESMEDIA interpuso contra dicha sentencia recurso de casación articulado en base a cuatro motivos formulados bajo los siguientes enunciados:

> *«PRIMERO.- Al amparo del apartado 1 del artículo 477 LEC, con fundamento en la infracción del artículo 2 (b) del Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, sobre interpretación o ejecución y fonogramas, adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996, por cuanto aquel precepto excluye con claridad irrebatible del concepto de fonograma a las*

[20] El razonamiento íntegro de la sentencia de instancia al respecto consta en su Fundamento de derecho séptimo y puede consultarse en ECLI:ES:JMM:2013:439.

[21] El razonamiento íntegro de la sentencia de apelación al respecto consta en su Fundamento de derecho segundo y puede consultarse en ECLI:ES:APM:2016:3842.

fijaciones de los sonidos de una ejecución o interpretación en una obra cinematográfica o audiovisual.»

«SEGUNDO.- Al amparo del apartado 1 del artículo 477 LEC, con fundamento en la infracción del apartado 1 del artículo 114 LPI y el artículo 3 (b) de la Convención Internacional sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, hecha en Roma el 26 de octubre de 1961, en relación con el apartado 1 del artículo 86 LPI, también en cuanto al concepto de fonograma, en la medida en que la ley española y la internacional indican claramente que el fonograma es una "fijación exclusivamente sonora", lo que impide considerar que se pueda usar o reproducir un fonograma en el caso de una fijación de sonidos de una ejecución o interpretación en una obra audiovisual.»

«TERCERO.- Al amparo del apartado 1 del artículo 477 LEC, con fundamento en la infracción de los apartados 1 y 2 del artículo 21 LPI, en la medida en que la sentencia recurrida rechaza que la sincronización de una obra musical fijada en un fonograma da lugar a una transformación de esa obra, que queda integrada en un contexto creativo mayor y distinto, y sobre la que existen unos propios derechos de propiedad intelectual, distintos de los existentes sobre el fonograma.»

«CUARTO.- Al amparo del apartado 1 del artículo 477 LEC, con fundamento en la infracción de los artículos 108.4 y 116.2 LPI, en relación con el artículo 108.5 LPI, por cuanto la comunicación pública de obras audiovisuales (películas cinematográficas, series de televisión y anuncios publicitarios) no constituyen actos de uso de fonograma o de reproducción de fonograma, por lo que no pueden dar lugar a remuneración alguna a favor del productor del fonograma o de los artistas intérpretes y ejecutantes.»

AGEDI y AIE se opusieron al recurso de casación, alegando los motivos por los que entendían que no concurrían las infracciones legales denunciadas tras lo cual la Sala 1ª del Tribunal Supremo dictó providencia de 12-11-2018 señalando para la votación y fallo del recurso de casación el 19-12-2018.

2.2. El planteamiento de la cuestión prejudicial

Sorprendentemente, y pese a que ATRESMEDIA no planteó en ningún momento, ni en el procedimiento judicial previo ni en su recurso de casación, que la interpretación del art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE fuera necesaria para resolver el litigio[22], la Sala 1ª del Tribunal Supremo se planteó, motu propio, la procedencia de formular cuestión prejudicial ante el TJUE sobre la interpretación de dicho precepto, poniéndolo de manifiesto a las partes para que se pronunciaran al respecto.

Finalmente, la Sala 1ª del Tribunal Supremo dictó auto de 13-2-2019 en el que, apelando a las posiciones contrapuestas de las partes, la existencia de opiniones contrapuestas en la doctrina[23] y a las soluciones contrapuestas a la cuestión en Estados ajenos a la UE[24], plantea cuestión prejudicial formulando al TJUE las siguientes preguntas:

[22] ATRESMEDIA no citó como infringido por la sentencia recurrida en casación el art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE, ni mucho menos sugirió la pertinencia de plantear cuestión prejudicial ante el TJUE.

[23] Sin citar o referenciar a qué opiniones y autores se refería.

[24] Los antecedentes citados por el Tribunal Supremo fueron la sentencia de 20-5-1998 del Tribunal Supremo de Australia -*Phonographic Performance Co of Australia Ltd contra Federación de Estaciones de Televisión Comerciales*

> *«1.- El concepto de «reproducción de un fonograma publicado con fines comerciales» contenido en el art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE ¿incluye la reproducción de un fonograma publicado con fines comerciales en una grabación audiovisual que contenga la fijación de una obra audiovisual?*
> *2.- En caso de que la respuesta a la pregunta anterior fuera afirmativa, ¿está obligada al pago de la remuneración equitativa y única prevista en el art. 8.2 de tales directivas una entidad de radiodifusión televisiva que utilice, para cualquier tipo de comunicación al público, una grabación audiovisual que contenga la fijación de una obra cinematográfica o audiovisual en la que se haya reproducido un fonograma publicado con fines comerciales?»*

2.3. El procedimiento ante el TJUE

Ante el TJUE presentaron alegaciones escritas las partes en el procedimiento principal (ATRESMEDIA, AGEDI y AIE), el Reino de España y la Comisión Europea[25].

Sorprendentemente, ningún otro Estado miembro de la UE se personó en el procedimiento ni presentó alegaciones a una cuestión prejudicial cuya resolución, obviamente, no sólo iba a afectar a los derechos de los productores de fonogramas y artistas musicales de todos los Estados miembros, sino también a las relaciones entre las entidades de gestión de cada uno de dichos Estados miembros con las entidades de radiodifusión que operan en los mismos.

a. Las posiciones de AGEDI y AIE

AGEDI presentó sus observaciones escritas a 7-6-2019[26] y, respecto de la primera pregunta formulada por el Tribunal Supremo, concluía señalando que la misma debería ser respondida en sentido afirmativo puesto que la incorporación de un fonograma en una grabación audiovisual que contiene una obra audiovisual suponía una «reproducción» de dicho fonograma en el sentido del art. 8.2 de la Directiva 2006/115.

AIE presentó sus observaciones escritas a 12-6-2019 y, respecto de la primera pregunta formulada por el Tribunal Supremo, concluía solicitando al TJUE que respondiera concretando que el concepto de «reproducción de un fonograma publicado con fines comerciales» contenido en el art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE incluye la reproducción de un fonograma publicado con fines comerciales en una grabación audiovisual que contenga la fijación de una obra audiovisual.

En lo que corresponde a la segunda pregunta formulada al TJUE, AGEDI concluyó que procedía responder indicando que el art. 8.2 de las Directivas 92/100 y 2006/115 debía interpretarse en el

---

de Australia (S95/1997)- y sentencia de 12-7-2012 del Tribunal Supremo de Canadá -*Sound contra Motion Picture Theatre Associations of Canada y otros*-.

[25] De conformidad con el art. 23.2 del Protocolo sobre el Estatuto del TJUE, la Secretaría del TJUE puso de manifiesto el 27-3-2019 la petición de decisión prejudicial, recordando el derecho de las partes, los Estados miembros, la Comisión y, cuando proceda, el Parlamento Europeo, el Consejo y el Banco Central Europeo, de presentar observaciones escritas sobre la petición de decisión prejudicial en el plazo de dos meses.

[26] AGEDI y AIE, pese a comparecer ante el TJUE conjuntamente en un primer momento, más tarde desdoblaron su representación de forma que, ante el TJUE, sólo actué en nombre y representación de AIE. La representación y dirección letrada de AGEDI ante el TJUE correspondió a Don Juan José Marín López, abogado y catedrático de derecho civil de la Universidad de Castilla-La Mancha.

sentido de que una entidad de radiodifusión televisiva que utiliza, para cualquier tipo de comunicación al público, una grabación audiovisual que contenga la fijación de una obra cinematográfica o audiovisual en la que se haya reproducido un fonograma publicado con fines comerciales realiza un acto de comunicación al público de un fonograma, o de una reproducción de un fonograma, y está obligada a pagar la remuneración prevista en ese artículo.

AIE alegó, respecto de la segunda pregunta formulada al TJUE, que su respuesta se encontraba condicionada por la respuesta que se diera a la primera pregunta, señalando que la respuesta afirmativa a la primera de las preguntas formulada por el Tribunal Supremo conllevaba, necesariamente, la respuesta afirmativa a la segunda de las preguntas y, por tanto, la respuesta a la segunda pregunta formulada por el Tribunal Supremo habría de responderse afirmando que una entidad de radiodifusión televisiva que utilice, para cualquier tipo de comunicación al público, una grabación audiovisual que contenga la fijación de una obra cinematográfica o audiovisual en la que se haya reproducido un fonograma publicado con fines comerciales, está obligada al pago de la remuneración equitativa y única prevista en el art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE.

b. La posición del Reino de España

El Reino de España presentó sus observaciones mediante escrito de 12-6-2019 suscrito por la Abogacía del Estado[27] en el que, tras hacer un repaso al marco jurídico de aplicación, concluyó sobre las cuestiones prejudiciales planteadas lo siguiente.

Respecto de la primera cuestión planteada al TJUE, señalaba que habría de responderse, en línea a lo expuesto por AGEDI y AIE, que en el artículo 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE la reproducción de un fonograma publicado con fines comerciales comprende la realizada en la banda sonora de una grabación audiovisual con independencia de que ésta, por su originalidad, sea acreedora de la consideración de obra audiovisual.

Y respecto de la segunda cuestión planteada al TJUE, se habría de responder afirmando que cualquier usuario de una grabación audiovisual que contenga la reproducción de fonogramas publicados con fines comerciales y que lleve a cabo su radiodifusión inalámbrica o realice cualquier tipo de comunicación al público de la misma, debe abonar la remuneración equitativa y única a los artistas intérpretes o ejecutantes y productores de dichos fonogramas.

c. La posición de la Comisión Europea

La Comisión Europea presentó sus observaciones mediante escrito de 7-6-2019[28] proponiendo que se diera una única respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas consistente en que *«la noción de fonograma (o de una "reproducción" de un fonograma) cuya comunicación al público da lugar a remuneración conforme al artículo 8(2) de la directiva 2006/115 no incluiría la obra audiovisual a la que se ha incorporado un fonograma. Cuando la obra que se comunica al público es la obra audiovisual como tal, no se está "utilizando" o comunicando al público un "fonograma" a efectos del artículo 8(2) de la directiva»*.

[27] Concretamente por el Abogado del Estado Don Alejandro Rubio González.

[28] Suscrito por D. Eric Gippini Fournier, Consejero jurídico de la Comisión Europea, y Doña Julie Samnadda, miembro de su Servicio Jurídico.

d. La posición de ATRESMEDIA

Por su parte, ATRESMEDIA presentó sus observaciones mediante escrito de 30-5-2019[29] en el que, tras hacer un repaso sobre el objeto de la cuestión prejudicial, el origen de la controversia, la definición de fonogramas en Tratados Internaciones y legislación nacional, y el hecho de que la obra cinematográfica o audiovisual contempla a autores, artistas intérpretes o ejecutantes, en ningún caso al fonograma, concluía, respecto de la primera pregunta formulada por el Tribunal Supremo, que el TJUE debería responder afirmando que el concepto de «reproducción de un fonograma publicado con fines comerciales» contenido en el art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE no incluye la reproducción de un fonograma publicado con fines comerciales en una grabación audiovisual que contenga la fijación de una obra audiovisual.

Respecto de la segunda pregunta formulada por el Tribunal Supremo, ATRESMEDIA concluyó que el TJUE habría de responder afirmando que una entidad de radiodifusión televisiva que utilice, para cualquier tipo de comunicación al público, una grabación audiovisual que contenga la fijación de una obra cinematográfica o audiovisual en la que se haya reproducido un fonograma publicado con fines comerciales, no está obligada al pago de la remuneración equitativa y única prevista en el art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE.

e. La vista oral

Con fecha 12-12-2019 se citó a las la partes personadas en el procedimiento para la celebración de la vista oral del procedimiento el 30-1-2020, notificándose a la misma fecha un documento en que constaban las siguientes preguntas que el TJUE solicitaba que fueran respondidas en la vista oral:

> *«**1. Pregunta dirigida a AGEDI y a AIE***
> *Se solicita a AGEDI y a AIE que tomen posición específicamente sobre las consideraciones que figuran en los apartados 31 a 35 de las observaciones escritas de la Comisión Europea.*
> ***2. Pregunta dirigida a todos los participantes en la vista oral***
> *Se solicita a los participantes en la vista oral que se pronuncien sobre la pertinencia, en su caso, para el presente asunto, de la sentencia de 29 de julio de 2019, Pelham y otros (C-476/17, EU:C:2019:624)»*

Las consideraciones expuestas en los apartados 31 a 35 de las observaciones presentadas por la Comisión Europea consistían en unas *«observaciones preliminares sobre la reproducción»*, ajenas a la cuestión prejudicial planteada, en las que la Comisión Europea, aun reconociendo no conocer en detalle los hechos del litigio, confesaba que no acertaba a entender *«qué actos de reproducción de un fonograma estaría llevando a cabo un canal de televisión que emite una obra audiovisual a la que se ha incorporado un fonograma de forma autorizada»*; tales «*observaciones preliminares»* fueron respondidas en el acto de la vista por los representantes de AGEDI y AIE de forma aparentemente satisfactoria para el TJUE en tanto, como puede apreciarse a la vista del texto de la Sentencia, no merecieron mención alguna en la Sentencia.

Respecto de la cuestión de los efectos para la cuestión prejudicial planteada del contenido de la sentencia del TJUE de 29-7-2019 en el asunto C-476/17 (Pelham), tampoco parece que el TJUE

[29] Suscrito por el letrado Don Carlos Aguilar Fernández.

los considerara a la vista del texto de la Sentencia, y ello sin perjuicio de la referencia a la misma realizada en las conclusiones presentadas por el Abogado General, sobre la que incidiré más tarde.

Cabe destacar que, durante la celebración de la vista, se preguntó expresamente por el TJUE a los representantes de AGEDI y AIE cuál era el tratamiento en España, a nivel de derechos de autor, de la cuestión de la sincronización de obras musicales preexistentes en obras audiovisuales y, específicamente, si existía algún derecho de remuneración similar al controvertido para los autores de obras musicales.

Tuve la oportunidad de responder personalmente, recordando al TJUE que, en España, los autores de las obras musicales preexistentes tienen los derechos exclusivos de autorizar o prohibir su reproducción (sincronización) en cualquier clase de soporte audiovisual (art. 18 TRLPI) y la comunicación pública de tales soportes (art. 20 TRLPI), aún en el caso de que se admitiera que tal sincronización supone un acto de transformación de la obra musical (art. 21.2 TRLPI).

También recordé al TJUE que los autores de obras preexistentes son equiparados, en España, a los autores de la obra audiovisual (art. 90.1 TRLPI), reconociéndose a todos ellos las remuneraciones de los arts. 90.3 y 90.4 TRLPI de forma que un autor de una obra musical preexistente que, directamente o a través de su editor, haya autorización la sincronización de la misma en una obra audiovisual, y la comunicación pública de ésta, percibe en España de las televisiones la remuneración por la comunicación pública de su obra musical *«de acuerdo con las tarifas generales establecidas por la correspondiente entidad de gestión»* (SGAE) cuando la obra audiovisual en la que se ha incorporado se emite[30].

f. Las conclusiones del Abogado General del TJUE

El Abogado General del TJUE Don Evgeni Tanchev presentó sus conclusiones el 16-6-2020[31], proponiendo que el TJUE contestara a las cuestiones prejudiciales planteadas de la siguiente forma:

> *«Los conceptos de "fonograma" y de "reproducción de [un] fonograma" que se emplean en el artículo 8, apartado 2, de la Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, y en el artículo 8, apartado 2, de la Directiva 2006/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad*

[30] En esta misma línea se pronuncia la resolución 7-7-2020 de la Sección 1ª de la Comisión de Propiedad Intelectual por la que se admite a trámite la solicitud de inicio del procedimiento de determinación de tarifas presentada por VISUAL ENTIDAD DE GESTIÓN DE ARTISTAS PLÁSTICOS (VEGAP) E/2019/001 (accesible en https://www.culturaydeporte.gob.es), en la que se reconoce claramente el derecho de los autores de obras preexistentes (visuales, en el caso resuelto por la SPCPI) a percibir las remuneraciones establecidas en los arts. 90.3 y 90.4 TRLPI, señalando, entre otras cuestiones, que *«19. Por lo demás, de la sistemática de conjunto del artículo 90 se desprende con claridad que todos los derechos de remuneración contemplados en la norma tienen un tratamiento homogéneo. Los tres derechos de remuneración de los apartados 2, 3 y 4 se reconocen a favor de los autores mencionados en el apartado 1: los de obras audiovisuales y los de obras preexistentes, transformadas o no. Son derechos inalienables e irrenunciables por actos inter vivos y no serán de aplicación a los autores de obras audiovisuales de carácter publicitario (art. 90.6 TRLPI). Se harán efectivos a través de entidades de gestión colectiva (art. 90.7 TRLPI).»*

[31] ECLI:EU:C:2020:597

intelectual, no incluyen una obra audiovisual a la que se ha incorporado un fonograma tras haberse obtenido la autorización del titular o de los titulares de derechos sobre el fonograma conforme exige el artículo 2, letra c), de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

Cuando la obra comunicada al público es una obra audiovisual como tal, no es un "fonograma", en el sentido del artículo 8, apartado 2, de la Directiva 92/100 y del artículo 8, apartado 2, de la Directiva 2006/115, que se "utilice" o comunique al público.

Por consiguiente, el artículo 8, apartado 2, de la Directiva 92/100 y el artículo 8, apartado 2, de la Directiva 2006/115 no exigen a los Estados miembros que dispongan que el usuario debe pagar una "remuneración equitativa y única" al titular o a los titulares de derechos sobre el fonograma incorporado cuando la obra audiovisual sea objeto de "comunicación al público".»

3. La Sentencia. Inexactitudes y errores que contiene

La parte dispositiva de la Sentencia dictada por el TJUE en la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo declara textualmente lo siguiente:

«El artículo 8, apartado 2, de la Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, y el artículo 8, apartado 2, de la Directiva 2006/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, deben interpretarse en el sentido de que los usuarios no tienen que pagar la remuneración equitativa y única que contemplan ambas disposiciones cuando efectúen una comunicación pública de grabaciones audiovisuales que contengan la fijación de obras audiovisuales en las que se hayan incorporado fonogramas o reproducciones de dichos fonogramas.»

Sin perjuicio de la crítica a la fundamentación jurídica de tal declaración, entiendo relevante que se conozcan algunas inexactitudes y errores que contiene el texto de la Sentencia en tanto condicionan el criterio expresado en su parte dispositiva, dejando de lado otros, menos relevantes, en los que incurre a la hora de hacer referencia al derecho español aplicable y al describir el litigio principal.

La Sentencia comienza reconociendo el incuestionable hecho de que ATRESMEDIA procedió a comunicar al público, a través de los canales de televisión de su titularidad, grabaciones audiovisuales que contienen la fijación de obras audiovisuales en las que constan incorporados fonogramas publicados con fines comerciales o reproducciones de los mismos[32] para, sin solución de continuidad, afirmar en su párrafo 25 lo siguiente:

«25. A este respecto, las cuestiones prejudiciales del órgano jurisdiccional remitente no versan sobre la reproducción de esos fonogramas con ocasión de su incorporación en las mencionadas grabaciones audiovisuales, pues precisa que tal incorporación se efectuó con la autorización de los titulares de derechos afectados y a cambio de una remuneración que les fue abonada de conformidad con los acuerdos contractuales aplicables.»

[32] Párrafo 24 de la Sentencia.

Siendo cierta la primera de las afirmaciones formuladas en dicho párrafo 25[33], no ocurre lo mismo con la segunda puesto que, si se lee con atención el auto de 13-2-2019 del Tribunal Supremo planteando la cuestión prejudicial, en ningún momento se afirma, ni se parte en el mismo, de que los fonogramas incorporados a las grabaciones audiovisuales que contienen la fijación de una obra audiovisual emitidos en los canales de ATRESMEDIA lo hayan sido con autorización de los titulares de los derechos (productores de fonogramas y artistas musicales), ni mucho menos que los titulares hayan percibido remuneración alguna de conformidad con los acuerdos contractuales aplicables por tal comunicación pública.

El error cometido por la Sentencia viene precedido y, posiblemente, condicionado, por el cometido por el Abogado General del TJUE Don Evgeni Tanchev en las Conclusiones presentadas el 16-7-2020 ante el propio TJUE, en cuyo párrafo 32 se señalaba textualmente lo siguiente:

> *«… En el auto de remisión se señala claramente que la «sincronización» de los fonogramas en cuestión se llevó a cabo después de haberse obtenido la correspondiente licencia…»*

Curiosamente, y como consta en la nota a pie de página 13 de las Conclusiones del Abogado General, la existencia de una licencia previa de «sincronización» del fonograma habría sido reconocida *«claramente»* por el Tribunal Supremo en el apartado 3 del Antecedente de hecho Primero del auto de 13-2-2019 (en el que, a la hora de concretar los contornos del litigio principal en el que se plantea la cuestión prejudicial, se reproduce parcialmente una parte del Fundamento de derecho séptimo de la sentencia de 10-6-2013 del Juzgado de 1ª instancia a fin de dejar constancia de la argumentación del Juzgado) y en el apartado 2 del Fundamento de derecho quinto del auto de 13-2-2019 (en el que el Tribunal Supremo describe las dudas interpretativas que motivan el planteamiento de la cuestión prejudicial reflejando los enfrentados argumentos mantenidos por las partes).

Limitándose el Tribunal Supremo a describir el razonamiento del Juzgado de 1ª instancia, además en sede de antecedentes, y los razonamientos de las partes, no es razonable concluir de estos antecedentes que el auto de remisión reconoce *«claramente»* que la «sincronización» se ha realizado previa autorización o licencia de los titulares.

La realidad es que en el procedimiento principal no se fijó como controvertido hecho alguno que tuviera relación con las licencias de «sincronización» otorgadas por los titulares de los derechos sobre los fonogramas a los productores de obras audiovisuales, ni se practicó prueba alguna al respecto.

Es más, durante todo el procedimiento judicial previo ninguna de las partes aportaron o solicitaron prueba alguna tendente a la acreditación de que la reproducción o sincronización de los fonogramas publicados con fines comerciales se hizo con autorización de los productores de fonogramas y artistas musicales, ni del contenido de las licencias de reproducción o sincronización de fonogramas preexistentes suscritas por tales titulares con los productores de las obras audiovisuales, ni mucho menos de que la contraprestación de tales licencias abarcara también la remuneración de los titulares, no sólo por la reproducción o «sincronización» del

[33] Efectivamente, las preguntas formuladas por el Tribunal no versan sobre la reproducción de los fonogramas publicados con fines comerciales en las grabaciones audiovisuales que contienen la fijación de una obra audiovisual.

fonograma en el soporte audiovisual, sino por los sucesivos actos de comunicación pública que se realizaran de este último.

El contenido del párrafo 25 de la Sentencia no pasaría de ser un mero error, incongruencia o anécdota si no fuera por la trascendencia que, para la propia Sentencia y sus razonamientos, tienen esos supuestos acuerdos contractuales alcanzados entre los titulares de los derechos sobre los fonogramas y los productores de obras audiovisuales, cuestión que trataré más adelante.

4. Crítica de la Sentencia

La fundamentación jurídica de la Sentencia pivota sobre las dos siguientes cuestiones que se plantean y desarrollan en la misma.

En primer lugar, sobre si una grabación audiovisual que contenga la fijación de una obra audiovisual en la que se haya incorporado o reproducido un fonograma publicado con fines comerciales debe calificarse como «fonograma» a efectos del art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE. Esta cuestión es desarrollada en los párrafos 31 a 47 de la Sentencia.

Y, en segundo lugar, sobre si una grabación audiovisual que contenga la fijación de una obra audiovisual en la que se haya incorporado o reproducido un fonograma publicado con fines comerciales debe calificarse como una «reproducción de un fonograma» a efectos del art. 8.2 de las Directivas 2/100/CEE y 2006/115/CE. Esta cuestión es desarrollada en los párrafos 48 a 52 de la Sentencia.

4.1. Concepto de «fonograma» en la Sentencia y su trascendencia para la resolución de la cuestión prejudicial planteada

La Sentencia aborda las cuestiones planteadas por el Tribunal Supremo desde una perspectiva, a mi juicio, errónea.

Y es errónea porque la primera cuestión que desarrolla, consistente en determinar si la fijación de una obra audiovisual[34] en la que se haya incorporado o reproducido un fonograma publicado con fines comerciales debe calificarse como «fonograma» a efectos del art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE, ni fue planteada por el Tribunal Supremo en el auto de 13-2-2019 formulando la cuestión prejudicial[35], ni fue defendida por ninguna de las partes en el procedimiento judicial previo.

La ausencia de planteamiento durante el procedimiento judicial previo y por el Tribunal Supremo de esta cuestión no es fruto de error, olvido u omisión, sino consecuencia de la evidencia de que, conforme al derecho español aplicable y a la luz de lo establecido en el art. 114.1 TRLPI, no puede existir ninguna duda de que un «fonograma» es la *«fijación exclusivamente sonora de la ejecución de una obra o de otros sonidos»*.

[34] Grabación audiovisual.

[35] Como puede apreciarse, el Tribunal Supremo pregunta por el concepto de «reproducción de un fonograma publicado con fines comerciales» contenido en el art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE, y no sobre el concepto de «fonograma».

Por tanto, si la *«fijación»*, en tanto incorporación de sonidos en cualquier medio y en cualquier forma (normalmente, en un soporte material) a partir de la cual pueda reproducirse o comunicarse al público, debe ser *«exclusivamente sonora»* para que pueda ser considerada «fonograma», es una obviedad que los sonidos de una grabación audiovisual que contenga la «fijación» de una obra audiovisual no pueden ser nunca considerados como «fonograma» a efectos de dicho art. 114.1 TRLPI.

Y si la definición, ya de por sí clara, del art. 114.1 TRLPI se pone en relación con lo establecido en el art. 3 b) de la Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, hecha en Roma el 26 de octubre de I961 (en lo sucesivo, «**Convención de Roma**»)[36] y en el art. 2 b) del TOIEF, resulta aún más evidente que una grabación audiovisual que contenga la fijación de una obra audiovisual, por más que en la misma se haya incorporado un fonograma publicado con fines comerciales (o una reproducción del mismo), nunca puede considerarse «fonograma», motivo por el cual extraña sobremanera que la Sentencia dedique a este asunto la mayor parte de su contenido.

Cuestión distinta, como veremos, es si, cuando tal grabación audiovisual[37] es comunicada al público (por televisión), se devenga o no la remuneración por la comunicación pública de la reproducción del fonograma en beneficio de los artistas musicales y productores del mismo.

En todo caso, la Sentencia comienza por dejar constancia de que ninguna de las Directivas de la UE facilita una definición del concepto de «fonograma» o contienen una remisión expresa al derecho de los Estados miembros para determinar el alcance del concepto de fonograma[38], razón por la cual es necesario acudir a los instrumentos de derecho internacional para concretarlo.

Dichos instrumentos, a los que hace referencia en la Sentencia y que he citado anteriormente, son el art. 3 b) de la Convención de Roma, que define «fonograma» como *«toda fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una ejecución o de otros sonidos»*, y el art. 2 b) del TOIEF, que define «fonograma» como *«toda fijación de los sonidos de una ejecución o interpretación o de otros sonidos, o de una representación de sonidos que no sea en forma de una fijación incluida en una obra cinematográfica o audiovisual.»*

A partir de tales definiciones, la Sentencia acude a un documento cuyo contenido (e interpretación por parte del TJUE) tiene especial relevancia en el desarrollo de su fundamentación jurídica y al que atribuye, en la práctica, la autoridad de interpretación «auténtica» del TOIEF.

Tal documento es la *«Guía sobre los Tratados de derechos de Autor y Derechos Conexos Administrados por la OMPI»* (en lo sucesivo, la «**Guía**»), editada por la OMPI en 2003 y escrita por

[36] La Convención de Roma entró en vigor en España el 14-11-1991, tal y como consta en su Instrumento de Ratificación publicado en el BOE de la misma fecha.

[37] En tanto fijación de una obra audiovisual en la que se haya incorporado o reproducido un fonograma publicado con fines comerciales.

[38] Párrafo 32 de la Sentencia.

el Dr. Mihály Ficsor[39], del que se afirma en la Sentencia que es *"«un documento interpretativo elaborado por la OMPI que, sin tener fuerza vinculante, contribuye, no obstante, a la interpretación del TF* (TOIEF)».

La realidad, sin embargo, es que, como consta en el Prefacio de la propia Guía, firmado por el entonces Director General de la OMPI Don Kamil Idris, *«Esta guía fue encomendada por la OMPI y escrita por el Dr. Mihály Ficsor, especialista de este tema de renombre internacional. Los puntos de vista expresados en la Guía son los del Dr. Ficsor y no reflejan necesariamente los de la Organización.»*

Es decir, la interpretación «auténtica» del TOIEF dada por la Guía que constituye, en la práctica, el único fundamento de la Sentencia es, realmente, una particular y personal interpretación realizada por un jurista (Dr. Mihály Ficsor) en un documento en el que se advierte, expresamente, que los puntos de vista que refleja no tienen por qué coincidir con los de la OMPI.

Pero es que, con la finalidad de otorgar una mayor fuerza a las opiniones expresadas por el Dr. Mihály Ficsor en la Guía, el TJUE da un paso más y equipara la misma, analógicamente, a la *«Guía del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de Paris, 1971)»* publicada por la OMPI en 1978, sin apercibirse de que ésta no fue escrita por ningún tercero, sino por el entonces Director del Departamento de Derechos de Autor e Información de la Oficina Internacional de la OMPI Don Claude Masouyé, tal y como consta en su Prefacio[40].

De esta cuestión nos apercibe el profesor Don André Lucas[41], señalando lo siguiente:

> *«En primer lugar, se observa que se basa principalmente, si no únicamente, en la autoridad de la Guía de los Tratados sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos administrada por la OMPI, que la Corte presenta como un "documento interpretativo elaborado por la OMPI" y que, según él, debe contribuir a la interpretación del TPIS, al igual que la Guía del Convenio de Berna publicada por la OMPI en 1978, a la que se refirió en su jurisprudencia anterior. La comparación es atrevida. En efecto, el autor de la Guía del Convenio de Berna, sí ha sido correctamente identificado (C. Masouyé), actuó como director del "Departamento de Derecho de Autor e Información de la Oficina Internacional de la OMPI", según indicó el Director General de la Organización de la época (Arpad Bosch) en su prefacio, en el que especifica que la preparación del trabajo quedó inscrita "entre las actividades de la OMPI". La Guía de 2003, por el contrario, efectivamente publicada por la OMPI, es obra de un autor (el Sr. Ficsor) de quien el Sr. Kamil Idris, Director General de la OMPI en ejercicio, dice en el prefacio que es un "experto de renombre" pero cuyas opiniones personales expresadas en el libro "no reflejan necesariamente las de la Organización". No sólo no tiene, como reconoce el Tribunal de Justicia, "fuerza jurídica vinculante", sino que sólo defiende sobre la cuestión que nos interesa una opinión dentro de una doctrina que, como veremos más adelante, está más dividida de lo que indica el Abogado General Tanchev en sus conclusiones.»*

---

[39] Públicamente accesible en https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/891/wipo_pub_891.pdf.

[40] Accesible en https://tind.wipo.int/record/35093. Nótese, además, cómo en tal Prefacio no hay mención ni referencia alguna a que los puntos de vista expresados en la Guía del Convenio de Berna sean los personales del Sr. Masouyé, ni mucho menos a que los mismos no reflejen los de la OMPI, por la elemental razón de que la Guía del Convenio de Berna sí recoge los puntos de vista de la OMPI sobre este Convenio.

[41] En su comentario crítico a la Sentencia publicado en el nº 78 (enero 2021) de la revista «PROPRIÉTÉS INTELLECTUELLES» editada por el Institut de Recherche en Propiete Intellectuaelle (páginas 54 a 63). Don André Lucas es un jurista de reconocido prestigio que, actualmente, es profesor emérito de la Universidad de Nantes y Director Científico de la revista señalada. La traducción es mía.

En todo caso, lo que hace la Sentencia es trasladar la opinión del Dr. Mihály Ficsor sobre el art. 2 b) del TOIEF reflejada en la Guía, según la cual lo que se hizo en el mismo fue actualizar la definición de «fonograma» contenida en el art. 3 b) de la Convención de Roma, ampliando el concepto para incluir aquellos fonogramas que no son fijaciones de sonidos, sino de «representaciones de sonidos», y señalando, en lo que interesa a la cuestión objeto de este estudio, lo siguiente:

> *«PPT-2.7. El segundo aspecto es que la expresión "exclusivamente sonora" se ha sustituido por una frase más larga: "que no sea en forma de una fijación incluida en una obra cinematográfica o audiovisual." En la Propuesta Básica, se había propuesto otra frase: "una fijación audiovisual, la representación de sonidos e imágenes o la parte sonora de éstos no es un fonograma". La frase que aparece en el punto b) se acordó durante las consultas informales, y se adoptó como parte de la definición sin una explicación de fondo de las razones de ello y sin debate alguno. El efecto de esta frase es que, en el caso de que una fijación audiovisual no cumpla los requisitos para poder considerarse obra, la fijación de los sonidos de una interpretación o ejecución o de otros sonidos, o de una representación de sonidos, incorporada en dicha fijación audiovisual, debe considerarse "fonograma".*
>
> *PPT-2.8. La declaración concertada que se adoptó respecto del punto b) ofrece una aclaración importante. Indica que los derechos sobre un fonograma no quedan afectados por la incorporación de éste una obra cinematográfica u otra obra audiovisual. Esto significa que los fonogramas sólo pueden utilizarse en dichas obras a partir de arreglos contractuales adecuados, teniendo en cuenta debidamente los derechos de los productores de fonogramas previstos en el Tratado. En caso de que se utilicen de nuevo con independencia de la obra audiovisual, deben ser considerados fonogramas. (De hecho, esto puede suponer un campo bastante grande de fijaciones sonoras, ya que los sonidos de la música de una obra audiovisual frecuentemente se fijan de forma independiente- motivo por el cual la fijación debe reconocerse como "fonograma" en virtud de esta definición- y son incorporados posteriormente a la obra audiovisual.).*
>
> *PPT-2.9. Durante los debates de la Comisión Principal de la Conferencia Diplomática, también se aclaró que "la banda sonora de una película cinematográfica, cuando se separa de la película, es decir, cuando se publica como grabación sonora, debe poder ser considerada fonograma".»*

Realmente, desde mi punto de vista, lo que hace la ya famosa frase *«que no sea en forma de una fijación incluida en una obra cinematográfica o audiovisual»*, incluida en el art. 2 b) del TOIEF, no es modificar el sentido del término «fonograma», sino hacer frente a un viejo debate planteado en ordenamientos anglosajones (que no en los europeos) sobre si la banda sonora «original» grabada en el proceso de producción de la obra audiovisual constituye parte de la obra audiovisual o una grabación sonora (fonograma) incorporada o yuxtapuesta generadora de derechos desde el mismo momento de su grabación[42].

Tal debate no es baladí si asumimos que la grabación de la banda sonora «original» de cualquier obra cinematográfica o audiovisual, especialmente en lo que corresponde a la fijación de las

[42] Este también es el punto de vista de la Abogacía del Estado del Reino de España que, en sus observaciones presentadas en la cuestión prejudicial, concretamente en su párrafo 47, hizo hincapié en exactamente esta cuestión.

interpretaciones de obras musicales contenidas en la misma, no se realiza, en la práctica, de forma conjunta a la grabación de las interpretaciones actorales.

Lo habitual y, además, lógico, es que la grabación de la «música» de la obra cinematográfica o audiovisual se realice en un soporte exclusivamente sonoro (es decir, en un «fonograma») que, más tarde y durante el proceso de producción, se incorpora, mediante su reproducción («sincronización», si se quiere), en la fijación de la obra audiovisual hasta culminar su versión definitiva.

Desde esta perspectiva, es también lógico y normal que se planteara la cuestión de si tales fijaciones exclusivamente sonoras de la interpretación de obras musicales que, posteriormente, se incorporan a la versión definitiva de la obra audiovisual, deberían considerarse como «fonograma» a efectos del sistema de protección de los derechos conexos o afines a los derechos de autor.

Y es a esto a lo que se responde, de forma negativa, en el art. 2 b) del TOIEF, en la línea ya anticipada en la *«Guía de la Convención de Roma y del Convenio de Fonogramas»*[43], que concretamente en su apartado 3.7, señala que:

> *«Las fijaciones de imágenes (películas mudas), o de imágenes y sonidos (televisión y películas sonoras), quedan así excluidas de la noción de "fonograma" a efectos de la Convención. (Véase, para lo que afecta a los artistas intérpretes o ejecutantes, el artículo 19 de ésta.)».*

Obviamente, si la fijación de los sonidos de la ejecución de una obra musical, realizada *ad hoc* en soporte exclusivamente sonoro, no publicada ni difundida con anterioridad, e incorporada durante el proceso de producción de una obra audiovisual, no puede ser considerada un «fonograma», mucho menos puede ser considerado «fonograma» aquella otra fijación de sonidos extraída o reproducida de un fonograma publicado con fines comerciales e incorporada a la fijación de la obra audiovisual.

Ahora bien, que la fijación de una obra audiovisual y, por tanto, todo su contenido, no pueda considerarse como un «fonograma» no implica que los derechos sobre el «fonograma» desaparezcan con su incorporación a la fijación de una obra audiovisual.

Y precisamente por ello, para clarificar que el art. 2 b) TOEIF no conlleva la pérdida de sustantividad de los fonogramas preexistentes que se puedan incorporar a la banda sonora de una obra audiovisual, se acordó la Declaración concertada al art. 2 b) TOEIF, que textualmente señala lo siguiente:

> *«Queda entendido que la definición de fonograma prevista en el artículo 2.b) no sugiere que los derechos sobre el fonograma sean afectados en modo alguno por su incorporación en una obra cinematográfica u otra obra audiovisual»*

Por tanto, lo que hace tanto el TOEIF como la Convención de Roma es diferenciar el ámbito de protección del fonograma del correspondiente a las fijaciones visuales o audiovisuales, de forma que, por una parte, se excluyen las fijaciones visuales o audiovisuales del concepto de «fonograma» y, por otro, se clarifica que la protección de los artistas, respecto de sus

[43] Accesible en https://tind.wipo.int/record/35090. Escrita por Don Claude Masouyé, publicada por la OMPI en 1982 y reimpresa en 2003 (ISBN 92-805-0066-X).

interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, es diferente de la protección respecto de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en grabaciones audiovisuales.

Ilustrativo de lo expuesto en el párrafo anterior es el párrafo 19.2 de la Guía de la Convención de Roma en el que, al hilo de la interpretación del art. 19 de dicha Convención[44], se señala lo siguiente con ejemplos bien claros:

> *«.... Esto quiere decir que, a partir de ese instante, el artista deja de estar protegido contra cualesquiera utilizaciones que puedan hacerse de su prestación incorporada a la película, lo mismo si esta última ha sido producida para ser explotada en las salas cinematográficas, que si lo ha sido para la televisión. Por ejemplo: un actor «rueda» una película, o actúa en una emisión televisiva: es evidente que el mero hecho de su presencia en el plató constituye, por su parte, un consentimiento a la fijación de imágenes y de sonidos con el fin de realizar la película destinada, según los casos, a la proyección pública en las salas cinematográficas o a la televisión. Para esa misma película, un músico interpreta trozos musicales en un estudio, autorizando que su prestación sea fijada en la pista sonora con idéntico destino. Las prestaciones de ambos son, pues, incorporadas a la película con su consentimiento. Si, después de terminado el montaje de la película, ésta es utilizada con fines distintos de aquellos para los que fue producida (por ejemplo: algunas de sus escenas son incorporadas a otra película o a otra emisión; se hacen de ella videogramas que son puestos a la venta en el mercado, etcétera...), ni el actor ni el músico podrán invocar la Convención para reclamar una remuneración por esas utilizaciones. Su único recurso se encuentra en manos del productor de la película original; y esto, tan sólo en el caso de que así se halle estipulado en los contratos que uno y otro hayan suscrito con él...»*

Mi expresado punto de vista coincide con el del autor de la Guía Dr. Mihály Ficsor, que en su trabajo *«Comentarios sobre Atresmedia - qué derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes son o no aplicables en caso de incorporación de fonogramas en obras audiovisuales»*[45], y bajo el subtítulo *«Mala interpretación de un comentario hecho en la Guía de la OMPI»*[46], señala textualmente lo siguiente[47]:

> *«El comentario citado en el párrafo 45 de la sentencia aparece verdaderamente en la Guía de la OMPI. Sin embargo, se refiere únicamente a los derechos de los productores de fonogramas y únicamente a la autorización de la incorporación de fonogramas a obras audiovisuales, es decir, al acto de sincronización. No aborda la cuestión de qué tipo de impacto puede tener dicha incorporación en el derecho de los artistas intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas a una remuneración única y equitativa en virtud del artículo 12 de la Convención de Roma, el artículo 15 del WPPT y el artículo 8(2) de la Directiva. 2006/115/CE. En consecuencia, no se desprende de estas observaciones lo que de ellas ha deducido el TJUE.*
>
> *La observación según la cual, si un fonograma incorporado a una obra audiovisual se vuelve a utilizar de forma independiente, se considera fonograma, se ha hecho únicamente desde el punto de vista de los derechos de los productores de fonogramas. Cuando un fonograma*

---

[44] Dicho precepto señala lo siguiente: *«No obstante cualesquiera otras disposiciones de la presente Convención, una vez que un artista intérprete o ejecutante haya consentido en que se incorpore su actuación en una fijación visual o audiovisual, dejará de ser aplicable el artículo 7.»*

[45] «*Comments on Atresmedia -- what rights of performers are, or are not, applicable in case of embodiment of phonograms in audiovisual Works*», http://www.copyrightseesaw.net/en/papers.

[46] «*Misinterpretation of a comment made in the WIPO Guide*».

[47] La traducción es mía.

> *existente se incorpora a una obra audiovisual, la situación no es la misma que cuando la primera fijación de los sonidos la realiza el productor de la obra audiovisual en paralelo a la fijación de las imágenes. No es lo mismo porque, mientras los productores de obras audiovisuales se convierten en productores de fonogramas cuando los sonidos fijados por ellos por primera vez se publican de forma independiente, no ocurre lo mismo cuando se incorpora a la banda sonora un fonograma preexistente; el productor es el productor del fonograma originalmente grabado siempre que se publique por separado.»*

Es decir, que el TJUE no solo asume erróneamente los comentarios de la Guía como interpretación «auténtica» del TOEIF, sino que, además, el propio autor de dichos comentarios (Dr. Mihály Ficsor) afirma que el TJUE se ha equivocado al interpretarlos y aplicarlos en la Sentencia.

A mayor abundamiento, resaltar que la interpretación que defiendo sobre que los derechos sobre el «fonograma» no desaparecen con su incorporación a la fijación de una obra audiovisual es también asumida expresamente por las legislaciones en materia de propiedad intelectual de otros países miembros de la Unión Europea que, en concreto, señalo a continuación.

La Ley de derechos de autor y derechos conexos de la República de Croacia[48], reconoce en su art. 136 a los artistas musicales el derecho a una remuneración equitativa por la comunicación pública de una *«interpretación musical fijada en un fonograma»* que es *«incorporada en una obra audiovisual»*; y en su art. 142 a los productores de fonogramas el derecho a una remuneración equitativa en el caso de comunicación pública de un fonograma publicado con fines comerciales incorporado en una obra audiovisual.

La Ley nº 633, de 22-4-1941, de protección de los derechos de autor y otros derechos relacionados con su ejercicio de la República de Italia[49], reconoce en su art. 73 el derecho de los artistas musicales y de los productores de fonogramas a una compensación por cualquier forma de utilización lucrativa de los fonogramas mediante la cinematografía, la radiodifusión y la televisión.

4.2. Concepto de «reproducción» aplicado a un fonograma publicado con fines comerciales. El error fundamental cometido en la Sentencia

La adecuada lectura, comprensión e interpretación de la locución *«o de una reproducción de dicho fonograma»* (publicado con fines comerciales) contenida en el art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE es la clave de la resolución por la Sentencia del debate jurídico subyacente a la cuestión prejudicial planteada.

La Sentencia, en su párrafo 48, se remite a la definición del concepto «reproducción» obrante en el art. 3 e) de la Convención de Roma, según el cual se limitaría a *«la realización de uno o más ejemplares de una fijación»*.

---

[48] Accesible en https://www.wipo.int/wipolex/es/members/profile/HR, publicada el 14-10-2021 y en vigor desde el 22-10-2021.

[49] Accesible en https://www.wipo.int/directory/es/details.jsp?country_code=IT y actualizada hasta 22-9-2022.

Sin embargo, la Sentencia es consciente de que el art. 2 de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001 relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (en lo sucesivo, «**Directiva 2001/29/CE**») , citado en su párrafo 49, reconoce a los artistas intérpretes o ejecutantes el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de la totalidad o parte de las fijaciones de sus actuaciones; este mismo precepto reconoce a los productores de fonogramas idéntico derecho exclusivo respecto de sus fonogramas.

Y también es consciente la Sentencia de que lo establecido en el citado art. 2 de la Directiva 2001/29/CE es consistente con el contenido del art. 7 del TOIEF, en el que se reconoce a los artistas intérpretes o ejecutantes el derecho exclusivo de autorizar *«la reproducción directa o indirecta de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, por cualquier procedimiento o bajo cualquier forma»*; por su parte, el art. 11 del TOIEF reconoce, en idénticos términos, el derecho exclusivo de los productores de fonogramas de autorizar *«la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas, por cualquier procedimiento o bajo cualquier forma»*.

Partiendo del alcance del concepto de «reproducción» expuesto, es indiscutible que la inclusión (incorporación, encarte o «sincronización») de un fonograma publicado con fines comerciales en una grabación audiovisual[50] es un acto de reproducción del mismo, puesto que el cambio de formato o soporte sonoro del fonograma a un formato o soporte audiovisual no puede considerarse, en ningún caso, como una nueva fijación del fonograma, sino una reproducción del mismo.

Como es sabido, la reproducción del fonograma, una vez que existe este porque los sonidos han sido objeto de la primera *«fijación exclusivamente sonora»*, puede hacerse *«por cualquier procedimiento o bajo cualquier forma»*, según disponen los citados arts. 2 de la Directiva 2001/29/CE y los arts. 7 y 11 del TOIEF.

Por ello, a la Sentencia no le queda otra opción que asumir las tesis del Abogado General del TJUE Don Evgeni Tanchev para poder fundamentar que la reproducción de un fonograma publicado con fines comerciales en una grabación que contenga la fijación de una obra audiovisual no es, realmente, una reproducción del fonograma a efectos de lo previsto en los art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE; analizo a continuación los argumentos expuestos respecto de esta cuestión por el Abogado General en sus Conclusiones.

En dichas Conclusiones, tras reconocer que, a efectos del derecho de reproducción reconocido en el art. 2 c) de la Directiva 2001/29/CE y de reiterada jurisprudencia del propio TJUE, *«debería pues derivarse que la sincronización (que, a efectos prácticos, implica una reproducción reconocible del fonograma) constituye (un acto de) reproducción»*[51], e incluso que *«parecería coherente desde el punto de vista lógico y lingüístico considerar que el resultado de un acto de reproducción constituye "una reproducción" del elemento reproducido»*[52], el Abogado General del TJUE defiende que la

[50] Entendiendo por grabaciones audiovisuales, de acuerdo con el art. 120.1 TRLPI, «*las fijaciones de un plano o secuencia de imágenes, con o sin sonido, sean o no creaciones susceptibles de ser calificadas como obras audiovisuales en el sentido del artículo 86 de esta Ley*».

[51] Párrafo 34 de las Conclusiones.

[52] Párrafo 63 de las Conclusiones.

palabra o concepto «reproducción» tiene un significado diferente en el art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE y en el art. 2 c) de la Directiva 2001/29/CE.

Tal construcción, desarrollada en los apartados 64 a 70 de las Conclusiones del Abogado General, resulta ciertamente compleja y pugna con la evidencia de que, en las licencias de «sincronización» del fonograma, lo que autorizan los productores de fonogramas y los artistas musicales (más bien solo los primeros, pero actuando también en nombre de los segundos) es la reproducción del fonograma publicado con fines comerciales.

En pura lógica, el resultado de tal autorización o licencia para reproducir un fonograma no puede ser cosa distinta que una reproducción del fonograma, con independencia de que el soporte donde se integre constituya una «grabación» o «fijación» audiovisual, y con ajenidad a que esa fijación pueda ser calificada, desde el prisma autoral, como obra audiovisual.

Finaliza su construcción el Abogado General, en el párrafo 71 de las Conclusiones, asumido expresamente en la Sentencia[53], con el siguiente argumento:

> *«71. Además, puede entenderse que el término «reproducción» se refiere, bien al proceso de reproducir un determinado elemento, o bien al resultado de esa reproducción. Lo que prohíbe el artículo 2, letra c), de la Directiva 2001/29 es el acto de reproducción no autorizado, mientras que el artículo 8, apartado 2, se refiere a la remuneración por ciertos usos de una reproducción, entendida como copia de un fonograma, es decir, el uso de un elemento. Se trata de dos significados distintos de una misma palabra.»*

Comprenderá el lector el rechazo que causa a cualquier jurista esta clase de argumentaciones en las que, al socaire del oportunismo de la resolución de una concreta problemática, se pone en cuestión el tradicional método gramatical interpretativo de las normas jurídicas, según el sentido propio de sus palabras, para adentrarse en un contingente escenario en el que las palabras y los conceptos pueden tener distintos significados dependiendo de quien realice la interpretación o, más bien, del objetivo perseguido con la misma[54].

Sobre esta cuestión, el profesor Don André Lucas afirma lo siguiente[55]:

> *«Además, el jurista desconfía con razón de las nociones de geometría variable que comprometen la legibilidad de la ley y, por tanto, la seguridad jurídica. Se recordará que la Corte había caído en este escollo al admitir, en la sentencia Del Corso, que la noción de comunicación al público debía entenderse de manera diferente según se refiriera al derecho exclusivo previsto en el artículo de la Directiva 2001 /29 o el derecho a una retribución justa garantizado por el artículo 8.2 de la Directiva 2006/115, pero volvió, en la sentencia Reha Training, a un enfoque más ortodoxo, en nombre de "las exigencias de unidad y coherencia*

---

[53] Párrafo 49 de la Sentencia.

[54] El propio TJUE, en el párrafo 32 de la sentencia de 23-3-2000 (asuntos acumulados C-310/98 y C-406/98 *Met-Trans and Sagpol*) (ECLI:EU:C:2000:154), afirma que *«no corresponde al Tribunal de Justicia sustituir al legislador comunitario e interpretar una disposición en un sentido contrario a su tenor literal»*; en similar sentido se pronuncia el TJUE en el párrafo 50 de la sentencia de 22-5-2008 (Asunto C-361/06 *Feinchemie Schwebda*) (ECLI:EU:C:2008:296) al señalar que *«al ser inequívoco el tenor del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2002/37, la interpretación ... es la única compatible con el imperativo de seguridad jurídica, que exige que toda normativa comunitaria permita a los interesados conocer con exactitud el alcance de las obligaciones que les impone (véase la sentencia de 11 de diciembre de 2007, Skoma-Lux, C-161/06, Rec. p. I-0000, apartados 36 y 38)»*.

[55] En su comentario crítico a la Sentencia. La traducción es mía.

de los ordenamientos jurídicos". orden de la Unión", para admitir que "no hay razón para afirmar que el legislador de la Unión pretendió conferir al concepto de "comunicación al público" un significado diferente en los contextos respectivos de las directivas 2001/29 y 2006/115». Sin embargo, el resultado es aún más criticable en este caso porque la alegación del Abogado General Tanchev, y que el Tribunal de Justicia acoge con satisfacción, consiste en admitir que el término «reproducción» tiene dos significados diferentes separados por unas pocas líneas en la misma Directiva.»

Especialmente crítico con el argumento del diferente significado de «reproducción» aducido por el Abogado General es el Dr. Mihály Ficsor, que en el apartado *«Dudas sobre la validez de la tesis según la cual la incorporación de un fonograma preexistente en una obra audiovisual no es reproducción del fonograma»*[56] señala, entre otras cosas, lo siguiente[57]:

«El TJUE, sin embargo, entró en conflicto con este reconocimiento justificado de que la "sincronización" de un fonograma significa un acto de reproducción, a consecuencia del cual se realiza una reproducción en la banda sonora, intentando todavía demostrar que esta reproducción no es una reproducción.

Con el debido respeto, el TJUE parece haber cometido un error al intentar interpretar el concepto de "reproducción" exclusivamente sobre la base de la definición del artículo 3(e) de la Convención de Roma. El Tribunal debería haber tenido en cuenta que, en la UE, se aplica el artículo 2, apartado 1, de la Directiva sobre la sociedad de la información (Directiva 2001/29/CE), según el cual el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la reproducción de obras, interpretaciones, fonogramas , etc., es aplicable a cualquier tipo de reproducción: "reproducción directa o indirecta, temporal o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, total o parcial".

Uno de los elementos del concepto amplio de reproducción previsto en el artículo 2, apartado 1, de la Directiva ya está presente en el propio Convenio de Roma. En el artículo 10 del Convenio se aclara que el derecho de reproducción de fonogramas abarca tanto la reproducción directa como la indirecta. Sin embargo, el artículo 2, apartado 1, de la Directiva establece un derecho de reproducción en una medida aún más amplia (la más amplia posible):

(i) se incluye la referencia a la reproducción "temporal o permanente" porque la Directiva sirve para la implementación del WCT y el WPPT cuando una declaración acordada (relativa al Artículo 1(4) del WCT y a los Artículos 7 y 11 del WPPT) aclara que el derecho de reproducción se aplica plenamente al almacenamiento de obras, interpretaciones y fonogramas en formato electrónico, independientemente de si es temporal o más permanente;

(ii) se hace constar que el derecho de reproducción se aplica independientemente de que sea total o sólo parcial; y

(iii) también se ha transpuesto la frase "cualquier medio y en cualquier forma" que aparece en el Artículo 9(1) del Convenio de Berna sobre el derecho exclusivo de reproducción de los autores, lo que confirma aún más la aplicación más amplia posible del concepto y derecho de reproducción.

Ante una cobertura tan completa del concepto y del derecho de reproducción, la conclusión del TJUE según la cual, con la incorporación de un fonograma preexistente en la banda sonora

---

[56] *«Doubts about the validity of the thesis according to which the incorporation of a pre-existing phonogram in an audiovisual work is not reproduction of the phonogram»*. http://www.copyrightseesaw.net/en/papers.

[57] La traducción es mía.

> *de una obra audiovisual no aparece ninguna reproducción del fonograma, no parece bien fundada.*
> *Así, cuando se difunde y comunica al público una obra audiovisual, con la reproducción de un fonograma preexistente incorporada, también se difunde y comunica la reproducción del fonograma. Es normal que, con la autorización de la sincronización del fonograma, se cedan los derechos exclusivos de reproducción y distribución, así como la cesión de otros derechos exclusivos –como el derecho de alquiler y el derecho de puesta (interactiva) a disposición del público– también está justificado y es habitual. La naturaleza compleja de las obras audiovisuales lo justifica; Para hacer posible la explotación normal de determinados derechos, es necesario concentrar los derechos de autorización en manos del productor de la obra. Sin embargo, no existe ningún obstáculo jurídico o práctico a la aplicación de los derechos a remuneración por parte de los intérpretes y productores de fonogramas; tampoco existe tal obstáculo cuando un derecho exclusivo sólo puede ejercerse mediante gestión colectiva (obligatoria) (véase el caso de los derechos de retransmisión por cable).»*

En los párrafos 72 a 78 de sus Conclusiones, el Abogado General, quizá consciente de la debilidad de su discurso, intenta reconfirmar la extraña interpretación legal que mantiene a través de diferentes argumentos que no hacen otra cosa que confirmar lo contrario, es decir, que la interpretación legal que realiza carece de fundamento real. Lo expongo a continuación.

En primer lugar, haciendo gala de aquella máxima de «e*xcusatio non petita, accusatio manifesta*», y a sabiendas que la primera crítica que se le iba a realizar a su interpretación deriva del contenido de la sentencia de 31-5-2016 del TJUE en el asunto C-117/15 (Reha Training-GEMA)[58], el Abogado General sale al paso de esta contingencia afirmando, como toda explicación, que el asunto *«difiere de la situación analizada en el asunto Reha Training»*.

Obviamente, ambos asuntos no son idénticos y, por tanto, difieren en sus planteamientos, aunque eso no constituye, a mi entender, excusa o argumento suficiente como para otorgar al concepto de «reproducción» un significado diferente en las Directivas 2001/29 y 2006/115.

En segundo lugar, y a falta de argumentos más profundos, el Abogado General se remite a analizar el significado del término «reproducción» en el *«lenguaje corriente»*, apelando a consideraciones relativas a lo que entendería una *«persona común»*, e incluso incidiendo en lo que él mismo (supongo que como *«persona común»*, y no como Abogado General del TJUE) entendería sobre los conceptos jurídicos debatidos, poniendo incluso ejemplos concretos[59].

Lo cierto es que los planteamientos del Abogado General exceden del escaso acierto para adentrarse en el campo de la paradoja dado que, si bien es cierto que, como señala el Abogado General, nadie consideraría que la película *«El graduado»* (1968) es una reproducción de la canción *«The sound of silence»* de Simon & Garfunkel, también es cierto que cualquier persona que visione tal película y escuche esta canción en la misma[60] sabe, a ciencia cierta, por su

---

[58] ECLI:EU:C:2016:379. En el párrafo 31 de esta sentencia se señala textualmente lo siguiente: *«31. Sentado lo anterior, nada permite afirmar que el legislador de la Unión haya querido conferir al concepto de «comunicación al público» un significado diferente en los respectivos contextos de las Directivas 2001/29 y 2006/115.»*

[59] Párrafo 73 de las Conclusiones.

[60] O en otras en las que se ha incorporado esta canción, como por ejemplo *Perdidos en la noche* (1969), *Watchmen* (2009) o *Bobby* (2005).

relevancia y éxito comercial, que se trata de la reproducción de la música de un disco de Simon & Garfunkel publicado con fines comerciales en 1964.

Ello debería de haber sido suficiente para que Don Evgeni Tanchev, como *«persona común»*, e incluso también como Abogado General del TJUE, hubiera concluido que, cuando se comunica al público por televisión la película *«El graduado»*, se está también comunicando al público por televisión la fijación de la interpretación de *«The sound of silence»* realizada por Simon & Garfunkel en 1964 e incorporada en el fonograma comercial publicado en tal fecha[61].

En tercer lugar, el Abogado General decide sumirnos, en los párrafos 74 y 75 de sus Conclusiones, en un sinsentido impropio, a mi entender, de las Conclusiones de un Abogado General del TJUE en una cuestión prejudicial.

Así, afirma primero que *«el acto de copiar una grabación preexistente de una canción en la banda sonora de una película puede considerarse como un acto de reproducción, porque es lo que se está haciendo»*, aseverando a continuación que el hecho de que se haya realizado tal reproducción *«no convierte a la obra audiovisual resultante (...) en una reproducción de la canción»*.

Es decir, que de lo que pretende convencernos el Abogado General Sr. Tanchev es de que el resultado de un acto de reproducción de un fonograma publicado con fines comerciales no deriva en la reproducción de tal fonograma, lo cual carece de sentido material y jurídico.

Y, en cuarto lugar, el Abogado General pretende apoyar su argumentación en el precedente constituido por la sentencia de 29-7-2019 del TJUE (C-476/17. Pelham y otros)[62], de forma harto forzada, si se tiene en cuenta los particulares a los que hacemos referencia a continuación.

Debe recordarse que la sentencia de 29-7-2019 del TJUE en el asunto Pelham declara que el art. 2 c) de la Directiva 2001/29/CE debe de interpretarse *«en el sentido de que el derecho exclusivo conferido por esta disposición al productor de fonogramas a autorizar o prohibir la reproducción de su fonograma le permite oponerse a que un tercero use una muestra sonora, incluso muy breve, de su fonograma con el fin de insertarla en otro fonograma, a menos que esa muestra sea incorporada de forma modificada y que no resulte reconocible al escucharla»*.

Por ello, si trasladáramos tal interpretación al ámbito del asunto ATRESMEDIA difícilmente podríamos concluir que la sentencia del caso Pelham puede servir como base o argumento de las tesis del Abogado General Sr. Tanchev.

---

[61] En este mismo sentido, el abogado Don Eric Jordi Cubells señala en su trabajo «*Sentencia "Atresmedia": (todavía) menos ingresos para los artistas*», accesible en https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-internacional/internacional/sentencia-atresmedia-todavia-menos-ingresos-para-los-artistas-2020-12-18/, lo siguiente: *«Para ilustrar este pensamiento, el AG aclara que no considera que la película El graduado sea una "reproducción" de la canción The sound of silence de Simon & Garfunkel. Creo que esta reflexión da la espalda a la realidad socioeconómica y el trasfondo negocial que subyace a la explotación del fonograma y, como resultado, la solución que propone acaba contraviniendo el sentido común. Siguiendo el hilo del ejemplo dado por el AG: si Atresmedia emite El graduado por alguno de sus canales, ciertamente podremos escuchar varias veces a lo largo de la película las delicadas voces de Paul Simon y Art Garfunkel, desplegando sus inconfundibles armonías vocales. No podemos abstraernos de esta evidencia, por la mera construcción teórico-doctrinal de que estas grabaciones están integradas en una obra audiovisual o por la consideración jurídica de que previamente se ha satisfecho una licencia de sincronización; esta conclusión parece poco razonable,...»*

[62] ECLI:EU:C:2019:624.

Sin perjuicio de ello, los hechos del asunto Pelham parten de una reproducción no autorizada en un fonograma de una muestra sonora («sample») de breve duración tomada de otro fonograma prexistente.

Sin embargo, en el asunto de ATRESMEDIA no se cuestiona que la reproducción del fonograma se ha hecho con autorización del productor del mismo y se da por entendido que la reproducción o «sincronización» es de la totalidad del fonograma, de una parte sustancial del mismo o, en cualquier caso, de una parte del fonograma no modificada, totalmente reconocible y que no constituye un «sample».

Adicionalmente, en el asunto ATRESMEDIA la reproducción del fonograma se realiza en una grabación audiovisual, por lo que hay cambio de soporte (sonoro a audiovisual), mientras que en el asunto Pelham el «sample» del fonograma preexistente se reproduce en un nuevo fonograma , por tanto, no hay cambio de tipo de soporte.

Por otra parte, los derechos de propiedad intelectual involucrados en el asunto Pelham tampoco tienen relación con el asunto ATRESMEDIA puesto que, mientras en el asunto Pelham los derechos involucrados son, esencialmente, los derechos exclusivos de reproducción y distribución del productor de fonogramas establecidos en los arts. 2 c) de la Directiva 2001/29/CE y 9.1 b) de la Directiva 2006/115/CE, en el asunto ATRESMEDIA el derecho involucrado es el de simple remuneración (no exclusivo) por la comunicación pública de fonogramas publicados con fines comerciales o reproducciones de los mismos de los artistas musicales y productores de fonogramas establecido en el art. 8.2 de la Directiva 2006/115/CE.

Y, por último, ninguno de los tres elementos que constituyen la base para que la sentencia de 29-7-2019 del TJUE en el asunto Pelham limite el derecho exclusivo de reproducción de los productores de fonogramas respecto del uso de muestras sonoras («sample») con base en la libertad de artes proclamada en el art. 13 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE concurren el asunto ATRESMEDIA.

Así, mientras que la sentencia Pelham parte de que el «sample» se use en el nuevo fonograma de forma «modificada», en el asunto ATRESMEDIA el fonograma «sincronizado» se utiliza en la grabación audiovisual emitida por televisión tal y como fue grabado, es decir, sin ninguna modificación de la que pueda surgir una nueva fijación.

Por otro lado, mientras la sentencia Pelham parte de que el «sample» no resulte reconocible al escuchar la nueva grabación de la obra musical, en el asunto ATRESMEDIA el fonograma es totalmente reconocible al escucharlo durante la emisión por televisión de la grabación audiovisual.

Y, así mismo, mientras la sentencia Pelham parte de que el «sample» se use en el proceso de creación de una nueva obra, en el asunto ATRESMEDIA el fonograma no se utiliza en el proceso de creación de la obra audiovisual fijada en la grabación audiovisual, la cual es independiente de la obra musical «preexistente» cuya interpretación o ejecución se encuentra fijada en el fonograma.

El Abogado General finaliza su discurso afirmando que, aunque los términos «reproducción» y «copia» no tienen idéntico significado, están relacionados y, en este caso, a la luz del art. 3 e) de la Convención de Roma, debe entenderse que el concepto de «reproducción» de un fonograma publicado con fines comerciales contenido en el art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE solo hace referencia a la reproducción en soporte fonográfico de tal fonograma, afirmando, además, que tal interpretación es la que más se ajusta a la jurisprudencia del TJUE, aunque sin citar una sola sentencia TJUE que apoye tal afirmación[63].

4.3. Los acuerdos contractuales alcanzados entre los titulares de titulares de los derechos sobre los fonogramas y los productores de obras audiovisuales. Las licencias de «sincronización» como causa de los pronunciamientos de la Sentencia

Como he señalado, la Sentencia parte de una premisa de hecho errónea afectante al procedimiento principal que lastra toda su fundamentación y que opera a modo de prejuicio a lo largo de la misma.

Tal premisa, reflejada en el párrafo 25 de la Sentencia, y reiterada más tarde, es que *«la incorporación de los fonogramas controvertidos en el litigio principal en obras audiovisuales se efectuó con la autorización de los titulares de derechos afectados y a cambio de una remuneración que les fue abonada de conformidad con los acuerdos contractuales aplicables»*[64].

Esta cuestión remite, necesariamente, al contenido de las licencias de sincronización suscritas por los titulares de los derechos de propiedad intelectual sobre el fonograma (productores y artistas musicales, según la Sentencia) con los productores de las obras audiovisuales.

A este respecto, resulta pertinente comenzar recordando que ni en el TRLPI, ni en las Directivas de la UE, ni en ningún Tratado internacional sobre la materia, se reconoce a los autores de obras musicales y/o titulares de derechos afines derecho de «sincronización» alguno por lo que, de principio, se debe ser especialmente cuidadoso a la hora de definirlo y utilizarlo.

En el sector de la música, se emplea el concepto «sincronización» tanto para referirse a la incorporación o reproducción de una obra musical en una grabación audiovisual[65], como para referirse a la inserción, reproducción, encarte o incorporación de fonogramas publicados con fines comerciales preexistentes en una grabación audiovisual[66].

---

[63] Párrafo 78 de las Conclusiones.

[64] Párrafo 46 de la Sentencia.

[65] Ejemplos de este uso en el ámbito jurisprudencial son (i) la sentencia nº 756/2002, de 15-7-2002, de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo (ECLI:ES:TS:2002:5307), en la que se emplea el término «sincronización» para referirse a la incorporación de determinadas obras musicales en un documental titulado *«Barcelona: imágenes de los juegos»*; (ii) la sentencia nº 58/2023, de 25-1-2023, de la sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (ECLI:ES:APB:2023:4310), en la que se resuelve un contencioso relacionado con la sincronización de una obra musical en un spot publicitario; y (iii) la sentencia nº 183/2023, de 27-2-2023, de la sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid (ECLI:ES:APM:2023:2599), en la que se emplea el término «sincronización» para hacer referencia al uso de una obra musical en un programa de televisión y sus correspondientes anuncios publicitarios.

[66] Ejemplos de este uso en el ámbito jurisprudencial es la sentencia de 15-5-2000 de la sección 15ª de la Audiencia de Provincial de Barcelona (ECLI:ES:APB:2000:6239), en la se habla de sincronización para referirse a la reproducción de un fonograma en un soporte audiovisual (video denominado «Romario, rei del gol»). En el ámbito fonográfico, también se emplea el concepto de *«sincronización»* para definir determinados actos de reproducción de fonogramas en otros fonogramas, y no en grabaciones audiovisuales, como es el caso resuelto por la sentencia

Es decir, «sincronización» se emplea indistintamente (y, además, no siempre en el mismo sentido) tanto para autores como para productores de fonogramas aunque, por los distintos derechos que ostentan, es obvio que no puede significar lo mismo «sincronizar» una obra musical que «sincronizar» un fonograma.

Desde luego que, como es evidente, la «sincronización» de una obra musical en una grabación audiovisual (con independencia de que contenga o no la fijación de una obra audiovisual) no implica necesariamente la «sincronización» de un fonograma publicado con fines comerciales[67] aunque, naturalmente, cuando hay «sincronización» de un fonograma comercial en una grabación audiovisual, normalmente también existe «sincronización» de una obra musical[68].

En suma, y para sintetizar, cuando además de la obra musical se incorpora una concreta interpretación musical preexistente en una grabación audiovisual mediante su «sincronización», es obvio que entran en liza los derechos de los productores de fonogramas y de los artistas musicales pues, precisamente, lo que se busca por el productor de la grabación audiovisual es la reproducción de una concreta interpretación musical preexistente, ya sea por su calidad musical, relevancia, fama o imagen de los artistas musicales que la realizaron o, simplemente, por motivos de comodidad o precio.

Aclarado el concepto de «sincronización» y su aplicación al ámbito de los derechos de propiedad intelectual de los productores de fonogramas y artistas musicales, hemos de apercibir al lector de este trabajo que el contenido de las licencias de sincronización, habitualmente negociadas y otorgadas por el productor fonográfico (y no por los artistas intérpretes o ejecutantes del fonograma) al productor de la grabación audiovisual, es una cuestión fáctica relacionada con el contenido de dichos contratos en los que se autoriza la «sincronización» del fonograma y se acuerda el ámbito de cesión de derechos efectuada.

Como ha quedado expuesto anteriormente en este trabajo, el contenido de dichos contratos o licencias de «sincronización» no fue una cuestión debatida en el procedimiento principal en el que se planteó la cuestión prejudicial resuelta en la Sentencia, y no porque se admitiera por las partes ninguna posición sobre los mismos sino, simplemente, porque no constituyó parte de la controversia de tal litigio.

---

nº 663/2011, de 11-10-2011 del Tribunal Supremo (ECLI:ES:TS:2011:6283), tratando sobre *«sincronizaciones y mezclas (remix)»* de determinado fonograma sin la autorización del su productor.

[67] Un buen ejemplo podría ser la conocida película cinematográfica española de 2002 *«El otro lado de la cama»* (Premio Goya al mejor sonido), en la que los actores protagonistas interpretan conocidas canciones anteriormente interpretadas por conocidos artistas y grupos musicales como Kiko Veneno, Tequila, Mastretta, Los Rodríguez o Coque Malla. En la misma hay «sincronización» de obras musicales, pero no de fonogramas publicados dado que la música, como se ha dicho, es interpretada por los propios actores del filme.

[68] Un buen ejemplo podría ser la sincronización de fonogramas comerciales en la conocida película norteamericana de 1990 *«Pretty Woman»*, en la que, además de otras interpretaciones de artistas musicales (Red Hot Chili Pepoers, Roxette, etc), el tema musical principal es la canción *«Oh Pretty Woman»* interpretada por Roy Orbison y cuya grabación había sido comercializada en fonograma muchos años antes. Por tanto, en esta película hay «sincronización» de la obra musical *«Oh Pretty Woman»* y del fonograma publicado con fines comerciales del mismo nombre. Dejamos fuera de este discurso supuestos de laboratorio ajenos a la realidad del sector, tales como el caso de una «sincronización» de un fonograma que no contuviera la interpretación de una obra musical sino «otros sonidos» en el sentido del art. 114.1 *in fine* TRLPI, o el de la «sincronización» de un fonograma que contuviera la fijación de una obra musical en dominio público sin ningún arreglo o adaptación.

Es decir, los diferentes órganos judiciales intervinientes en el procedimiento judicial nacional (Juzgado de lo mercantil, Audiencia Provincial y Tribunal Supremo), y, consecuentemente, el TJUE, no dispusieron del contenido de una sola licencia o contrato de «sincronización», sin posibilidad, por tanto, de confirmar el ámbito material de los derechos objeto de tales licencias y sus condiciones.

A pesar de ello, y como también he señalado, la Sentencia parte del prejuicio de que productores fonogramas y artistas musicales cobran en dichas licencias todos los derechos de propiedad intelectual que les corresponden (reproducción y comunicación pública, en lo que aquí interesa) por el uso de los fonogramas en las grabaciones audiovisuales que contienen la fijación de una obra audiovisual.

Y ello sin verificar si, efectivamente, la contraprestación de tales licencias abarca también la remuneración de los titulares, no sólo por la reproducción o «sincronización» propiamente dicha del fonograma en el soporte audiovisual (lo que en el sector se denomina como «primera fijación»), sino por los sucesivos actos de comunicación pública que se realizan de tal soporte audiovisual.

La Sentencia abandona, pues, el plano del derecho para entrar de lleno en el de la especulación, sin conocimiento suficiente (o, más bien, sin ningún conocimiento) de cómo se opera, en la realidad, en el mercado de la producción fonográfica y audiovisual y del contenido de los contratos suscritos por los productores de fonogramas con los productores de obras audiovisuales que regulan el uso de la música comercial preexistente en el ámbito audiovisual.

Y cuando se abandona el terreno del derecho y se entra en el de la especulación sobre la base, además, de prejuicios o meras apariencias, el resultado tiene todas las posibilidades de ser erróneo; este es el caso de la Sentencia.

Incluso la Sentencia da un paso más al afirmar que uno de los objetivos principales perseguidos por las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE[69], consistente en otorgar una protección jurídica adecuada a los productores de fonogramas y artistas musicales que les permita recibir unos ingresos suficientes para hacer frente a nuevos trabajos creativos y artísticos y a las inversiones necesarias, cuantiosas y contingentes, que supone la actividad de producción fonográfica, debe alcanzarse a través de estos «acuerdos contractuales» cuyo contenido desconoce.

A este respecto, en el párrafo 55 de la Sentencia se señala textualmente lo siguiente:

> *«En efecto, en circunstancias como las controvertidas en el litigio principal, esos objetivos deben alcanzarse mediante la celebración, con motivo de la incorporación de los fonogramas o las reproducciones de dichos fonogramas en las obras audiovisuales de que se trate, de acuerdos contractuales adecuados entre los titulares de los derechos sobre los fonogramas y los productores de las obras, de modo que la remuneración de los derechos afines sobre los fonogramas como consecuencia de la incorporación se realice a través de esos acuerdos contractuales.»*

[69] Considerando séptimo de la Directiva 92/100/CE y quinto de la Directiva 2006/115/CE, cuya literalidad es la siguiente: *«El esfuerzo creativo y artístico de los autores y artistas intérpretes o ejecutantes exige unos ingresos suficientes que sirvan de base a nuevos trabajos creativos y artísticos y que las inversiones necesarias, en particular, para la producción de fonogramas y películas son especialmente cuantiosas y aleatorias. Sólo una protección jurídica adecuada de los titulares de derechos permite garantizar eficazmente dichos ingresos y amortizar dichas inversiones».*

Esta visión acredita, en primer lugar, que el TJUE se está pronunciando en términos teóricos ajenos a la realidad del funcionamiento del mercado discográfico puesto que cualquiera que haya tenido una mínima relación con este sector sabe, a ciencia cierta, que los artistas intérpretes (y, por supuesto, los ejecutantes) de los fonogramas comerciales preexistentes que se incorporan a la fijación de obras audiovisuales carecen de relación contractual directa con los productores de las obras audiovisuales, tanto en España como en el resto los países de UE e, incluso, me atrevería a decir, en el mundo.

En este sentido, de conformidad con lo establecido en el art. 7.1 a) y c) de la Convención de Roma, la legislación nacional española de aplicación establece un régimen de presunción *iuris tantum* de cesión por parte del artista de sus derechos exclusivos de reproducción y comunicación pública previstos en la Ley nacional *«que se deduzcan de la naturaleza y objeto del contrato»* cuando la interpretación se realiza en cumplimiento de un contrato de trabajo o de arrendamiento de servicios[70]; y ello sin perjuicio del contenido de los contratos de producción discográfica suscritos entre los artistas musicales y los productores fonográficos en que los primeros ceden sus derechos sobre la fijación de sus interpretaciones a los segundos.

Lo expuesto es explicado con acierto por el profesor Don André Lucas[71]:

> *«Evidentemente, la solución tendrá el efecto de reducir muy significativamente la cantidad de sumas que los productores de grabaciones de sonido y los artistas intérpretes o ejecutantes obtienen de una remuneración equitativa, incluso en Francia, donde las recaudaciones de los canales de televisión están lejos de ser despreciables. La Corte piensa responder de antemano a esta crítica, señalando que, según la jurisdicción de referencia, la incorporación de los fonogramas "se llevó a cabo con la autorización de los titulares de los derechos de que se trate y a cambio de una remuneración pagada a los mismos de conformidad con las disposiciones contractuales aplicables", lo que le parece suficiente para afirmar que dichos arreglos permiten alcanzar los objetivos establecidos en las directivas 92/100 y 2006/115 de protección legal capaz de garantizar la continuidad del "trabajo creativo" de los artistas intérpretes o ejecutantes y la amortización inversiones realizadas por los productores de fonogramas.*
>
> *Nos permitimos no compartir esta observación optimista. Los productores de fonogramas ciertamente reciben una remuneración de quienes producen las grabaciones audiovisuales que incorporan sus fonogramas a cambio de la autorización que otorgan en virtud del derecho de reproducción (también conocido como sincronización), pero al negarles el derecho a reclamar remuneración a los organismos de radiodifusión que comunican estas grabaciones al público, la sentencia les priva de ingresos significativos. En cuanto a los artistas, su situación es aún menos envidiable. De hecho, generalmente no están asociados con estos "acuerdos contractuales" celebrados aguas arriba, ya que no tienen otro recurso, excepto aquellos cuya notoriedad confiere la facultad de negociar en pie de igualdad, de transferir a los productores, a cambio de una retribución fija, su derecho de reproducción, por lo que es*

[70] El art. 110 TRLPI, según la redacción dada al mismo por Ley 23/2006 (aplicable a la práctica totalidad del periodo reclamado a ATRESMEDIA en el procedimiento principal), establecía textualmente lo siguiente: *«Artículo 110. Contrato de trabajo y de arrendamiento de servicios. Si la interpretación o ejecución se realiza en cumplimiento de un contrato de trabajo o de arrendamiento de servicios, se entenderá, salvo estipulación en contrario, que el empresario o el arrendatario adquieren sobre aquéllas los derechos exclusivos de autorizar la reproducción y la comunicación pública previstos en este título y que se deduzcan de la naturaleza y objeto del contrato. Lo establecido en el párrafo anterior no será de aplicación a los derechos de remuneración reconocidos en los apartados 3, 4 y 5 del artículo 108.»*

[71] En su comentario crítico a la Sentencia. La traducción es mía.

> *difícil adherirse a la observación del Tribunal según la cual el régimen es celebrado entre los productores de obras audiovisuales y "los titulares de derechos concernidos". Se notará con interés que la guía publicada por la OMPI, citada por la sentencia, se acerca más a la realidad al referirse a "la conclusión de arreglos contractuales apropiados, teniendo debidamente en cuenta los derechos de los productores de fonogramas previstos en el tratado".»*

Los aspectos de los que alerta el profesor Don André Lucas no pasaron desapercibidos en las observaciones realizadas por AGEDI y AIE ante el TJUE que, resumidamente, pusieron de manifiesto que es materialmente imposible garantizar eficazmente unos ingresos suficientes a los artistas musicales y a los productores de fonogramas en el ámbito estudiado exclusivamente a través de los acuerdos contractuales alcanzados con los productores de obras audiovisuales.

En el caso de las observaciones presentadas por AGEDI, se hizo especial hincapié en que el derecho de remuneración del art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE es distinto e independiente del derecho de reproducción reconocido al productor de fonogramas en el antiguo art. 7 de la Directiva 92/100, actual artículo 2 c) de la Directiva 2001/29, motivo por el que la autorización otorgada por el productor para la reproducción de su fonograma en una grabación audiovisual que contiene la fijación de una obra audiovisual no significa que ese productor de fonogramas, así como el artista cuya interpretación o ejecución está fijada en el fonograma, no puedan ejercer el derecho de remuneración del art. 8.2 de la Directiva 2006/115.

Esta indiscutible independencia pugna con el hecho de que la licencia de «sincronización», otorgada por el productor de fonogramas, y la remuneración satisfecha en razón de la misma, subsuma cualquier acto de comunicación pública posterior de la grabación audiovisual en la que se ha incorporado el fonograma comercial; y mucho más aquellos actos de comunicación pública no previstos, en el momento de su firma, por los propios intervinientes en el contrato de «sincronización» (productores de la grabación audiovisual y del fonograma).

Pero lo que aún es más importante: la interpretación de la Sentencia es contraria a la lógica del funcionamiento del mercado puesto que, en el momento de la suscripción del contrato de «sincronización», no es posible prever, con una mínima razonabilidad, la intensidad y relevancia de los actos de comunicación pública de la grabación audiovisual que se van a realizar, muy especialmente en el ámbito de la radiodifusión, dependientes del éxito comercial de la misma.

Ello conlleva la imposibilidad de prever, al momento de la celebración del contrato de «sincronización», los ingresos de explotación que van a generar a lo largo del tiempo por la grabación audiovisual no solo para el productor de la obra audiovisual, sino para terceros (emisoras de televisión incluidas).

Todo ello implica, en suma, que no hay posibilidad real para los productores de fonogramas, en su relación con los productores de las obras audiovisuales, de prever a priori y, por tanto, monetizar tales actos de comunicación pública, cobrando todo su sentido el establecimiento de un derecho de gestión colectiva que posibilite adecuar su remuneración a los ingresos generados por la explotación de la fijación de la obra audiovisual en la que se ha «sincronizado» el fonograma.

Lo expuesto no es una construcción teórica puesto que, cuando se accede a los contratos de «sincronización» efectivamente suscritos entre los productores fonográficos y los productores de

las obras audiovisuales, al menos hasta el dictado de la Sentencia, podemos confirmar cómo la licencia de sincronización excluye el derecho de gestión colectiva obligatoria correspondiente a la comunicación pública de la reproducción del fonograma autorizada, es decir, la remuneración regulada en los arts. 108.4 y 116.2 TRLPI.

Este tipo de cláusulas se realizan a imagen y semejanza de la práctica habitual en el ámbito autoral, en el que el editor de la obra musical sincronizada en una obra audiovisual se reserva el «contenido económico» de la autorización que otorga para la comunicación pública de la obra musical sincronizada, que se ejercita a través de la entidad de gestión correspondiente (en el caso de España, la SGAE).

Tal práctica contractual habitual tiene incluso reflejo en la vigente tarifa general de la SGAE para la utilización de su repertorio por operadores (emisoras) de televisión[72], en la que se diferencia el valor tarifario del derecho exclusivo de las obras musicales incluidas en las obras audiovisuales[73], incluyendo banda sonora original y música preexistente, del derecho de remuneración (art. 90.4 TRLPI) de la parte musical de la obra audiovisual[74].

Por tanto, es el propio funcionamiento del mercado, además de la lógica contractual, quien establece, tanto para el ámbito autoral de las obras musicales, como para el ámbito de los derechos conexos de los productores de fonogramas y artistas musicales, la regla de que la remuneración por la comunicación pública de la música preexistente «sincronizada» en la obra audiovisual se gestione colectivamente a través de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual (SGAE, AGEDI y AIE), y ello al ser imposible prever, y menos monetizar, su valor en el momento de la firma del contrato de «sincronización», lo cual es además consistente con el principio de remuneración proporcional contenido en el art. 46.1 TRLPI.

En el caso de las observaciones presentadas por AIE ante el TJUE, se recordó el régimen de presunción *iuris tantum* de cesión por parte del artista de sus derechos exclusivos de reproducción y comunicación pública al productor de fonogramas que se deduzcan de la «naturaleza y objeto» del contrato cuando la interpretación se realiza en cumplimiento de un contrato de trabajo o de arrendamiento de servicios al que nos hemos referido anteriormente, haciendo hincapié en que la «naturaleza y objeto» del contrato de producción fonográfica suscrito entre el artista musical y el productor de fonogramas no incluye el uso de la fijación de la interpretación artística para otros fines distintos a la explotación de la misma en el ámbito fonográfico, lo cual resulta especialmente notorio en el caso de los «músicos de sesión» empleados para la realización del fonograma, cuya prestación se limita a la concreta grabación de su interpretación musical en un estudio por una cantidad fija.

De hecho, AIE también recordó al TJUE que, como textualmente se reconoce en la Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE, *«los artistas intérpretes o ejecutantes suelen estar en una posición más débil cuando conceden licencias o ceden sus derechos»* (Considerandos 72 y 75) y la remuneración de los artistas

[72] Tarifas generales 2023 SGAE. Públicamente accesibles en https://documentos-sgae.s3.eu-west-1.amazonaws.com/2022/Tarifas+Licencias+22/Tarifas+y+licencias+SGAE+2023.pdf.

[73] Ascendente al 4,9284% en la tarifa por uso efectivo y al 0,7461% en la tarifa por disponibilidad promediada.

[74] Ascendente al 2,6423% en la tarifa por uso efectivo y al 0,4% en la tarifa por disponibilidad promediada.

intérpretes o ejecutantes *«debe ser adecuada y proporcionada respecto del valor económico real o potencial de los derechos objeto de licencia o cedidos»*, teniendo en cuenta su contribución *«al conjunto de la obra u otra prestación y todas las circunstancias del caso, como las prácticas de mercado o la explotación real de la obra»* (Considerando 73).

La realidad retributiva del artista musical en el ámbito audiovisual es que el mismo percibe una contraprestación del productor de la grabación audiovisual en caso de ser contratado para efectuar una fijación de su interpretación para su incorporación a la grabación audiovisual, con independencia de que la misma contenga o no la fijación de una obra cinematográfica o audiovisual[75].

Es decir, el músico es contratado bajo contraprestación para que interprete determinadas obras musicales en un estudio y autoriza que su prestación sea fijada en la pista sonora de la grabación audiovisual destinada principalmente, según corresponda, a la exhibición pública en salas cinematográficas, a la emisión por televisión o a su puesta a disposición del público.

Sin embargo, la realidad también es que el productor de la grabación audiovisual no satisface retribución alguna al artista musical cuando utiliza una interpretación musical preexistente fijada en un fonograma publicado con fines comerciales, por la sencilla razón de que, en la práctica, el productor audiovisual no tiene relación directa ni con los artistas intérpretes de tales fonogramas, ni mucho menos con los ejecutantes de los mismos[76].

El productor de la grabación audiovisual, en este caso, tiene solo relación directa con el productor del fonograma publicado con fines comerciales, que es quien autoriza la reproducción del mismo mediante la licencia de «sincronización», presumiéndose que detenta todos los derechos (tanto originarios como derivativos) para conceder tal licencia.

No creo sea muy difícil entender que este hecho, es decir, el uso de un fonograma preexistente en vez del encargo de una nueva fijación musical, provoca un perjuicio real y directo a los artistas intérpretes o ejecutantes vía disminución de sus derechos económicos.

En este sentido, la Guía de la Convención de Roma ya alertaba en su párrafo 12.21 de que:

> *«Para los artistas, la grabación significa la competencia en el mercado de las actividades recreativas: una competencia que, paradójicamente, les hacen sus propias prestaciones, privándoles de su trabajo».*

Así, frente al entorno descrito en la Sentencia, lo cierto es que solamente el artista «intérprete» principal que así lo hubiere pactado en contrato con el productor fonográfico recibe, vía «royalty» y a través del productor fonográfico, contraprestación por la «sincronización» del fonograma en una grabación audiovisual, siendo que tal contraprestación no subsume los actos de comunicación pública posteriores de la grabación audiovisual en la que se ha incorporado el fonograma comercial puesto que, como ha quedado dicho, no quedan incluidos en el ámbito de la licencia de «sincronización» otorgada por el productor fonográfico al audiovisual, sin que tal consecuencia pueda deducirse de la naturaleza y objeto del contrato de producción fonográfica,

[75] Y también con independencia de la naturaleza laboral (salario) o mercantil (contraprestación por servicios) de su contratación.

[76] Vid comentarios del profesor Don André Lucas reproducidos en este trabajo.

y ello sin perjuicio de la mayor o menor influencia que pueda tener su interpretación o ejecución musical en la explotación de dicha grabación audiovisual.

Los efectos de la Sentencia son especialmente indeseables para los «ejecutantes»[77] participantes en la fijación fonográfica incluida en el fonograma publicado con fines comerciales que, posteriormente, sin su consentimiento ni conocimiento, es reproducido en la grabación audiovisual.

Me refiero concretamente a los denominados «músicos de estudio» o «de sesión», que participan en el fonograma a través de la grabación de uno o varios instrumentos que se incorporan en la fijación fonográfica definitiva que es comercializada, como tal, al público, percibiendo por ello una cantidad a tanto alzado que ronda, actualmente y según los casos, desde los 50 € a los 300 €.

Para este grupo profesional de artistas ejecutantes, mayoritario en lo que corresponde a la gestión que realiza AIE, es una quimera pretender, como dice la Sentencia, que el objetivo de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE de que reciban, por su esfuerzo creativo, unos ingresos suficientes que sirvan de base a nuevos trabajos artísticos, se cumpla a través de los acuerdos que se alcancen entre los productores de fonogramas y los productores de las obras audiovisuales.

Contrariamente, el resultado de la Sentencia significa directamente privar a los artistas ejecutantes de cualquier tipo de remuneración por el uso de sus prestaciones en obras audiovisuales, es decir, exactamente el contrario del pretendido en las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE.

5. Aplicación de la Sentencia

5.1. Aplicación de la Sentencia en el procedimiento judicial en que se planteó la cuestión prejudicial

El apartado 1 del art. 4 bis de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en lo sucesivo, «**LOPJ**») proclama el principio de «interpretación conforme» del derecho de la Unión Europea de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, estableciendo textualmente que: *«Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.»*

El primer efecto de la Sentencia es que el Tribunal Supremo de España se encuentra vinculado, en el procedimiento en que se planteó la cuestión prejudicial, por la interpretación del art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE realizada por el TJUE, y obligado a actuar conforme a dicha interpretación, sin posibilidad de separarse de ella o ignorarla.

[77] AIE reconoce en sus estatutos sociales (art. 4º.1), accesibles en https://www.aie.es/, dos grupos profesionales de derechos gestionados: (i) los «intérpretes», entendiendo por tales los que *«con carácter relevante representen, canten, lean, reciten, declamen o interpreten, en cualquier forma, una obra literaria o artística, un fonograma, una grabación audiovisual, una expresión del folklore o cualquier otro acto que sea objeto de derechos. Los solistas y el director de orquesta se incluyen en este grupo»*; y (ii) los «ejecutantes», entendiendo por tales *«los que acompañen con sus actuaciones a uno o varios intérpretes, mediante la representación, canto, lectura, recitado, declamación o ejecución en cualquier otra forma de una obra literaria o artística, un fonograma, una grabación audiovisual, una expresión del folklore o cualquier otro acto que sea objeto de derechos. Los integrantes de una orquesta o coro se incluyen en este grupo»*.

Por ello, la Sentencia ha tenido como efecto directo el dictado de la sentencia nº 67/2021, de 9-2-2021 por la Sala 1ª del Tribunal Supremo en el recurso de casación 952/2016 interpuesto por ATRESMEDIA contra la sentencia de 25-1-2016 de la sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid[78], en la que se estima dicho recurso y se casa la sentencia recurrida para, en su lugar, desestimar el recurso de apelación interpuesto por AGEDI y AIE contra la sentencia del Juzgado Mercantil nº 4 bis de Madrid y confirmar ésta.

La base principal de tal pronunciamiento está en el Fundamento de derecho tercero de la sentencia del Tribunal Supremo que, bajo el título «*Decisión del tribunal: los usuarios no están obligados a pagar la remuneración equitativa y única que contemplan los arts. 108.4 y 116.2 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual cuando efectúen una comunicación pública de grabaciones audiovisuales que contengan la fijación de obras audiovisuales en las que se hayan incorporado fonogramas o reproducciones de dichos fonogramas*», desarrolla las razones que llevan a estimar los motivos primero, segundo y cuarto del recurso de casación interpuesto por ATRESMEDIA, resolviendo conjuntamente los mismos, en razón de la conexión de las cuestiones que plantean, sin necesidad de resolver el motivo tercero del recurso de casación[79].

Lo que hace en tal Fundamento de derecho el Tribunal Supremo es aplicar, literalmente, el contenido de la Sentencia, procediendo, a lo largo del mismo, a «explicar» el mismo, sin añadido o mención relevante salvo las contenidas los párrafos 7 y 8 de dicho Fundamento de derecho tercero.

En estos párrafos se recuerda que, aunque las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE *«establecen una regulación mínima, en el sentido de que "los Estados miembros deben estar facultados para establecer a favor de los titulares de derechos afines a los derechos de autor una protección mayor que la prevista por la presente Directiva en lo relativo a la radiodifusión" (considerando 16 de la Directiva 2006/115/CE), la trasposición llevada a cabo en los arts. 108.4 y 116.2 TRLPI no ha incrementado la protección de los titulares de derechos afines puesto que se ha limitado a trasladar a los preceptos de Derecho nacional la previsión del art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE, sin realizar ningún añadido relevante»*[80].

Por ello, y en tanto la legislación española «*no añade nada relevante a lo previsto en tales directivas*», el Tribunal Supremo decide trasladar, de forma literal, la interpretación del art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE realizada en la Sentencia a los arts. 108.4 y 116.2 TRLPI.

Por otro lado, la sentencia del Tribunal Supremo resuelve, en su Fundamento de derecho cuarto, la trascendencia de la cuestión debatida ante el TJUE para la resolución del litigio, y ello debido a que AGEDI y AIE alegaron que tanto la cuestión prejudicial, como su resolución en la Sentencia, era irrelevante debido a que *«la cantidad reclamada a ATRESMEDIA no se fundamenta en la aplicación de ninguna "tarifa general" de AGEDI y AIE, sino en un informe pericial que no tiene en*

[78] ECLI:ES:TS:2021:354.

[79] En el motivo tercero (imprejuzgado por el Tribunal Supremo) se planteaba por ATRESMEDIA la cuestión de la «transformación» del fonograma comercial preexistente al incorporarlo a la obra audiovisual con base en la infracción de los apartados 1 y 2 del art. 21 TRLPI.

[80] En la misma línea ya expresada en el auto de 13-2-2019 planteando la cuestión prejudicial.

cuenta la intensidad de uso de fonogramas por ATRESMEDIA, es decir, el grado de uso cuantitativo de fonogramas publicados con fines comerciales en los distintos canales de televisión de ATRESMEDIA».

Los motivos del Tribunal Supremo para rechazar tal alegación de AGEDI y AIE pivotan sobre el argumento de que la cuestión de los fonogramas «sincronizados» en obras audiovisuales en relación con la remuneración de los arts. 108.4 y 116.2 TRLPI *«ha sido decisiva tanto en la primera como en la segunda instancia»*, aseverando que si la sentencia de apelación estimó el recurso de AGEDI y AIE fue porque consideró que *«el usuario estaba obligado a pagar tal remuneración equitativa y única por la reproducción y comunicación pública de obras audiovisuales en las que se habían incorporado fonogramas publicados con fines comerciales, y no solamente por la reproducción y comunicación pública de fonogramas no incorporados a esas obras audiovisuales, como había determinado el Juzgado de Primera Instancia»*[81].

A continuación, el Tribunal Supremo afirma que AGEDI y AIE tuvieron en cuenta, a la hora de alcanzar los acuerdos con las diferentes televisiones de ámbito nacional que constituyeron la base de la metodología empleada para el cálculo de la cantidad reclamada a ATRESMEDIA, el uso efectivo de fonogramas llevado a cabo por las mismas y, dentro de tal uso, el de los fonogramas sincronizados en grabaciones audiovisuales que contienen la fijación de obras audiovisuales[82].

Con el máximo respeto hacia el criterio del Tribunal Supremo, no puedo compartir tal afirmación por los motivos a los que hago referencia a continuación.

En primer lugar, porque en el periodo reclamado (1-6-2003 a 31-12-2009), tanto AGEDI y AIE, como las demás entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual que en España hacían efectivos los derechos encomendados (legal o voluntariamente) respecto de las televisiones, operaban en base a tarifas (generales o pactadas) de mera disponibilidad, en las que no se tenía en cuenta el uso efectivo del repertorio.

Ello fue objeto de crítica por la Comisión Nacional de Competencia (actual CNMC) en el *«Informe sobre la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual»* de diciembre de 2009[83], en el que da cuenta que las tarifas con las que operaban AGEDI y AIE en el concreto ámbito de las televisiones (hasta diciembre de 2009) eran tarifas de mera disponibilidad, reflejándolo así en los párrafos 224 y 225 de tal informe.

Y, en segundo lugar, porque los acuerdos alcanzados por AGEDI y AIE con las televisiones generalistas de ámbito nacional (TVE, TELECINCO, CUATRO y LA SEXTA) que sirvieron de base para la reclamación realizada a ATRESMEDIA no tuvieron en cuenta el uso efectivo de fonogramas realizado por dichas televisiones.

Precisamente este hecho fue una de las conductas examinadas por la CNC en su resolución de 14-6-2012 (Expte. S/0297/10 AGEDI/AIE) iniciado como consecuencia de la denuncia de

[81] Párrafos 3 y 4 del Fundamento de derecho cuatro de la sentencia del Tribunal Supremo.

[82] Párrafos 5 y 6 del Fundamento de derecho cuatro de la sentencia del Tribunal Supremo.

[83] https://www.cnmc.es/sites/default/files/1185907_7.pdf

ATRESMEDIA interpuesta a 17-9-2010[84], en cuyo Fundamento de derecho sexto se declara acreditado que los acuerdos suscritos por AGEDI y AIE con las mencionadas televisiones generalistas de ámbito nacional se alcanzaron partiendo de las tarifas generales por disponibilidad, y no por uso efectivo, de AGEDI y AIE.

En suma, y más allá de los efectos que para AGEDI y AIE hayan tenido el establecimiento de tarifas generales de mera disponibilidad en el ámbito de la competencia, y de las consecuencias que, en este mismo ámbito, hayan tenido los acuerdos alcanzados con las diferentes televisiones en base a dichas tarifas generales, no es asumible que en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo afirme que tales acuerdos se realizaron en base al uso efectivo de fonogramas realizado por cada una de las televisiones.

El Tribunal Supremo da un paso más al afirmar que la sentencia de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial recurrida partió *«de que en los convenios celebrados por las demandantes con otras cadenas de televisión generalistas, el uso efectivo se ha calculado tomando en consideración la reproducción y comunicación pública de toda clase de grabaciones audiovisuales en las que se hubiera incorporado un fonograma, incluyendo aquellas grabaciones audiovisuales en las que se había fijado una obra audiovisual»*.

Sin embargo, la realidad es que no hay atisbo real en la sentencia de la sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de lo afirmado por el Tribunal Supremo por las razones que desarrollo a continuación.

En primer lugar, porque, si dichos convenios se negociaron por AGEDI y AIE sobre la base de criterios de mera disponibilidad en el que no se tuvo en cuenta el mayor o menor uso del repertorio que realizaran las televisiones con las que se alcanzaron, resulta incongruente que se afirme que en tales convenios se tuvo en cuenta el uso específico de fonogramas en grabaciones audiovisuales que contienen la fijación de una obra audiovisual.

Partiendo de que el criterio de disponibilidad es antagónico con el de uso efectivo, si no se tuvo en cuenta lo «más» (uso efectivo general del repertorio en las emisiones de televisión), mucho menos se pudo tener en cuenta lo «menos» (uso efectivo específico del repertorio en las emisiones de obras audiovisuales).

Y en segundo lugar, porque lo que realmente señala la sentencia de la sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid sobre la cuestión del uso efectivo del repertorio de AGEDI y AIE en su Fundamento de derecho cuarto es que *«el uso efectivo habría de sernos útil para corregir a la baja ese resultado en el caso de que se hubiera podido constatar que el tiempo que ANTENA 3 dedica a la comunicación pública de fonogramas dentro de su programación total es inferior al que dedican las demás cadenas de televisión con las que se ha establecido la comparación»*, concluyendo que *«era a la demandada ANTENA 3 a quien, por aplicación del Art. 217-3 de la L.E.C., correspondía haber aportado al proceso las pruebas de la existencia de un eventual agravio, o lo que es igual, las pruebas*

[84] https://www.cnmc.es/expedientes/s029710. La denuncia ante la CNC de ATRESMEDIA fue la respuesta de ésta a la demanda de 29-7-2010 de AGEDI y AIE que inició el procedimiento principal en cuyo seno fue dictada la Sentencia. Obsta decir que ATRESMEDIA interpone su denuncia como reacción a la demanda iniciadora de la litis civil y con el objetivo de propiciar un «juicio paralelo» ante la CNC en base al posicionamiento contrario a la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual que caracterizaba a la CNC, y que es predicable actualmente de la CNMC.

de que la aplicación que se le pretende hacer de la media ponderada de lo satisfecho a AGEDI/ AJE por parte de las otras cuatro cadenas generalistas de ámbito nacional (TVE, TELECINCO, CUATRO Y LA SEXTA) constituye un trato discriminatorio e injusto en la medida en que el porcentaje de tiempo que ella emplea en la comunicación de fonogramas respecto del tiempo total de sus emisiones es sensiblemente inferior al tiempo empleado por esas otras cadenas. Sin embargo, es de ver que, pese a su verosímil acceso a esa clase de datos, ANTENA 3 no ha suministrado material probatorio alguno al respecto, debiendo, por tal motivo, pechar con las consecuencias adversas que se derivan de esa pasividad».

Cierra su argumentación el Tribunal Supremo dejando constancia de la alegación de AGEDI y AIE, en su recurso de apelación contra la sentencia de 1ª instancia, sobre la irrelevancia de la cuestión de los fonogramas «sincronizados» en obras audiovisuales para la resolución de la litis, señalando que se trataba de un *«argumento secundario que no fue aceptado por la Audiencia Provincial»*, ofreciendo por toda explicación que, si se hubiera aceptado tal argumento, *«le habría excusado de entrar en la espinosa cuestión de la interpretación de los arts. 108.4 y 116.2 TRLPI respecto de las obras audiovisuales que incorporan un fonograma»* por razones de «comodidad».

De nuevo, y con el máximo respeto hacia el criterio del Tribunal Supremo, no puedo estar de acuerdo con tal afirmación por los siguientes motivos.

En primer término, porque es evidente que, en su sentencia, la sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid da respuesta a todas las alegaciones realizadas por AGEDI y AIE en su recurso de apelación.

Por ello, el hecho de que la Audiencia Provincial haya entrado en la interpretación de los arts. 108.4 y 116.2 TRLPI deriva, directamente, de la infracción de los mismos por la sentencia de 1ª instancia denunciada por AGEDI y AIE, sin que se puedan argüir razones de «comodidad» para no entrar a resolver concretas vulneraciones del ordenamiento jurídico alegadas en un recurso de apelación[85].

Y en segundo término, porque, además, la alegación en el recurso de apelación de la irrelevancia de la cuestión para el cálculo de cantidad adeudada constituyó, como señala el propio Tribunal Supremo, un argumento secundario o subsidiario, por lo que ni puede decirse que no fuera aceptado por la Audiencia Provincial (simplemente, y por razones de elemental orden, no entró en el mismo), ni mucho menos alegar las extrañas razones de «comodidad» que habrían ahorrado a la Audiencia Provincial de entrar en el argumento principal.

Por último, la sentencia del Tribunal Supremo hace referencia, en su Fundamento de derecho quinto, a la cuestión de los «anuncios publicitarios», respecto de la cual elude pronunciarse al afirmar que AGEDI y AIE la introdujeron extemporáneamente en su oposición al recurso de casación de ATRESMEDIA, incidiendo en ello en el trámite de alegaciones a la sentencia TJUE.

[85] El art. 465.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que el auto o sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente (y, por consiguiente, necesariamente) sobre los puntos y cuestiones planteadas en el recurso, por lo que, alegada con carácter principal la infracción del ordenamiento jurídico por la resolución apelada, no parece posible eludir pronunciarse sobre dicha infracción, ni por razones de «comodidad» ni por ninguna otra similar.

Una vez más no puedo estar de acuerdo con tal argumento, y mucho menos con que el Tribunal Supremo eludiera resolver sobre la cuestión en base al mismo.

La realidad es que no es cierto que la cuestión de los anuncios publicitarios fuera introducida por AGEDI y AIE en sede casacional en tanto, como se reconoce en el propio Fundamento de derecho quinto de la sentencia del Tribunal Supremo, tal cuestión fue abordada en el recurso de apelación interpuesto por AGEDI y AIE contra la sentencia de 1ª instancia.

Por ello, que el Tribunal Supremo apele a la doctrina sobre la imposibilidad del planteamiento de cuestiones *per saltum* en casación para rechazar pronunciarse sobre la cuestión de los anuncios publicitarios es, con el máximo respeto, incongruente.

En todo caso, si AGEDI y AIE abordaron la cuestión de los anuncios publicitarios en su recurso de apelación es porque es la primera vez que pudieron hacerlo, y ello por la elemental razón de que fue la sentencia de 1ª instancia quien excluyó, por primera vez, a los anuncios publicitarios del ámbito de la remuneración de los arts. 108.4 y 116.2 TRLPI junto a las películas cinematográficas y series de televisión, asumiendo las tesis de ATRESMEDIA consignadas en su contestación a la demanda.

La sentencia del Tribunal Supremo reprocha a AGEDI y AIE, en su Fundamento de derecho quinto, que solo dedicaran *«un párrafo de apenas nueve líneas en un recurso de 111 páginas»* a la cuestión de los anuncios publicitarios, como si la brevedad en el planteamiento de una cuestión constituyera excusa o subterfugio para que el órgano judicial pueda dejar de pronunciarse sobre la misma, o fuera necesario extenderse, más allá de lo razonable, en el desarrollo de una alegación que, en contraposición a otras de las tratadas en el recurso de apelación, parecía evidente.

En todo caso, y como ya se ha señalado, la sentencia del Tribunal Supremo elude entrar al fondo de la cuestión planteada por AGEDI y AIE en su oposición al recurso de casación y, más tarde, en el trámite de alegaciones a la sentencia del TJUE, disponiendo que la cuestión *«deberá ser abordada en la ejecución de la sentencia, cuando haya que determinar el uso efectivo de fonogramas por Antena 3 de acuerdo con los criterios fijados por el Juzgado Mercantil»*, sin perjuicio de señalar que, de acuerdo con lo establecido en el art. 90.6 TRLPI y en el art. 21 de la Ley General de Publicidad, *«no puede excluirse a priori que un anuncio publicitario constituya una obra protegida por la propiedad intelectual, salvo que no reúna los requisitos exigibles para ser considerado como tal obra, en concreto los relativos a la originalidad»*.

Cabe finalizar señalando que, a la fecha de este trabajo, se tramita ante el Juzgado de lo mercantil nº 4 de Madrid la ejecución de la sentencia de 9-2-2016 del Tribunal Supremo, sobre la que aún no hay resolución, por lo que, estando el asunto *sub iudice*, no entraré en esta cuestión.

5.2. Aplicación de la Sentencia por AGEDI y AIE en sus tarifas generales

El contenido de la Sentencia afecta directamente a AGEDI y AIE puesto que, pese a que la interpretación realizada de la cuestión prejudicial planteada solo vincula directamente a los órganos judiciales de los diferentes Estados miembros de la UE, de facto debe ser trasladada por AGEDI y AIE al ámbito tarifario de su gestión debido a que la interpretación de los arts. 108.4 y 116.2 TRLPI en España, tanto por los órganos administrativos como por los judiciales

competentes en la materia, habrá de ser conforme a la doctrina de la Sentencia, al menos en tanto la misma siga «vigente».

Por ello, examinaré en este apartado cómo AGEDI y AIE han aplicado el contenido de la Sentencia, especialmente en el ámbito más afectado por la misma que es el de sus tarifas generales.

Con carácter previo a cualquier otra cuestión, he de hacer hincapié en que, tanto durante la tramitación del procedimiento en España como ante el TJUE, AGEDI y AIE alertaron de que uno de los principales problemas derivados de negar el derecho de remuneración del art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE (arts. 108.4 y 116.2 TRLPI) en «obras audiovisuales» es la relación de dependencia de los derechos conexos a los derechos de autor que propicia.

Efectivamente, uno de los efectos más peligrosos y nocivos de la Sentencia es que la existencia del derecho conexo de los productores de fonogramas y artistas musicales previsto en los arts. 108.4 y 116.2 TRLPI se hace depender de la calificación autoral del contenido (grabaciones audiovisuales) de las emisiones de ATRESMEDIA y demás entidades de radiodifusión que operan en España puesto que, si bien en los casos de «sincronización» de fonograma en grabaciones audiovisuales que contengan la fijación de una obra audiovisual no se devenga la remuneración de los arts. 108.4 y 116.2 TRLPI, en los casos de «sincronización» del fonograma en una grabación audiovisual que no tenga la condición de obra audiovisual sí se devenga tal remuneración.

En todo caso, una vez dictada la Sentencia, AGEDI y AIE han introducido en sus normas de funcionamiento (en lo que corresponde a este trabajo, en sus tarifas generales) la exclusión de la remuneración prevista en los arts. 108.4 y 116.2 TRLPI (y, consecuentemente, de la contraprestación por el derecho de reproducción previsto en el art. 115 TRLPI) en aquellos casos en los que la Sentencia entiende que no se devenga tal remuneración, es decir, en los supuestos de comunicación pública de grabaciones audiovisuales en los que se encuentra fijadas obras audiovisuales y que, a la vez, incorporan fonogramas publicados con fines comerciales.

Si se examinan las tarifas generales de AGEDI y AIE[86] puede comprobarse cómo el desafío que supone la traslación del contenido de la Sentencia a las mismas[87] se ha realizado a partir de la introducción del concepto de *«grabaciones audiovisuales que contengan la fijación de obras audiovisuales»* en su ámbito tarifario, precisamente con la finalidad de dar cumplimiento a la interpretación realizada Sentencia del art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE.

Para tal introducción, AGEDI y AIE han modificado, en primer lugar, el «objeto» de sus tarifas generales para clarificar la exclusión señalada. Así, en el apartado I.2 del Libro I de sus tarifas generales, han incluido los siguientes novedosos párrafos:

> *«En los términos establecidos en la parte dispositiva de la sentencia de 18-11-2020 del TJUE en el asunto prejudicial C-147/19, queda excluido del ámbito de la tarifa de AGEDI-AIE la comunicación pública de fonogramas publicados con fines comerciales o reproducciones de los mismos incorporados o sincronizados en grabaciones audiovisuales que contengan la*

[86] https://agedi-aie.es/tarifas.

[87] Nunca en España (y, nos atrevemos a decir, en el mundo) una entidad de derechos conexos había tenido que determinar su repertorio en base a la calificación autoral del contenido incluido en las prestaciones protegidas que gestionan.

> *fijación de obras audiovisuales de acuerdo con la definición de éstas que consta en el apartado de "Definiciones" recogidas en el punto I.4. del LIBRO I de las Tarifas Generales de AGEDI-AIE.*
>
> *Igualmente, como consecuencia del contenido de la sentencia de 18-11-2020 del TJUE en el asunto prejudicial C-147/19, queda excluido del ámbito de la tarifa de AGEDI la reproducción de grabaciones audiovisuales que contengan la fijación de obras audiovisuales en las que se encuentren incorporados o sincronizados fonogramas publicados con fines comerciales, de acuerdo con la definición de éstas que consta en el apartado de "Definiciones" recogidas en el punto 1.4. del LIBRO I de las Tarifas Generales de AGEDI-AIE.»*

Consecuentemente con las exclusiones señaladas, AGEDI y AIE han incluido, en el apartado I.4 de sus tarifas generales (*«definiciones»*), los conceptos de *«grabación audiovisual»* y *«obra audiovisual»*, modificando también la definición de *«Reproducción de fonogramas publicados con fines comerciales para su posterior comunicación pública»* que constaba en las anteriores tarifas generales. La nueva redacción de este último concepto que consta en las tarifas generales de AGEDI y AIE es a la que a continuación hago referencia.

Por *«reproducción de fonogramas publicados con fines comerciales para su posterior comunicación pública»* se entiende en las tarifas generales de AGEDI y AIE:

> *«Fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de un fonograma publicado con fines comerciales o de parte del mismo, o de la reproducción de un fonograma publicado con fines comerciales o parte de la misma para, directa o indirectamente, proceder a su comunicación pública. Se entiende incluida en tal concepto la fijación en una grabación audiovisual de acuerdo con la definición de ésta contenida en el art. 120 TRLPI, siempre que el contenido de tal grabación audiovisual no pueda ser calificado de obra audiovisual en los términos dispuestos en la sentencia de 18-11-2020 del TJUE en el asunto prejudicial C-147/19, todo ello sin perjuicio de la autorización para la sincronización, que, en todo caso, corresponde a sus titulares.»*

En relación con la anterior definición que aparecía en sus tarifas generales, AGEDI y AIE optan por clarificar que, en tanto siga vigente la interpretación del art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE realizada en la Sentencia, o no se modifiquen los arts. 108.4 y 116.2 TRLPI, entienden que la reproducción de un fonograma publicado con fines comerciales en una grabación audiovisual que contenga la fijación de una obra audiovisual no constituye una «reproducción» del fonograma en los términos previstos en los citados arts. 108.4 y 116.2 TRLPI, obviamente a los exclusivos efectos tarifarios de AGEDI y AIE.

Por otro lado, la última frase de la definición (*«todo ello sin perjuicio de la autorización para la sincronización, que, en todo caso, corresponde a sus titulares»*) recuerda y enfatiza, a modo de aviso o alerta, que el hecho de que no se devengue la remuneración de los arts. 108.4 y 116.2 TRLPI cuando la grabación audiovisual contenga la fijación de una obra audiovisual no significa que no existan derechos exclusivos de los productores de fonograma y de los artistas musicales sobre los actos de fijación (reproducción) de los fonogramas en la «obra» audiovisual y sobre la comunicación pública de la grabación audiovisual en donde consta fijada tanto la obra como el fonograma, en concordancia con los apartados 54 y 55 de la Sentencia y de los párrafos 20 y 21 del Fundamento de derecho tercero de la sentencia del Tribunal Supremo.

Por *«grabación audiovisual»* se entiende en las tarifas generales de AGEDI y AIE[88]:

> *«… la fijación de un plano o secuencia de imágenes, con o sin sonido, con independencia de que contenga la fijación de una creación susceptible de ser calificada como obra audiovisual en el sentido del artículo 86 del vigente Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual».*

Y por *«obra audiovisual»* se entiende en las tarifas generales de AGEDI y AIE:

> *«… la creación expresada mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que esté destinada esencialmente a ser mostrada a través de aparatos de proyección o por cualquier otro medio de comunicación pública de la imagen y del sonido, con independencia de la naturaleza de los soportes materiales de dichas obras. A efectos de las presentes tarifas, y exclusivamente en lo que corresponde a la exclusión de devengo de los derechos de gestión colectiva obligatoria por la comunicación pública de fonogramas publicados con fines comerciales o reproducciones de los mismos como consecuencia del contenido de la sentencia de 18-11-2020 del TJUE en el asunto prejudicial C-147/19:*
>
> *1 º/ Se considerarán por AGEDI y AIE como obras audiovisuales:*
>
> - *Las películas cinematográficas (largometrajes y cortometrajes)*
> - *Obras audiovisuales de ficción creadas o divulgadas por televisión (telefilmes, tv movies, series de televisión, telenovelas, series de gran formato, dibujos animados, mini series y series de animación).*
>
> *2°/ No se considerarán por AGEDI y AIE como obras audiovisuales:*
>
> - *Los documentales y docudramas, salvo aquellos que, además de reunir las características propias de originalidad y creatividad de cualquier obra audiovisual, consten reconocidos como obras audiovisuales por las entidades de gestión de derechos de los autores del ámbito audiovisual (actualmente, SGAE y DAMA).*
> - *Las obras teatrales, dramático-musicales, coreográficas o pantomímicas y, en general, las conocidas como obras de gran derecho.*
> - *Los sketches, chistes, pantomimas y parodias.*
> - *Los monólogos.*
> - *Los programas de variedades, magacines, talk shows y reality shows.*
> - *Los programas musicales.*
> - *Los videos musicales o videoclips.*
> - *Las noticias e informaciones que se refieran a la actualidad nacional o extranjera.*
> - *Los reportajes sobre toda clase de noticias, acontecimientos, actos o ceremonias, cuyo contenido sea informativo.*
> - *La crítica en todas sus manifestaciones.*
> - *Las entrevistas, encuestas y coloquios, sean improvisados o no.*
> - *Las retransmisiones deportivas, de corridas de toros y, en general, de toda clase de actos públicos.*
> - *Cualquier forma de presentación mediante imagen personal o en off de toda clase de espacios.*
> - *Los concursos, competiciones, sorteos y espacios análogos.*
> - *Los espacios y anuncios publicitarios.*
> - *Todo tipo de programas de "venta" tele tienda, ventas y demostraciones, guías comerciales, etc.)*
> - *Los espacios informativos sobre la programación de televisión.*

[88] Tal definición es, en la práctica, traslación de la definición del concepto «grabación audiovisual» contenida en el art. 120.1 TRLPI.

- *Las charlas, tertulias y comentarios sobre toda clase de temas.*
- *Todo tipo de programas conocidos como "de continuidad" (avance de programaciones, carta de ajuste, autopromoción, programación regional, minutos musicales, etc.).*
- *Todo tipo de programas conocidos como "de entretenimiento" (cámara oculta, zapping, videos caseros, docu-soup, galas y festivales, etc.).*
- *Cualquier espacio de exclusivo carácter didáctico, incluidos los dedicados a la enseñanza de idiomas.*
- *Las actuaciones circenses.*
- *Cualquier otra grabación audiovisual o espacio de naturaleza o configuración similares a los señalados anteriormente.»*

La definición de *«obra audiovisual»* en las tarifas generales de AGEDI y AIE parte de la definición legal contenida en el art. 86.1 TRLPI para, a continuación, concretar lo que AGEDI y AIE entienden que son *«obras audiovisuales»* y lo que entienden que son meras *«grabaciones audiovisuales»*, a los exclusivos efectos de tales tarifas, y limitados a la exclusión de la remuneración prevista en los arts. 108.4 y 116.2 TRLPI conforme a la Sentencia.

No es baladí recordar que el concepto de *«obra audiovisual»* no es pacífico y, de hecho, es discutido doctrinal y jurisprudencialmente, por lo que parece razonable, en aras a dotar de una elemental coherencia y razonabilidad al sistema tarifario de AGEDI-AIE, especificar los concretos grupos, categorías o tipos de producciones audiovisuales que deben de entenderse, a los exclusivos efectos de las tarifas generales de AGEDI y AIE, como *«obras audiovisuales»* y cuáles deben de entenderse como meras *«grabaciones audiovisuales»*, en aras a concretar el contenido de las emisiones de las televisiones que debe entenderse excluido o incluido en el cómputo de uso de tales tarifas.

AGEDI y AIE parecen haber partido de los postulados defendidos por ATRESMEDIA en el procedimiento judicial en cuyo seno se dictó la Sentencia, teniendo en cuenta que dichos postulados son los asumidos, finalmente, en la sentencia dictada por la Sala 1ª del Tribunal Supremo al confirmar la sentencia del Juzgado de lo mercantil nº 4 bis de Madrid.

Recuerdo que la posición de ATRESMEDIA sobre la cuestión fue dividir en dos grandes categorías las grabaciones audiovisuales que emite en los canes de televisión de su titularidad a partir del contenido creativo o autoral de las mismas.

Por un lado, estarían lo que ATRESMEDIA denomina como grabaciones audiovisuales que contienen *«creaciones audiovisuales de menor altura creativa»*, comprendiendo esta categoría los programas denominados comúnmente como «Miscelánea» (magazine, humor, variedades, revistas del corazón, infoshow, concursos, programas culturales, etc.)[89].

Y, por otro lado, estarían lo que ATRESMEDIA denomina como creaciones audiovisuales con *«un elevado grado de originalidad»*, comprendiendo en esta categoría *«las obras audiovisuales, cual es*

[89] Cuando se incorpora un fonograma publicado con fines comerciales en este tipo de grabaciones audiovisuales, ATRESMEDIA entiende que existe reproducción de dicho fonograma y que, por tanto, se devenga la remuneración prevista en los arts. 108.4 y 116.2 TRLPI.

el caso de la ficción y publicidad, dado su elevado grado de originalidad» (películas cinematográficas, series de televisión y anuncios publicitarios)[90].

A partir de lo expuesto, y como de lo que se trata es trasladar la interpretación del art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE realizada en la Sentencia al ámbito tarifario de AGEDI y AIE, teniendo en cuenta que la misma no trató la cuestión de la consideración de los espacios y anuncios publicitarios como obras audiovisuales, AGEDI y AIE se han planteado la cuestión de si tales espacios deben ser considerados *«obras audiovisuales»*[91].

La respuesta en las tarifas generales de AGEDI y AIE es negativa, al menos en lo que corresponde a la presunción de que todo anuncio o spot publicitario emitido por televisión tiene la condición de obra audiovisual.

Para alcanzar tal respuesta, y posiblemente conscientes AGEDI y AIE de que son entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual de derechos conexos o afines a los derechos de autor en cuyo ámbito de actuación no están los derechos de autor sobre obras audiovisuales, parecen haber optado por acudir al criterio de las entidades de gestión que sí gestionan en España los derechos de los autores de obras audiovisuales en aras a concretar si, dentro de su repertorio, están los espacios y anuncios publicitarios.

Ello acredita no solo el empeño de AGEDI y AIE en solucionar el complejo problema planteado respecto de los anuncios publicitarios, sino también su esfuerzo en dar un sentido lógico y razonable al sistema de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual en España, puesto que ningún sentido tendría que AGEDI y AIE mantuvieran una posición contradictoria con las entidades de gestión de derechos de autor sobre este tema.

Las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual que gestionan en España los derechos de los autores de obras audiovisuales son la SOCIEDAD GENERALES DE AUTORES Y EDITORES (SGAE) y DERECHOS DE AUTOR DE MEDIOS AUDIOVISUALES, ENTIDAD DE GESTIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL (DAMA).

La normativa interna de la SGAE, concretamente al Grupo F) del art. 201 del Reglamento de la SGAE, excluye del ámbito de administración de la SGAE a los espacios publicitarios por considerar que no contienen elementos creativos suficientes para ser considerados como obras audiovisuales[92].

Ello no quiere decir que la SGAE no tenga en cuenta, a efectos de su recaudación y reparto, las obras musicales incluidas en tales espacios publicitarios, cuya comunicación pública genera

---

[90] Cuando se incorpora un fonograma publicado con fines comerciales en este tipo de grabaciones audiovisuales, ATRESMEDIA entendía que existe transformación (que no reproducción) de dicho fonograma y que, por tanto, no se devenga la remuneración prevista en los arts. 108.4 y 116.2 TRLPI.

[91] Como es notorio, los diferentes canales de televisión emiten, como parte de su programación, espacios y anuncios (spots) de carácter publicitario o promocional de diferentes bienes o servicios en los que, habitualmente, se utilizan fonogramas comerciales.

[92] El Reglamento de la SGAE es públicamente accesible en https://documentos-sgae.s3.eu-west-1.amazonaws.com/2023/WEB+2023+-+DOCUMENTOS/Reglamento+SGAE+20+de+julio+de+2023.pdf.

derechos de autor que SGAE hace efectivos en interés de sus titulares (autores de las obras y editores musicales)[93].

También en el caso de DAMA, de acuerdo con lo previsto en el art. 17.2 de su Reglamento, se encuentran excluidos de su ámbito de administración los espacios publicitarios, por las mismas razones que la SGAE[94].

Que los espacios y anuncios publicitarios no tienen, en general, el carácter de *«obras audiovisuales»*, sino de meras *«grabaciones audiovisuales»*, parece ser también una opinión extendida en la doctrina más autorizada que se ha pronunciado sobre este asunto.

En este sentido, el Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Salamanca Don Fernando Carbajo Cascón[95] señala que:

> *«Naturalmente un "spot" publicitario puede constituir también una creación publicitaria de naturaleza audiovisual (cfr. SAP Girona de 29 de julio de 2005), pero entiendo que debería presentar un mayor grado de creatividad para gozar de la condición de obras susceptible de protección por el derecho de autor, pues una buena parte de estos "spots" tienen una naturaleza puramente funcional, no creativa en sentido propio, pudiendo calificarse en tal caso como meras grabaciones audiovisuales, pero no obras audiovisuales (publicitarias) en sentido estricto.»*

En sentido similar, el Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Murcia Don José Massaguer[96] señala, al tratar sobre los requisitos sustantivos para la efectiva protección de las creaciones publicitarias mediante derecho de autor, lo siguiente:

> *«Naturalmente, la comprobación de que la propuesta creativa y sus componentes tienen el grado de definición suficiente para guiar la realización de una obra que posea sus elementos o recursos fundamentales (que articulan el discurso publicitario) y en los que sean reconocibles de forma clara, precisa y objetiva, a pesar de la posible presencia de otras contribuciones creativas por regla general incorporadas en la etapa de ejecución, no es bastante para afirmar su protección mediante derecho de autor. Para ello es necesario que reúnan las condiciones o requisitos exigidos con carácter general para que una creación intelectual que por su naturaleza es protegible quede en efecto protegida, por lo que ahora interesa, mediante la atribución del derecho exclusivo a controlar su explotación, como son su condición de creación humana, original y expresada en un soporte tangible o intangible.*

---

[93] Véase a estos efectos el art. 202, Grupo B), apartado 5.6,en el que se valoran con 1,7 puntos (a efectos del reparto de derechos de la SGAE) las obras de pequeño derecho (esencialmente, musicales) *«pertenecientes al repertorio administrado por la SGAE cuyos titulares hayan ejercido la facultad de reservarse efectivamente el derecho de comunicación pública sobre las mismas»*. Igualmente, véase también en el mismo sentido, y ejemplificativamente, el art. 202, la letra b) del el Grupo E), en la que se señala que *«en cualquier caso, si se aporta información fehaciente y contrastable sobre emisiones de spots de publicidad en televisión de cualquier duración, sus emisiones serán consideradas como tiempo computable en el reparto»*.

[94] El Reglamento de DAMA es públicamente accesible en https://www.damautor.es/pdf/REGLAMENTO_DAMA.pdf.

[95] En su trabajo *«La originalidad de las obras publicitarias y de las páginas web»* (XXXIII Jornadas de Estudio sobre propiedad industrial e intelectual: colección de conferencias con motivo de las Jornadas de Estudio celebradas el 8 y 9 de febrero de 2018 por el Grupo Español de la AIPPI, 2018, ISBN 9788493942281, págs. 39-60).

[96] En su trabajo *«Las creaciones publicitarias protegibles mediante derecho de autor: propuestas creativas, conceptos publicitarios, creatividades e ideas publicitarias»* (revista InDret 2-2021).

> *Ninguna especialidad presentan estos requisitos en el ámbito de las creaciones publicitarias, aunque no está de más recordar ahora la forma en que la originalidad, seguramente el factor crítico para su protección mediante esta modalidad de propiedad intelectual, ha sido perfilada por la jurisprudencia de la Unión. En particular, el TJUE concibe la originalidad como creación intelectual propia de su autor y, más en particular, como expresión de su genio y capacidad creativa que refleja su personalidad en la obra mediante decisiones libres y creativas que, de forma acumulada o alternativa, determinan la concepción de la creación, su ejecución o ambas, pero también —lo que puede ser de especial relevancia en creaciones destinadas a servir a un fin práctico como es propio de la publicidad— en la forma de abordar la materia y el modo expresivo seleccionado. La presencia de estas condiciones habrá de apreciarse caso por caso, y para ello habrá que tener en cuenta "todos los elementos del caso concreto, tal y como existían durante la concepción de ese objeto, independientemente de los factores exteriores y posteriores a la concepción de ese objeto". Al efecto es obligado dar especial relevancia precisamente a lo característico de la creación publicitaria, como es su naturaleza funcional, y en particular su finalidad persuasiva o institucional, su sustancia, condensada en el discurso publicitario y en los recursos de contenido y forma de que se vale para alcanzar los objetivos (persuasivos o institucionales) considerados.*
>
> *Como se ve, la cuestión que, bajo este aspecto, suscita la protección de la creación publicitaria es un clásico en el temario de los problemas difíciles del derecho de autor, en el que viene a ocupar asiento al lado de la protección de los formatos de TV. Y, como sucede en estos casos, son más las ocasiones en que el conflicto se dirime negando la protección, por considerarse que la pretendida creación publicitaria reproducida sin autorización es una idea genérica o, al menos, no suficientemente perfilada desde un punto de vista formal, aunque en no pocas ocasiones el razonamiento apunta sobre todo a la previa generalización del uso de la idea que inspira la pieza publicitaria imitada, desdibujándose así los lindes entre la negación general de la tutela de las ideas en sí y el rechazo particular de la protección de las elaboraciones formales de ideas que alcanzan la concreción necesaria para ser obras, pero carecen de la originalidad necesaria.»*

Por ello, las tarifas generales de AGEDI y AIE reflejan que la regla es que los espacios y anuncios publicitarios no tienen el carácter de *«obra audiovisual»* a efectos del art. 86.1 TRLPI, sin perjuicio de que, por supuesto, en determinados supuestos excepcionales se pudiera acreditar tal condición; pero, en todo caso, nos encontraríamos con una excepción a la regla general que requeriría un tratamiento individualizado cuando se alegue, cuestión irrelevante a la hora de establecer tales tarifas generales.

Cabe destacar la importancia que tiene establecer una regla general (o, si se quiere, una «presunción») sobre si los espacios y anuncios publicitarios tienen, o no, el carácter de *«obra audiovisual»* en las tarifas generales de AGEDI y AIE para emisoras de televisión por la imposibilidad material manifiesta de examinar todos y cada uno tales espacios publicitarios para valorar, en el momento de aplicación de las tarifas, si se debe tener en cuenta o no el uso de fonogramas comerciales incorporados a los mismos, es decir, si cada uno de los anuncios emitidos, individualmente considerados, tienen o no la condición de «obra audiovisual».

Por ello, debe establecerse una regla general o «presunción» para poder calcular, de forma razonable, la intensidad de uso de fonogramas, sin perjuicio de las excepciones que se puedan aplicar a posteriori.

Por lo demás, lo que hacen las tarifas generales de AGEDI y AIE es reproducir el criterio de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual que gestionan y hacen efectivos derechos de autor sobre obras audiovisuales (SGAE y DAMA).

En lo que concretamente se refiere a las tarifas generales por la comunicación pública de fonogramas publicados con fines comerciales o reproducciones de los mismos y por la reproducción para dicha comunicación pública en emisoras de televisión de difusión inalámbrica y plataformas digitales, cableoperadores y otras entidades con oferta multicanal[97], AGEDI y AIE han establecido una tarifa general por uso efectivo (TUE) calculada de acuerdo con la siguiente estructura:

(Base - deducciones) x T(i) - Descuentos + PSP

Del estudio de la estructura de dichas tarifas generales se deduce que el impacto de la Sentencia se traslada de una doble forma.

Por un lado, en el establecimiento del tipo bruto de la tarifa, que ha pasado del 6,58% establecido en las tarifas generales de AGEDI-AIE anteriores al 5,72% de las tarifas generales posteriores a la Sentencia, y ello como consecuencia de la exclusión de los fonogramas publicados con fines comerciales o reproducciones de los mismos incorporados o sincronizados en grabaciones audiovisuales que contengan la fijación de obras audiovisuales.

Y, por otro lado, en el coeficiente de intensidad de uso de fonogramas *(i)*, que opera ponderando tipo bruto del 5,72%, para cuyo cálculo se excluye el porcentaje de uso de fonogramas publicados con fines comerciales o reproducciones de los mismos incorporados o sincronizados en grabaciones audiovisuales que contengan la fijación de obras audiovisuales.

Debo señalar que dichas tarifas generales de AGEDI y AIE constituyen la propuesta tarifaria realizada por AGEDI y AIE en el procedimiento de determinación de tarifas E-2023/001 tramitado ante la Sección 1ª de la Comisión de Propiedad Intelectual a instancia de AGEDI y AIE respecto de MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A. (MEDIASET) y ATRESMEDIA.

Este procedimiento de determinación de tarifas consta admitido a trámite mediante acuerdo de 7-6-2023 dictado por el mencionado órgano administrativo[98], ratificado posteriormente por acuerdo de 7-8-2023 de la propia Sección 1ª de la Comisión de Propiedad Intelectual en el que desestimó los recursos de reposición interpuestos por MEDIASET y ATRESMEDIA contra dicha resolución de admisión a trámite.

Tal procedimiento de determinación de tarifas se encuentra actualmente en tramitación ante la Sección 1ª de la Comisión de Propiedad Intelectual que, necesariamente, habrá de decidir sobre la aplicación de Sentencia en el ámbito tarifario de AGEDI y AIE a la vista de las alegaciones y pruebas que presenten tanto las partes en el procedimiento (AGEDI, AIE, MEDIASET y ATRESMEDIA) como los terceros interesados[99].

---

[97] Sector directamente afectado por la Sentencia.

[98] BOE nº 146, de 20-6-2023, accesible íntegramente en https://www.culturaydeporte.gob.es.

[99] E incluso, en su caso, sobre el planteamiento de nueva cuestión prejudicial sobre la interpretación del art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE, al concurrir en la Sección 1ª de la Comisión de Propiedad Intelectual

5.3. Improcedencia de realizar una interpretación *ultra vires* de la Sentencia en el ámbito de la comunicación pública de fonogramas publicados con fines comerciales o reproducciones de los mismos

Algunos usuarios, especialmente algunas emisoras de televisión a través de sus asesores legales, han comenzado a sugerir la posibilidad de realizar una interpretación *ultra vires* de la Sentencia que vaya más allá de sus propios términos y en razón de la cual, apelando a una especie de analogía mal entendida, se extiendan sus efectos al ámbito de todo tipo de grabaciones audiovisuales emitidas por televisión, con independencia de que las mismas contengan o no la fijación de una obra audiovisual.

Comenzaré por decir que tal interpretación implica ir más allá del principio de «interpretación conforme» establecido en el art. 4 bis.1 LOPJ para adentrarnos en el ámbito de esa analogía mal entendida a la que he hecho referencia, que nada tiene que ver con la recta aplicación del principio de aplicación analógica de las normas establecido en el art. 4.1 CC, puesto que de lo que se trata no es de aplicar una norma (en este caso, su interpretación por el TJUE) a un supuesto semejante no regulado en el que se aprecie identidad de razón.

En este caso, lo que se pretende es retorcer la interpretación del art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE realizada por el TJUE en su Sentencia, y su propio contenido, con el objetivo de que las emisoras de televisión no tengan que satisfacer cantidad alguna por los usos de fonogramas publicados con fines comerciales o reproducciones de los mismos que realizan en su programación habitual.

Este posicionamiento es contrario a la propia parte dispositiva de la Sentencia que, claramente, limita la exclusión de la obligación de pago de la remuneración en base a la interpretación que realiza del art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE a los casos de *«comunicación pública de grabaciones audiovisuales que contengan la fijación de obras audiovisuales en las que se hayan incorporado fonogramas o reproducciones de dichos fonogramas»*.

Por tanto, si la parte dispositiva de la Sentencia es clara a la hora de concretar que tan solo en los supuestos de comunicación pública de «obras audiovisuales» opera la exención de pago de la remuneración contemplada en el art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE, no vemos razón jurídica alguna para aplicar tal exención a un supuesto de hecho distinto, cual es la comunicación pública de meras grabaciones audiovisuales que no contienen la fijación de obras audiovisuales.

Sin perjuicio de que el argumento anterior sería suficiente para zanjar el debate, he de hacer referencia a que la Sentencia trata expresamente la cuestión en su párrafo 40 para, reproduciendo los términos de la Guía, asumir la interpretación del art. 2 b) del TOIEF realizada en la misma con el efecto de que *«en el caso de que una fijación audiovisual no cumpla los requisitos para poder considerarse obra, la fijación de los sonidos de una interpretación o ejecución o de otros sonidos, o de una representación de sonidos, incorporada en dicha fijación audiovisual, debe considerarse "fonograma"»*.

---

la condición de «órgano jurisdiccional» a efectos del art. 267 TFUE de acuerdo con la propia doctrina del TJUE (entre otras, sentencia de 21-1-2020 dictada en el asunto C-274/14 Banco de Santander ECLI:EU:C:2022:351).

Tal afirmación es coherente con las Conclusiones del Abogado General del TJUE Don Evgeni Tanchev asumidas por la Sentencia; concretamente, en párrafo 50 de dichas Conclusiones se señala textualmente que *«la definición de «fonograma» a efectos del WPPT también engloba las fijaciones de sonidos o representaciones de sonidos incluidas en una fijación audiovisual que no constituya una «obra» a efectos de los derechos de autor»*.

Por tanto, habremos de convenir que, al igual que el TJUE asume que una fijación de sonidos incorporada en una obra cinematográfica u otra obra audiovisual no está comprendida en el concepto de «fonograma», también está asumiendo que una fijación de sonidos incorporada en una mera grabación audiovisual que no contenga la fijación de una obra audiovisual está comprendida en el concepto de «fonograma» y, por tanto, su comunicación pública devenga la remuneración contemplada en el art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE.

Adicionalmente, la «nueva» posición de estos usuarios olvida sus propios actos en el sentido de que lo que ATRESMEDIA mantuvo durante el procedimiento nacional previo al planteamiento de la cuestión prejudicial, y también ante el TJUE, es que la comunicación pública de fonogramas incorporados o sincronizados en meras grabaciones audiovisuales que, según la propia ATRESMEDIA, contienen *«creaciones audiovisuales de menor altura creativa»*, sí devengaría la remuneración establecida en los art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE.

Por consiguiente, ninguna interpretación del art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE conforme a la Sentencia puede llevar a concluir que no se devenga la remuneración prevista en mismo cuando el objeto de la comunicación pública sea una mera grabación audiovisual que no contenga la fijación de una obra audiovisual en la que se encuentren incorporados, reproducidos o «sincronizados» los fonogramas publicados con fines comerciales.

6. Posibles soluciones a la errónea doctrina fijada en la Sentencia

Si, conforme se expone en este trabajo, se asume que la doctrina establecida en la Sentencia es errónea, hay que plantearse cuáles serían las posibles soluciones que podrían implementarse para revertir la situación creada por la misma. Las que propongo son las que se desarrollan a continuación.

6.1. Modificación del TRLPI

La solución más sencilla, aunque con efectos limitados al ámbito territorial del Reino de España, sería la modificación del TRLPI con el objetivo de incluir expresamente los actos de comunicación pública de grabaciones audiovisuales que contengan la fijación de obras audiovisuales en las que se hayan reproducido o sincronizado fonogramas publicados con fines comerciales en el ámbito de la remuneración establecida en los arts. 108.4 y 116.2 TRLPI.

Tal modificación resulta posible en el ámbito de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE, puesto que las mismas tienen el carácter de Directivas de «mínimos» respecto de los derechos reconocidos a los productores de fonogramas y a los artistas intérpretes o ejecutantes en el art. 8 de las mismas.

Tal carácter ha sido reconocido expresamente por la sentencia de 14-7-2015 del TJUE (asunto C-192/04, LAGARDÈRE/SPRE y GVL)[100], en cuyo párrafo 46 se señala textualmente lo siguiente:

> *«Con carácter preliminar, debe señalarse que del tenor y de la estructura de la Directiva 92/100 resulta que ésta prevé una armonización mínima en materia de derechos afines al derecho de autor. Así, no pretende cuestionar, en particular, el principio de territorialidad de esos derechos, reconocido por el Derecho internacional y admitido igualmente por el Tratado CE. Por tanto, esos derechos tienen un carácter territorial y el Derecho interno únicamente puede, además, sancionar actos que tengan lugar en su territorio nacional».*

En este sentido, debo recordar que, de los Considerandos (20) de la Directiva 92/100/CEE y (16) de la Directiva 2006/115/CE, se deriva que cada legislador nacional está plenamente facultado para establecer, en cada uno de los Estados miembros, un nivel de protección mayor que el previsto en el art. 8 de las citadas Directivas[101].

Por tanto, la protección reconocida en los arts. 108.4 y 116.2 TRLPI a los artistas y productores de fonogramas puede superar el umbral de armonización mínima previsto en el art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE.

Consecuentemente, el eventual reconocimiento de un derecho de remuneración a dichos titulares, más allá del mínimo exigido en las Directivas, supondría una mejora en el nivel de protección previsto en las mismas que no incurriría en infracción de su texto.

La posibilidad de una mayor protección que la establecida en el art. 8.2 a los artistas intérpretes o ejecutantes y a los productores de fonogramas fue reconocida expresamente por la Sala de lo Contencioso-administrativo de este Tribunal Supremo, en su sentencia de 1-3-2001 dictada en recurso 413/1996[102] que, en su Fundamento de derecho decimotercero, considera compatible, desde el punto de vista del derecho comunitario, el sistema de remuneración equitativa compartida por los productores de fonogramas con los artistas intérpretes o ejecutantes (vigentes arts. 108.4 y 116.2 TRLPI) con el derecho exclusivo de los productores de fonogramas a autorizar o prohibir la comunicación pública de sus fonogramas (art. 109.1 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, finalmente declarado vigente en la propia sentencia).

---

[100] ECLI:EU:C:2005:475.

[101] A sensu contrario, es obvio que el legislador nacional de cada uno de los Estados miembros no puede establecer un nivel de protección inferior al previsto en las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE, lo cual se deduce igualmente del párrafo tercero del art. 288 TFUE.

[102] ECLI:ES:TS:2001:1596. En esta sentencia se estimó en parte el recurso interpuesto por la ASOCIACIÓN FONOGRÁFICA Y VIDEOGRÁFICA ESPAÑOLA (AFYVE) contra determinados preceptos del TRLPI, estableciendo textualmente en su parte dispositiva lo siguiente: *«Estimamos en parte el citado recurso declarando que el Gobierno se excedió en los límites de la delegación que le había sido otorgada por la disposición final segunda de la Ley 27/1995, de 11 de octubre, al derogar o considerar derogado y, por tanto, no incluir en el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, el derecho exclusivo de los productores de fonogramas a autorizar la comunicación pública de éstos y de sus copias, derecho reconocido en el artículo 109, apartado 1, de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, cuya subsistencia asimismo declaramos.»*

Posteriormente, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre esta cuestión en su sentencia nº 543/2010, de 15-9-2010 (recurso 2548/2005)[103], en cuyo Fundamento de derecho quinto se puede leer textualmente lo siguiente:

> *«3ª.- El preámbulo de la propia Directiva considera expresamente "que los Estados miembros pueden establecer a favor de los titulares de derechos afines a los derechos de autor una protección mayor que la prevista en el artículo 8 de la presente Directiva", lo cual está en consonancia con la consideración previa de ser "necesario establecer un régimen que garantice de manera irrenunciable una remuneración equitativa para autores y artistas intérpretes y ejecutantes, quienes deberán tener la posibilidad de confiar la administración de este derecho a entidades de gestión colectiva que los representen". Por tanto, incluso en el ámbito de los fonogramas, la Directiva de que se trata admite que los Estados miembros dispensen a los artistas intérpretes o ejecutantes una protección mayor, como declara la sentencia de esta Sala de 18 de febrero de 2009 (rec. 2157/03) en su fundamento jurídico quinto.»*

De hecho, y como ha quedado expuesto en este mismo trabajo, otros países de la UE, concretamente la República de Croacia y la República de Italia, reconocen expresamente el derecho de remuneración en los casos de comunicación pública de un fonograma publicado con fines comerciales incorporado en una obra audiovisual.

Por consiguiente, al configurarse el art. 8 de dichas Directivas como umbral de protección mínimo que puede ser mejorado o ampliado por cualquiera de los Estados miembros, y en razón de lo expuesto en los Considerandos (20) de la Directiva 92/100/CEE y (16) de la Directiva 2006/115/CE, y la interpretación realizada de los mismos por las Salas de lo Contencioso-administrativo y Civil del Tribunal Supremo, resulta perfectamente factible la modificación del TRLPI a efectos de incluir, en el ámbito de la remuneración establecida en los arts. 108.4 y 116.2 TRLPI, los actos de comunicación pública de grabaciones audiovisuales que contengan la fijación de obras audiovisuales en las que se hayan reproducido o sincronizado fonogramas publicados con fines comerciales, solucionándose de esta forma, en el territorio del Reino de España, la errónea doctrina fijada en la Sentencia.

6.2. Revisión por el TJUE de la doctrina fijada en la Sentencia

La solución que más complejidad conlleva es que sea el propio TJUE quien corrija la doctrina fijada en la Sentencia sobre la interpretación del art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE.

Esta solución, naturalmente, zanjaría de raíz el problema creado por la Sentencia, cuya doctrina sería anulada, reconsiderada o revisada por el propio TJUE, y extendería su ámbito de aplicación a todos los países de la UE.

Sin embargo, esta solución plantea un doble desafío: primero, encontrar un «órgano jurisdiccional» que cuestione la doctrina fijada en la Sentencia; y, en segundo lugar, determinar si existe posibilidad real de que el TJUE pueda revisar o corregir tal doctrina.

---

[103] ECLI:ES:TS:2010:6575. Derivada del procedimiento judicial instado por AIE (junto con AISGE) contra DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL, S.A. (VÍA DIGITAL) cuyo objeto fue la remuneración de los artistas intérpretes o ejecutantes establecida en el vigente art. 108.5 TRLPI.

Respecto de la primera cuestión, y como he anticipado[104], una oportunidad inestimable de que se dilucide de nuevo el problema ante el TJUE es que la Sección 1ª de la Comisión de Propiedad Intelectual plantee nueva cuestión prejudicial ante el TJUE sobre la interpretación del art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE en el seno del procedimiento de determinación de tarifas E-2023/001[105].

Efectivamente, y más allá de las pretensiones de las partes, corresponde a la Sección 1ª de la Comisión de Propiedad, en ejercicio de su función de determinación de tarifas, no solo establecer el importe de la remuneración exigida de las entidades de gestión implicadas, su forma de pago y demás condiciones necesarias para hacer efectivos los derechos concernidos[106], sino también interpretar y aplicar, a los fines del procedimiento de determinación de tarifas, la normativa material contenida en el TRLPI[107].

Por ello, necesariamente, en el procedimiento de determinación de tarifas E-2023/001 la Sección 1ª de la Comisión de Propiedad Intelectual va a tener que interpretar y aplicar tanto los arts. 108.4 y 116.2 TRLPI como el art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE y, por tanto, si en tal proceso de interpretación y aplicación la Sección 1ª de la Comisión de Propiedad Intelectual entendiera que la doctrina fijada por la Sentencia es errónea, puede perfectamente solicitar que el TJUE efectúe un nuevo pronunciamiento en base a circunstancias y argumentos que no hayan sido tenidos en consideración en la Sentencia.

Respecto de la segunda cuestión, no es objeto de este trabajo profundizar en la compleja cuestión del valor que el TJUE ha dado a su propia jurisprudencia previa, y si realmente el TJUE ha asumido la doctrina (anglosajona) del principio *stare decisis*.[108]

Sin embargo, sí dejaré constancia de que el TJUE, aunque en contadas ocasiones, ha anulado expresamente su propia doctrina o precedente (*express overruling*); este es el caso de la sentencia

---

[104] Vid nota a pie de página 99 de este trabajo.

[105] Tramitado a instancia de AGEDI y AIE respecto de MEDIASET ESPAÑA COMUNICACIÓN, S.A. (MEDIASET) y ATRESMEDIA y cuyo objeto es la determinación de las tarifas de AGEDI y AIE por la comunicación pública de fonogramas publicados con fines comerciales o reproducciones de los mismos y por la reproducción para dicha comunicación pública en emisoras de televisión de difusión inalámbrica y plataformas digitales, cableoperadores y otras entidades con oferta multicanal.

[106] Conforme al art. 194.3 TRLPI.

[107] En este sentido se pronuncia de forma terminante, y entre otras, la resolución de 23-7-2020 dictada por la Sección 1ª de la Comisión de Propiedad Intelectual dictada en el procedimiento de determinación de tarifas E/2017/002 en la que se resuelve la determinación de tarifas generales, en revisión de las establecidas por la entidad de gestión EGEDA, para el cobro de los derechos correspondientes a los actos de retransmisión de grabaciones audiovisuales por las operadoras de TV de pago accesible en https://www.culturaydeporte.gob.es), en cuyo apartado II.4.2 (*«Sobre la competencia de la SPCPI para interpretar la legislación de propiedad intelectual y cualquier normativa concordante en el seno del procedimiento de determinación de tarifas»*) se señala textualmente lo siguiente:

> *«255. Pues bien, esta SPCPI considera que no sólo puede, sino que necesariamente debe interpretar los derechos de naturaleza jurídico-civil regulados en la legislación de propiedad intelectual (y, en su caso, en otras leyes concurrentes) a la hora de resolver los procedimientos de determinación de tarifas o cualesquiera otros de su competencia.»*

[108] Sobre esta cuestión, me remito al trabajo del catedrático de derecho europeo del King's College del Londres y abogado en Inglaterra, Gales y Grecia Don Panagiotis Takis Tridimas *«Precedent and the Court of Justice: A Jurisprudence of Doubt?»*, publicado en The Philosophical Foundations of EU Law (Oxford University Press forthcoming 2012-2013).

de 17-10-1990 dictada en el asunto C-10/89 (HAG II)[109], en el que el TJUE revoca expresamente la doctrina fijada en la sentencia de 3-7-1974 dictada en el asunto 192/73 (HAG I)[110] en materia de marcas[111].

Otro caso de anulación expresa por el TJUE de su propia doctrina, esta vez no a instancia del Abogado General sino motu propio, es el de la sentencia de 24-11-1993 dictada por el TJUE en los asuntos acumulados C-267/91 Y C-268/91 (Keck)[112] sobre la interpretación del art. 34 TFUE (antiguo art. 30 TCE)[113].

Un acertado estudio de la relevancia del precedente en la jurisprudencia del TJUE y la revisión de su propia jurisprudencia por el TJUE se realiza en las Conclusiones presentadas el 23-9-2021 por el Abogado General del TJUE Sr. Michal Bobek en el Asunto C-205/20[114], señalando textualmente lo siguiente:

> *«130. El Tribunal de Justicia nunca ha afirmado estar formalmente vinculado por la doctrina del principio stare decisis. Sin embargo, en la práctica se adhiere a esta doctrina. La necesidad de referirse de forma coherente a su propio precedente y de garantizar el carácter firme de su jurisprudencia implica que el Tribunal de Justicia proceda solo en contadas ocasiones a la anulación expresa. Es más habitual que el Tribunal de Justicia realice un deslinde del asunto o explique retrospectivamente su propia jurisprudencia para que las diferentes piezas del rompecabezas «encajen» y queden «aclaradas».*
> *131. En el pasado, el Tribunal de Justicia ha revisado su jurisprudencia anterior en diversas ocasiones. Sin embargo, los casos de anulación expresa siguen siendo raros. Incluso en estas contadas ocasiones, las explicaciones del Tribunal de Justicia sobre los motivos que subyacen a la adopción de una posición diferente son relativamente escasas. En algunos casos, el Tribunal de Justicia se limita a reconocer el precedente divergente anterior y a señalar que adopta una interpretación distinta. En otros casos, resulta manifiesto que el Tribunal de Justicia ha cambiado de opinión a la vista de las circunstancias y los argumentos presentados en un asunto posterior, o que aclara su posición anterior a la luz de esas nuevas consideraciones.*

---

[109] ECLI:EU:C:1990:359.

[110] ECLI:EU:C:1974:72.

[111] Mientras en HAG I el TJUE sostuvo que el titular de una marca no podía prohibir la comercialización en su propio Estado miembro de productos legalmente producidos por el titular de una marca idéntica en otro Estado miembro si las dos marcas tienen un origen común, en HAG II resolvió lo contrario, es decir, el titular de la marca podía, de acuerdo con la legislación del Estado miembro de aplicación, prohibir la comercialización de tales productos, señalado textualmente que se estimaba *«necesario reconsiderar la interpretación acogida en dicha sentencia a la luz de la jurisprudencia sentada de forma progresiva en la esfera de las relaciones entre la propiedad industrial y comercial y las reglas generales del Tratado, especialmente en el ámbito de la libre circulación de mercancías»*.

[112] ECLI:EU:C:1993:905.

[113] Frente a anteriores precedentes dictados en las sentencias del TJUE en los asuntos Dassonville y Cassis de Dijon, y la interpretación amplia del concepto de concepto de restricciones a la libre circulación de mercancías, el TJUE consideró que el art. 34 TFUE *«no se aplica a una legislación de un Estado miembro que prohíba de modo general la reventa a pérdida»*; la necesidad de reexaminar y precisar su jurisprudencia se fundamentó, en este caso, en las razones de pragmatismo expresadas en el párrafo 14 de la sentencia (*«cada vez es más frecuente que se invoque el artículo 30 del Tratado para impugnar cualquier tipo de normativa que, sin referirse a los productos de otros Estados miembros, limite la libertad comercial de los operadores económicos, este Tribunal considera necesario reexaminar y precisar su jurisprudencia en la materia»*).

[114] NE contra Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld. ECLI:EU:C:2021:759.

> *132. El Tribunal de Justicia se aparta más abiertamente de su jurisprudencia anterior a la luz de los cambios constitucionales o de las modificaciones del Tratado. Ahora bien, hay una serie de casos en los que el Tribunal de Justicia sigue citando como «totalmente acertadas» sentencias anteriores aunque el nuevo fallo llegue a una conclusión diferente. Solo en muy raras ocasiones el Tribunal de Justicia reconsidera expresamente su interpretación previa, analiza su precedente anterior y explica las razones de un resultado diferente.»*

El Abogado General Sr. Michal Bobek hace referencia en tales conclusiones a que la anulación por el TJUE de su propio precedente (*overruling*), aunque fuere cercano en el tiempo, no debe constituir un obstáculo; en este sentido, y poniendo como ejemplo la sentencia del TJUE de 22-5-1990 (Parlamento/Consejo. C-70/88)[115] a propósito de la anterior sentencia del TJUE de 27-9-1988 (Parlamento/Consejo (302/87)[116], señala textualmente lo siguiente (el remarcado es mío):

> *«137. En tercer lugar, aunque cabría lamentar que el precedente que debe anularse sea relativamente reciente, esto es algo que en última instancia no debe influir. La interpretación correcta del Derecho de la Unión prevalece sobre tales preocupaciones. De hecho, algunos de los ejemplos más destacados de anulación por parte del Tribunal de Justicia se produjeron relativamente poco tiempo después de la adopción del precedente anulado. Ello es comprensible, teniendo en cuenta que una sentencia del Tribunal de Justicia suele suscitar un debate que lleva a los órganos jurisdiccionales nacionales a formular preguntas complementarias, facilitando al Tribunal de Justicia información o argumentos adicionales. En algunos de estos supuestos más recientes, el Tribunal de Justicia atribuyó los asuntos a la Gran Sala cuando se le solicitaba expresamente que reconsiderara la posición del Tribunal de Justicia. Ciertamente, cuando el precedente que debe anularse tiene muchos años, incluso décadas de antigüedad, una desviación jurisdiccional no es tan problemática. Su motivación puede basarse en el argumento de la evolución del ordenamiento jurídico de la Unión.»*

Efectivamente, en el caso de la Sentencia existen, a mi entender, razones de peso que pueden llevar al TJUE a apartarse de la doctrina de la Sentencia sobre la base de los argumentos y circunstancias que se han reflejado a lo largo de este trabajo y que el TJUE no consideró en la Sentencia.

A estos efectos, entiendo que tiene especial relevancia el criterio del Dr. Mihály Ficsor expresado en su trabajo *«Comentarios sobre Atresmedia - qué derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes son o no aplicables en caso de incorporación de fonogramas en Obras audiovisuales»*, al que nos hemos referido a lo largo de este trabajo.

Si el Dr. Mihály Ficsor, autor de la Guía que la Sentencia asume como interpretación «auténtica» del TOEIF, reconoce que la Sentencia ha realizado una mala interpretación de la misma, que de sus observaciones no se desprende lo que la Sentencia ha deducido y que *«cuando se difunde y comunica al público una obra audiovisual, con la reproducción de un fonograma preexistente incorporada, también se difunde y comunica la reproducción del fonograma»*, resulta más que evidente que el TJUE debería, en caso de que se planteare de nuevo el asunto, reconsiderar la doctrina fijada en la Sentencia.

---

[115] ECLI:EU:C:1990:217.

[116] ECI:EU:C:1988:461.

Desde el punto de vista fáctico, y como ha quedado dicho a lo largo de este trabajo, poderosas razones me llevan a pensar que el TJUE podría reconsiderar la doctrina fijada en la Sentencia; de entre otras, destaco las siguientes.

En primer lugar, y como ha quedado expuesto a lo largo de este trabajo, el TJUE dicta la Sentencia remitiéndose al contenido de los acuerdos contractuales alcanzados entre los titulares de titulares de los derechos sobre los fonogramas y los productores de obras audiovisuales; de hecho, las licencias de «sincronización» constituyen una causa fundamental de los pronunciamientos de la Sentencia.

Partiendo de que tales licencias de «sincronización» no fueron objeto del procedimiento principal en el que se planteó la cuestión prejudicial resuelta en la Sentencia, y que el TJUE no dispuso siquiera de una licencia o contrato de «sincronización» que confirmara su contenido y ámbito, tengo el convencimiento de que el examen de tales licencias, junto con la adecuada comprensión del funcionamiento del mercado discográfico, podría llevar al TJUE a reconsiderar su doctrina.

Y, en segundo lugar, los especialmente indeseables, y a buen seguro indeseados por el propio TJUE, efectos de la Sentencia para los artistas «ejecutantes» (músicos de estudio o de sesión) me llevan también a pensar que, si verdaderamente el TJUE los tuviera presentes, reconsideraría la doctrina fijada en la Sentencia.

Por consiguiente, entiendo que es totalmente posible que el TJUE, si se le planteara de nuevo la cuestión, corrija, revise o modifique la doctrina fijada en la Sentencia sobre la interpretación del art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE.

7. Conclusiones

La Sentencia, al declarar que el art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE debe interpretarse en el sentido de que los usuarios no tienen que pagar la remuneración equitativa y única prevista cuando el objeto de la comunicación pública sea una grabación audiovisual que contenga la fijación de una obra audiovisual en la que se haya incorporado fonogramas publicados con fines comerciales o reproducciones de los mismos, fija una doctrina errónea sobre la interpretación de los mencionados preceptos.

Una correcta interpretación del concepto de «fonograma» conforme al art. 3 b) de la Convención de Roma, el art. 2 b) del TOIEF y la Declaración concertada a este último precepto, no puede nunca traer como consecuencia que los derechos sobre el fonograma desaparezcan con su incorporación a la fijación de una obra audiovisual, siendo a estos efectos irrelevante que la fijación de una obra audiovisual y, por tanto, todo su contenido, no pueda considerarse «fonograma».

De una correcta interpretación del concepto de «reproducción» previsto en el art. 2 de la Directiva 2001/29/CE y en el art. 7 del TOIEF se deduce que la inclusión (incorporación, encarte o «sincronización») de un fonograma publicado con fines comerciales en una grabación audiovisual es un acto de reproducción del mismo, sin que la argumentación consistente en que el concepto de «reproducción» tiene distinto significado en la Directiva 2001/29/CE que en las

Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE resulte admisible desde el punto de vista de una recta interpretación de dicho concepto.

La Sentencia no solo ha otorgado erróneamente la condición de interpretación «auténtica» del TOIEF a los comentarios del Dr. Mihály Ficsor al mismo incluidos en la Guía, sino que además se ha equivocado al interpretar dichos comentarios y aplicarlos, lo cual ha sido denunciado por el propio autor de los comentarios (Dr. Mihály Ficsor) en la crítica a la Sentencia que ha publicado.

La Sentencia yerra al partir del prejuicio de que las licencias otorgadas por los productores de fonogramas a los productores de obras audiovisuales por la sincronización de fonogramas publicados con fines comerciales en grabaciones audiovisuales que contengan la fijación de una obra audiovisual incluyen los posteriores actos de comunicación pública de tales grabaciones audiovisuales, conculcando los principios de independencia, compatibilidad y acumulabilidad entre los derechos de reproducción y comunicación pública de los productores de fonogramas y de los artistas musicales, y todo ello sin haber siquiera accedido o revisado el contenido de tales licencias.

La Sentencia yerra al afirmar que los objetivos principales perseguidos por las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE deben alcanzarse a través de los contratos de sincronización suscritos entre los productores de fonogramas y los productores de grabaciones audiovisuales.

Los efectos de la Sentencia son muy negativos para la debida protección de los derechos de propiedad intelectual de los artistas musicales y productores fonográficos en el ámbito audiovisual, siendo especialmente indeseables para el colectivo de artistas musicales y, dentro del mismo, para el grupo profesional de los artistas ejecutantes («músicos de estudio» o «de sesión»), para los que supone, en la práctica, privarles de la posibilidad de recibir contraprestación alguna por el uso de sus prestaciones en obras audiovisuales, es decir, exactamente el contrario del pretendido en las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE.

La interpretación del art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE realizada en la Sentencia ha sido trasladada, prácticamente de forma literal, a la sentencia nº 67/2021, de 9-2-2021 por la Sala 1ª del Tribunal Supremo dictada en el recurso de casación 952/2016 en cuyo seno se planteó la cuestión prejudicial resuelta por el TJUE.

AGEDI y AIE han modificado sus tarifas generales a efectos de adaptar su gestión a la doctrina de la Sentencia, partiendo de los postulados defendidos por ATRESMEDIA en el procedimiento judicial en cuyo seno se dictó la Sentencia, asumidos en la sentencia dictada por la Sala 1ª del Tribunal Supremo al confirmar la sentencia del Juzgado de lo mercantil nº 4 bis de Madrid, y teniendo en cuenta que la Sentencia no trató la cuestión de la consideración de los espacios y anuncios publicitarios como obras audiovisuales.

Las nuevas tarifas generales de AGEDI y AIE por la comunicación pública de fonogramas publicados con fines comerciales o reproducciones de los mismos y por la reproducción para dicha comunicación pública han trasladado la doctrina fijada en la misma, excluyendo los fonogramas publicados con fines comerciales o reproducciones de los mismos incorporados o sincronizados en grabaciones audiovisuales que contengan la fijación de obras audiovisuales.

La Sección 1ª de la Comisión de Propiedad Intelectual habrá de decidir sobre la aplicación de Sentencia en el ámbito tarifario de AGEDI y AIE en el procedimiento de determinación de tarifas E-2023/001 (AGEDI-AIE/MEDIASET-ATRESMEDIA), actualmente en tramitación.

Ninguna interpretación del art. 8.2 de las Directivas 92/100/CEE y 2006/115/CE conforme a la Sentencia puede llevar a concluir que no se devenga la remuneración prevista en mismo cuando el objeto de la comunicación pública sea una mera grabación audiovisual que no contenga la fijación de una obra audiovisual en la que se encuentre incorporados, reproducidos o sincronizados los fonogramas publicados con fines comerciales.

La errónea doctrina de la Sentencia puede corregirse, con efectos limitados al territorio del Reino de España, mediante una modificación del TRLPI que incluya expresamente a los actos de comunicación pública de grabaciones audiovisuales que contengan la fijación de obras audiovisuales en las que se hayan reproducido o sincronizado fonogramas publicados con fines comerciales en el ámbito de la remuneración establecida en los arts. 108.4 y 116.2 TRLPI.

La errónea doctrina fijada en la Sentencia también puede corregirse, con efectos generales de aplicación a todos los estados miembros de UE, mediante la anulación expresa, reconsideración o revisión de la misma por el propio TJUE, constituyendo una oportunidad inestimable para ello la posibilidad de planteamiento de nueva cuestión prejudicial por la Sección 1ª de la Comisión de Propiedad Intelectual en el seno del procedimiento de determinación de tarifas E-2023/001 actualmente en tramitación.

8. Bibliografía

AGEDI-AIE. Tarifas generales. https://agedi-aie.es/tarifas.

CARBAJO CASCÓN, Fernando. «La originalidad de las obras publicitarias y de las páginas web» (2018) (XXXIII Jornadas de Estudio sobre propiedad industrial e intelectual, ISBN 9788493942281, págs. 39-60).

CUBELLS, Eric Jordi. «Sentencia "Atresmedia": (todavía) menos ingresos para los artistas» Legal Today, Editorial Aranzadi (2020). https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-internacional/internacional/sentencia-atresmedia-todavia-menos-ingresos-para-los-artistas-2020-12-18/.

CNMC. «Informe sobre la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual» (2009). https://www.cnmc.es/sites/default/files/1185907_7.pdf

FICSOR, Mihály. «Comments on Atresmedia -- what rights of performers are, or are not, applicable in case of embodiment of phonograms in audiovisual Works» Blog *COPYRIGHT SEE-SAW* (2022), http://www.copyrightseesaw.net/en/papers.

FICSOR, MIhály. «Guía sobre los Tratados de derechos de Autor y Derechos Conexos Administrados por la OMPI». Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (2003). https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/891/wipo_pub_891.pdf.

GONZÁLEZ SANJUAN, José Luis. «La remuneración equitativa y única relativa a la sincronización de fonogramas en obras audiovisuales. Comentario de la STJUE (Sala Quinta), de 18 de noviembre

de 2020, Asunto C-147/19, Atresmedia» (2021). Actas de derecho industrial y derecho de autor, 41 (2020-2021), Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, páginas 377 a 392.

LUCAS, André. «3. Droits voisins. 1. Utilisations secondaires de phonogrammes du commerce - Rémunération équitable - Notion de phonogramme au sens de l'article 2 b) du TIEP – Application aux fixations audiovisuelles incorporant des phonogrammes (non). • CJUE, 18 novembre 2020 aff. C-147/19 Atresmedia c/ AGEDI et AIE» (2022). *"Propriétés Intellectuelles"*, nº 78, páginas 54 a 63.

MASOUYÉ, CLAUDE. «Guía de la Convención de Roma y del Convenio de Fonogramas», OMPI 1982 (reimpresa 2003). https://tind.wipo.int/record/35090 .

MASOUYÉ, CLAUDE «Guía del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de Paris, 1971)», OMPI (1978) https://tind.wipo.int/record/35093.

MASSAGER, José. «Las creaciones publicitarias protegibles mediante derecho de autor: propuestas creativas, conceptos publicitarios, creatividades e ideas publicitarias» (2021), revista InDret 2-2021.

SÁNCHEZ ARISTI, Rafael. «Efectos de la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de sincronización audiovisual de fonogramas. S*entencia del Tribunal de Justicia de 18 de noviembre de 2020(C-147/19), caso "Atresmedia"*» (2023), revista InDret 3-2023.

SERRANO FERNÁNDEZ, María. «El Derecho de Comunicación pública de los artistas intérpretes y ejecutantes y de los productores de fonogramas. Comentario a la sentencia TJUE de 18 de noviembre de 2020 (Sala Quinta), asunto C-147/19: Caso Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación, S. A. contra Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI) y Artistas Intérpretes y Ejecutantes Sociedad de Gestión de España (AIE) (TJCE 2020, 259)» (2021). Revista de Derecho Patrimonial nº 55, Aranzadi 2021.

TAKIS TRIDIMAS, Panagiotis. «Precedent and the Court of Justice: A Jurisprudence of Doubt?», The Philosophical Foundations of EU Law, Oxford University Press forthcoming 2012-2013.

InDret
2.2024

Yesid Reyes Alvarado
Universidad Externado de Colombia (Bogotá D.C.)
-

Imputabilidad e imputación

Sumario
-
La inclusión del conocimiento de la realidad como parte del análisis de la creación de riesgos jurídicamente desaprobados, y del conocimiento de la prohibición dentro del estudio de la realización del riesgo en el resultado, no solo permite la reunificación del dolo y el error en la imputación objetiva (donde se valora la conducta del autor como ser social), sino que deja el examen de la imputabilidad para la imputación personal (culpabilidad) como un aspecto referido a la capacidad del individuo para comportarse conforme a la norma.

Abstract
-
Including, on the one hand, knowledge of reality in the analysis of the creation of legally relevant risks and, on the other, knowledge of the prohibition in the study of the realisation of risk in the result, not only allows the reunification of the means rea, the mistake of law and the mistake of fact within objective imputation (where the conduct of the perpetrator as a social being is assessed), but also leaves the examination of imputability to personal imputation (culpability) as an aspect referring to the individual's capacity to behave in accordance with the norm.

Zusammenfassung
-
Die Einbeziehung der Kenntnis der Realität als Gegenstand der Analyse der Schaffung von rechtlich missbilligten Risiken und der Kenntnis des Verbots als Teil der Untersuchung der Risikoverwirklichung in dem Erfolg ermöglicht nicht nur die Wiedervereinigung von Vorsatz und Irrtum bei der objektiven Zurechnung (bei der das Verhalten des Täters als soziales Wesen bewertet wird), sondern bedeutet, die Prüfung der Schuldfähigkeit in der persönlichen Zurechnung (Schuld) als ein Aspekt einzuordnen der sich auf die Fähigkeit des Einzelnen bezieht, sich normkonform zu verhalten.

***Title*:** *Imputability and Imputation*
***Titel*:** *Zurechnung und Schuldfähigkeit*
-

Palabras clave: Imputabilidad, determinación, culpabilidad, atribuibilidad, medida de seguridad, injusto, peligrosidad, igualdad, semiimputabilidad, antijuridicidad, imputación, comunicación, ser social, individuo, error, dolo, imprudencia, resultado, realidad, responsabilidad, determinabilidad.
***Keywords*:** *Imputability, determination, culpability, attributability, security measures, wrongdoing, dangerousness, equality, diminished capacity, unlawfulness, imputation, communication, social being, individual, mistake, intention, negligence, result, reality, responsibility, determinability.*
***Stichwörter*:** *Schuldfähigkeit, Bestimmung, Schuld, Zurechenbarkeit, Maßregeln der Besserung und Sicherung, Unrecht, Gefährlichkeit, Gleichheit, verminderte Schuldfähigkeit, Rechtswidrigkeit, Zurechnung, Kommunikation, soziales Wesen, Individuum, Irrtum, Vorsatz, Fahrlässigkeit, Erfolg, Realität, Verantwortung, Bestimmbarkeit.*
-

DOI: 10.31009/InDret.2024.i2.06
-

InDret

2.2024

Recepción
16/08/2023
-
Aceptación
12/03/2024
-

Índice

-

1. ***Planteamiento del problema***
2. ***La imputabilidad en la teoría del delito***
   2.1. La imputabilidad como condición general del individuo
   2.2. La imputabilidad como concepto normativo
3. ***Lo objetivo de la imputación objetiva***
4. ***Los errores condicionados por la inimputabilidad***
   4.1. ¿Injusto sin tipo subjetivo para los inimputables?
   4.2. ¿El dolo como elemento de la culpabilidad?
   4.3. El dolo como elemento de la imputación objetiva
      a. Conocimiento de la realidad y creación de riesgo jurídicamente desaprobado
      b. Conocimiento de la prohibición y realización del riesgo en el resultado
5. ***Imputación e imputabilidad***
6. ***Excurso. ¿Los inimputables son destinatarios de las normas penales?***
7. ***Conclusiones***
8. ***Bibliografía***

-

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

1. Planteamiento del problema*

Desde un punto de vista abstracto habría dos formas de entender la imputabilidad: la primera (puramente teórica), como una condición interna del individuo, no referida de manera puntual a una conducta antijurídica, postura que por su amplitud no tiene actualmente aplicación práctica en la teoría del delito; la segunda, circunscribe el análisis de esas condiciones psíquicas del individuo a las hipótesis en que éste ha desarrollado ya un comportamiento antijurídico.

Esa última postura (que corresponde a la forma como se suele manejar la imputabilidad en el ámbito del derecho penal) tiene problemas con los casos en los que se presentan errores patológicamente condicionados, porque en ellos no sería posible reconocer la existencia del dolo, lo que a su vez llevaría a afirmar que la conducta analizada no es antijurídica (por ausencia del tipo subjetivo). Pero si la conducta no es antijurídica, entonces respecto de esa persona no podría hacerse una evaluación sobre su inimputabilidad, puesto que conforme a la doctrina mayoritaria ese examen solo puede efectuarse respecto de conductas que previamente hayan sido consideradas antijurídicas.

El propósito de este escrito es examinar críticamente las principales propuestas de solución que se han planteado para superar esta inconveniente al interior de la teoría del delito (hago esta precisión porque hay quienes propugnan por excluir a los inimputables del derecho penal aduciendo que no son destinatarios de la norma), y que consisten fundamentalmente en prescindir del tipo subjetivo respecto de los inimputables o en reunificar el dolo en el ámbito de la culpabilidad, y plantear que una reformulación de los conceptos de imputación objetiva e imputabilidad no solo permite encajarlos mejor en una concepción valorativa de la teoría del delito que distingue entre lo objetivo y lo subjetivo como lo predicable del ser social y del individuo respectivamente, sino que además posibilita una solución al problema de los errores condicionados por la inimputabilidad.

2. La imputabilidad en la teoría del delito

Desde las primeras concepciones naturalísticas de la teoría del delito[1] se presentaron problemas con la forma en que se debía atribuir la conducta antijurídica a alguien, como requisito previo para declararlo responsable e imponerle una pena. Como ese vínculo pone en conexión al individuo con una conducta antijurídica (es lo que explica que se lo retribuya con una pena), su análisis siempre es posterior al de la antijuridicidad de la conducta. La generalizada opinión de que esa atribución del comportamiento antijurídico al autor está cimentada en la facultad que el ser humano tiene para decidir si se comporta conforme o en contra de las normas (libre albedrío), planteó desde el comienzo la cuestión de cómo tratar a las personas que carecen o tienen notablemente disminuida esa capacidad. Aun cuando tradicionalmente la opinión mayoritaria se

* Yesid Reyes Alvarado (yesid.reyes@uexternado.edu.co). Director del departamento de derecho penal de la Universidad Externado de Colombia.

[1] Entiendo por concepciones naturalistas de la teoría del delito aquellas que se construyen sobre un concepto óntico de acción (como las defendidas por RADBRUCH y VON LISZT), y también aquellas que se edificaron en torno a la intencionalidad de la conducta, como ocurrió con el finalismo, desarrollada a partir de uno de los pilares sobre los que WELZEL esbozó su propuesta; cfr. REYES ALVARADO, «Tehoretische Grundlagen der objektiven Zurechnung», *Zeitscrift für die gesamte Strafrechtwissenschaft*, (105), 1993, pp. 110-113.

ha inclinado por hacer la distinción entre imputables e inimputables en el ámbito de la culpabilidad, no es claro por qué ya en la antijuridicidad se puede afirmar que estos últimos se han comportado en contra de una norma pese a que estarían en incapacidad de ser determinados por ella.

VON LISZT intentó resolver el problema afirmando que la imputabilidad[2] es la capacidad de conducirse socialmente observando las exigencias de la vida en común[3], lo que supone que la persona está en condiciones de ser determinada por las normas. Esa capacidad de determinación (que para él era el primer elemento de la culpabilidad[4]) corresponde al pronóstico que se hace sobre la determinabilidad de una persona en relación con el promedio[5]; es lo que puede considerarse como una facultad de determinación normal[6]. Sobre el supuesto de que la pena solo tiene sentido si se admite la capacidad de motivación de la voluntad humana, el derecho penal asume una cierta forma de determinismo que, a juicio de VON LISZT, no tiene nada que ver con la polémica general entre los partidarios del libre albedrío y el determinismo, que él considera irrelevante desde el punto de vista del derecho penal[7]. En su opinión, esa valoración media de la capacidad de determinación no resulta incompatible con la existencia de casos concretos en los que se establezca que una persona carecía de esa capacidad, porque desde una perspectiva objetiva esa persona era determinable, aun cuando no haya llegado a ser determinada[8].

Al abordar el estudio de la culpabilidad, MAURACH encontró que la concepción que el finalismo tenía sobre ella resultaba insuficiente para explicar los cometidos del derecho penal[9]. En su concepto, el juicio personal de reproche que constituye la esencia de esa concepción valorativa de la culpabilidad permite explicar la imposición de penas de naturaleza retributiva a los imputables, pero no sirve de fundamento para aplicarle medidas de seguridad preventivas a los inimputables, pese a que también se lo ha concebido[10] para que se ocupe de ellos[11].

---

[2] VON LISZT hacía referencia aquí a la imputabilidad de una manera más general como «capacidad de imputación» (*Zurechnungsfähigkeit*); cfr. VON LISZT, «Die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit», *Zeitscrift für die gesamte Strafrechtwissenschaft*, (17), 1897, pp. 70 ss.

[3] Cfr. VON LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, 2ª ed., 1914. p. 396.

[4] Cfr. VON LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, 2ªed., 1914, p. 389.

[5] Para VON LISZT, la mayoría de las personas son efectivamente disuadidas por la amenaza de la pena, lo que hace que, en esencia, ninguna sea diferente de las demás; esa similitud de este delincuente con el resto de las personas es la que permite fundamentar un pronóstico y un juicio de valor sobre su capacidad de culpabilidad; cfr. VON LISZT, *ZStW*, (18), 1898, p. 258.

[6] Cfr. VON LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, 2ªed., 1914, p. 397.

[7] Cfr. VON LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, 2ªed., 1914, p. 37.

[8] Según VON LISZT, respecto de un inimputable se puede afirmar lo siguiente: ese delincuente es determinable mediante la amenaza de la pena, aunque realmente no fue determinado por ella, puesto que ha cometido un delito. Cfr. VON LISZT, *ZStW*, (18), 1898, p. 258.

[9] «Cometido del derecho penal es, primeramente castigar, y en segundo lugar poner bajo seguro al autor peligroso»; MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, t.II, 1962, p. 12.

[10] «Nuestros ordenamientos no se han constituido sobre la base de reprimir a personas culpables, sino sobre la de reaccionar frente a personas perturbadoras. La condición necesaria para proceder penalmente no es la existencia de un culpable, sino la existencia de un delito. La presencia o ausencia de culpabilidad determinará el régimen de restricción de derechos, garantías, etc., pero no la propia privación de libertad»; PUENTE RODRÍGUEZ, *La peligrosidad del imputable y la imputabilidad del peligroso. Un estudio sobre las posibles repercusiones jurídicas de las relaciones entre imputabilidad penal y la peligrosidad criminal*, 2021, p. 267.

[11] Cfr. PUENTE RODRÍGUEZ, *La peligrosidad del imputable y la imputabilidad del peligroso*, 2021, pp. 25, 26.

A partir de estas consideraciones críticas, y buscando un criterio de atribución personal del acto que sirviera para la posterior imposición tanto de penas como de medidas de seguridad, MAURACH propuso introducir un nuevo concepto que fue traducido al castellano como «atribuibilidad» (pero que en alemán corresponde al de imputación[12]), que si bien sería un juicio de desvalor sobre el autor, no necesariamente envolvía un juicio de reproche. Esa "atribuibilidad" sería graduable y progresiva, de tal manera que la verificación de que el autor no ha cumplido con lo que le era exigible al promedio de las personas[13] (lo que recuerda el concepto de imputabilidad media propuesto por VON LISZT) daría lugar a su «responsabilidad» como juicio de desvalor que no incluiría todavía un juicio de «culpabilidad», sino tan solo el primero de los niveles que compondrían la «atribuibilidad»; la «culpabilidad» como juicio de reproche sería un segundo nivel y surgiría solamente cuando se estableciera que el concreto autor de la conducta no cumplió con lo que le era exigible a él[14]. Esta nueva figura permitiría atribuirle a los inimputables una conducta antijurídica como suya, sin reprochársela, lo que abriría la posibilidad de que se les pudieran imponer medidas de seguridad que, al no ser de naturaleza retributiva como las penas, no podían estar cimentadas sobre un juicio de reproche[15].

Propuestas como las de VON LISZT y MAURACH muestran que la noción, alcance y ubicación de la imputabilidad en la teoría del delito dependen de cómo sea concebida ésta[16]. Si se asume que solo quien está en capacidad de orientar su conducta conforme a las normas puede cometer un delito, la sanción que recibe quien así actúa es de naturaleza retributiva; según este esquema, los comportamientos de los inimputables quedarían por fuera del derecho penal. Si, por el contrario,

---

[12] La expresión utilizada por MAURACH fue «*Zurechenbarkeit*» (MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1965, p. 312), derivada de *Zurechnung* entendida como imputación. El problema es que la traducción literal hubiera llevado a utilizar el vocablo castellano *imputabilidad*, que en el ámbito del derecho penal se refiere a algo completamente distinto de lo que MAURACH quería expresar. En alemán no tienen esa dificultad porque la expresión usualmente utilizada para referirse a la imputabilidad en el sentido de imputarle algo a alguien (*Zurechenbarkei*) es completamente distinta de la empleada para aludir a lo que nosotros conocemos en castellano como imputabilidad (*Schuldfähigkeit* o, para otros como VON LISZT, *Zurechnungsfähigkeit*). La posibilidad de separar tan nítidamente estos conceptos a través de expresiones claramente diferenciables contribuye a un mejor entendimiento de ellos.

[13] «La desaprobación se basa en que *el autor en la situación concreta* se ha comportado *peor a como los demás hubieran actuado*. La responsabilidad surge por no haber respondido el autor al poder del *término medio* presumido por el Derecho»; MAURACH, *Tratado de Derecho Penal*, 1962, p. 35.

[14] «Dentro de la atribuibilidad, como concepto superior graduable, aparecerán separados los criterios de responsabilidad confundidos por la teoría tradicional: el incumplimiento de las exigencias dirigidas al término medio determina, como primer grado de la atribuibilidad, la *responsabilidad* del acto. Es el no responder a las exigencias impuestas al autor concreto lo que origina, como segundo grado de atribuibilidad, el juicio de reproche de culpabilidad»; MAURACH, *Tratado de Derecho Penal*, 1962, p. 31.

[15] WELZEL, al ocuparse de los elementos de la reprochabilidad (dentro del capítulo de la culpabilidad) también usó en su manual la expresión «capacidad de imputación» que fue traducida al castellano como «imputabilidad», pero no la entendía como una capacidad de determinación general, sino como la que un individuo tiene en una situación concreta; su concepto de capacidad de imputación (imputabilidad) se predica en concreto de un individuo; cfr. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, pp. 152, 153.

[16] MEZGER, por ejemplo, sostenía que las normas tenían un destinatario «impersonal», del que luego era posible derivar un destinatario «personal» (cfr. MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, 1955, p. 343, nota 7). Aun cuando esta construcción no es fácil de interpretar (sobre las dificultades de comprensión de esta nota, cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, pág. 559), podría interpretarse en el sentido de que en un primer momento (el que interesa desde el punto de vista del injusto) las normas están dirigidas a todas las personas *en abstracto*, mientras en un segundo nivel de análisis (que correspondería a la culpabilidad), su determinación se apoya sobre un destinatario *personal*. Aun cuando esta interpretación fuera admisible, no cabe duda de que no es un planteamiento tan claro como el que ya se mencionó de MAURACH.

se entiende que la función principal del derecho penal es la protección de la sociedad frente a los individuos peligrosos, la sanción que se le impone al delincuente está orientada a la prevención; de acuerdo con esta visión, el criminal es básicamente una fuente de peligro para la sociedad y, por consiguiente, su castigo es independiente de si su conducta fue producto de una decisión libre frente a la prohibición contenida en la norma. Estas dos posturas teóricas caracterizaron a las escuelas clásica y positiva en Italia, cuyo enfrentamiento puso en evidencia las debilidades de cada una de ellas; un derecho penal que renunciara a ocuparse de los delitos cometidos por quienes carecen de capacidad de culpabilidad mostraría un déficit de protección frente a la sociedad, pero un derecho penal que sancionara con base en la peligrosidad criminal del individuo supondría renunciar al principio de culpabilidad y, por consiguiente, expandir en demasía su campo de acción.

Introducir la categoría de la imputabilidad en la teoría del delito tiene la ventaja de que consigue morigerar los problemas de esas dos posturas extremas[17], en cuanto permite al derecho penal ocuparse de todos los autores de conductas antijurídicas (injustas) independientemente de si tienen o no capacidad de culpabilidad[18]. Pero dado que las diferencias entre unos y otros tienen que ver con aspectos centrales de la teoría del delito como el propósito que se persigue con la imposición de las sanciones (¿preventivo o retributivo?) o la naturaleza de las normas penales (¿valorativas o imperativas?), la imputabilidad genera muchos inconvenientes a nivel sistemático[19]. Entre ellos destacan la polémica en torno a si es una condición general de algunos individuos, o corresponde a un concepto normativo vinculado a conductas concretas previamente desvaloradas desde la óptica del derecho penal; el debate sobre si la aplicación de las penas y las medidas de seguridad es consecuencia de una declaratoria previa de responsabilidad; la cuestión de si las normas pueden tener como destinatarios a quienes carecen de capacidad de culpabilidad, o la del lugar sistemático correcto de la imputabilidad en la teoría del delito.

---

[17] Cfr. MARTÍNEZ GARAY, *La imputabilidad penal. Concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*, 2005, p. 41.

[18] Comentando los proyectos de códigos penales de Suiza, Austria y el Imperio Alemán, VON LISZT señalaba que ellos, al «lado del sistema de la pena, han establecido un doble sistema de "medidas", del cual es fin manifiesto, o el cuidado educativo del delincuente, o la protección de la Sociedad contra el criminal»; VON LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, 2ª ed., 1914, p. 41.

[19] «Ahora bien, este intento de armonizar principios distintos (retribución y prevención, utilitarismo y garantía) no mediante la construcción de un nuevo sistema de Derecho Penal sino a través de una separación en el ámbito de los sujetos a los que el sistema es aplicable llevaba en sí el germen de la insuficiencia y la contradicción, lo cual se puso inmediatamente de manifiesto en la cuestión de la "semiimputabilidad" ...»; MARTÍNEZ GARAY, *La imputabilidad penal*, 2005, p. 41.

2.1. La imputabilidad como condición general del individuo

Desde hace muchos años[20], la imputabilidad hace referencia a la capacidad mental del ser humano[21], concretamente referida a las facultades psicológicas[22] que debe poseer una persona determinada para poderle atribuir la responsabilidad por un hecho[23]; en términos amplios se la puede definir como el «*grado mínimo de capacidad de autodeterminación* que es exigido por el Ordenamiento jurídico para la responsabilidad penal»[24]. Su entendimiento como capacidad de alguien para ser objeto de una imputación no solo indica que se trata de un análisis sobre un aspecto interno del ser humano en un sentido ontológico[25], sino que por eso mismo siempre está referida a un individuo en concreto; pese a que se puede discutir sobre el alcance de su significado[26], las expresiones alemanas con las que se describe esta concepción subjetiva[27] de la imputabilidad son bastante gráficas: capacidad de imputación y capacidad de culpabilidad.

A partir de esa concepción subjetiva, MEZGER afirmaba que la capacidad de imputación[28] (que –según él mismo explica– es lo que la doctrina conoce como capacidad de culpabilidad) es una

---

[20] En lo que atañe a España, «la imputabilidad en cuanto concepto referido a los sujetos activos del delito, fue completamente desconocida (...) hasta 1874 (...)»; cfr. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *La imputabilidad en el derecho penal español: Imputabilidad y locura en la España del siglo XIX*, 1994, p. 1. Quien primero habría introducido el concepto subjetivo de imputabilidad a España fue LUÍS SILVELA (en este sentido cfr. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *La imputabilidad*, 1994, pp. 82-91) para quien «la imputabilidad, subjetivamente considerada, es la propiedad de ciertos seres, por su propia naturaleza, de producir ciertos hechos que les pueden ser atribuidos como efecto de su libre voluntad. Del mismo modo que, ya filosóficamente, ya en los Códigos penales se considera la imputabilidad de una manera aislada en los hechos, se examina también sólo en el agente capaz de producirlos y llevarlos a cabo. Cuando se estudian, por ejemplo, las cualidades necesarias para que haya posibilidad de imputar, cuando se fijan las causas que la destruyen, como la locura, la falta de edad, etc., sin relación a un acto dado, la imputabilidad se aprecia subjetivamente»; SILVELA Y DE LA VILLEUZE, *El derecho penal estudiado en principios en la legislación vigente en España*, t. I, 1874, p. 127.

[21] Sobre el origen de la concepción subjetiva de la imputabilidad a finales del siglo XVIII y comienzo del XIX, cfr. MARTÍNEZ GARAY, *La imputabilidad penal*, 2005, pp. 81 s.

[22] Por fuera de esta visión subjetiva de la imputabilidad solo quedan las referencias que en regiones como América Latina se hacen a la inimputabilidad derivada de factores socio culturales, que plantea el problema adicional de decidir qué tipo de medidas de seguridad resultarían aplicables; ver, por ejemplo, el artículo 33 del Código Penal colombiano que alude a la diversidad sociocultural como generadora de inimputabilidad.

[23] Cfr. MARTÍNEZ GARAY, *La imputabilidad penal*, 2005, p. 38.

[24] JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 2002, p. 465.

[25] Desde una perspectiva naturalística, entiendo la diferencia entre lo externo y lo interno como lo que está dentro o fuera de la mente del ser humano; bajo un punto de vista valorativo, entiendo la distinción entre lo interno y lo externo como lo que hace parte del propio ámbito de libertad o está fuera de él.

[26] Para MARTÍNEZ GARAY, la palabra *Zurechenbarkei* se refiere a una imputación de naturaleza objetiva («posibilidad de imputar la acción»), mientras los vocablos *Zurechnungsfähigkeit* y *Schuldfähigkeit* aluden al aspecto subjetivo («capacidad de imputació» del individuo); cfr. MARTÍNEZ GARAY, *La imputabilidad penal*, 2005, p. 39.

[27] La concepción subjetiva de la imputabilidad busca alejarse de su entendimiento como una cualidad predicable de algo objetivo (la conducta injusta, por ejemplo) que puede ser *imputada* a alguien, para hacerla radicar en la capacidad que el sujeto tiene para que dicho comportamiento le sea imputado. Anteriormente el término imputabilidad estaba «referido a las acciones o delitos, pero nunca a la persona de su autor»; GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *La imutabilidad en el derecho penal español*, 1994, p. 83. Pese a que esa doble perspectiva ha tenido acogida en la doctrina, lo cierto es que cuando la doctrina se ocupa de la inimputabilidad se refiere fundamentalmente a aspectos relacionados con anomalías o alteraciones psíquicas.

[28] En forma similar a como ya se comentó respecto de VON LISZT y de MAURACH, MEZGER se refiere a la capacidad de imputación *(Zurechnung*), para aludir a lo que la doctrina mayoritaria calificaba ya entonces como capacidad de culpabilidad.

cualidad mental del ser humano[29]; para él, esa capacidad de culpabilidad (que él llama de imputación) se refiere a si el autor –usando todas sus facultades– estaba, en general, capacitado para cumplir con los deberes que le impone el ordenamiento legal[30]. Desde esta perspectiva amplia (referida a la totalidad del ordenamiento legal) la capacidad de culpabilidad es un presupuesto de la culpabilidad, en la medida en que si aquella no existe, esta carece de sentido. Sin embargo, MEZGER precisaba que ese juicio de culpabilidad necesitaba, adicionalmente, verificar si el individuo no evitó el resultado antijurídico concreto debido a circunstancias como por ejemplo la existencia de un error, lo que hace aparecer la imputabilidad como un atributo de la culpabilidad. Invocando la normatividad alemana, MEZGER sostenía que el juicio de culpabilidad requería de esos dos escalones: el primero reducido a la determinación de la capacidad individual general de culpabilidad que, en caso de no existir, haría innecesario pasar al siguiente nivel; el segundo, centrado en determinar si al individuo capaz de culpabilidad se le puede reprochar el no haber evitado el resultado antijurídico[31].

Si en el primero de esos niveles lo decisivo es la capacidad de cumplir deberes en sentido amplio, la imputabilidad no necesitaría estar ubicada después del análisis del injusto sino que debería ser situada en un momento previo a él[32], porque la capacidad o incapacidad del autor no es predicable de una conducta antijurídica, sino de cualquier comportamiento[33]. Adicionalmente, como en este primer nivel de análisis la imputabilidad no está referida a una conduca antijurídica, el juez carecería de discrecionalidad para pronunciarse sobre ella, debiendo limitarse a acatar lo que sobre el particular le informen los peritos (criterio biológico)[34].

Afirmar que la imputabilidad se refiere a una capacidad general del individuo, mientras el conocimiento de la antijuridicidad y la exigibilidad de una conducta conforme a derecho son elementos de la culpabilidad[35] (que es el aporte del segundo escalón propuesto por MEZGER) resulta contradictorio[36], porque si el filtro del injusto es irrelevante para decidir sobre la capacidad de culpabilidad (que se valoraría en abstracto), no tiene sentido que en la culpabilidad

---

[29] MEZGER, *LK-StGB*, t. I, 1957, §51, p. 362.

[30] MEZGER, *LK-StGB*, t. I, 1957, §51, p. 362.

[31] Cfr. MEZGER, *LK-StGB*, t. I, 1957, §51, p. 364.

[32] Lo cual no suele hacerse; MEZGER, por ejemplo, la mantiene como un elemento característico, e independiente de la culpabilidad, pero estrechamente vinculado a esta; cfr. MEZGER, *Penal, libro de estudio. Parte General*, 1958, p. 191.

[33] Sin embargo MEZGER sostuvo también que sin injusto no hay culpabilidad, puesto que la culpabilidad significa solamente la reprochabilidad personal de un injusto ya cometido; sin injusto, concluía, la culpabilidad es impensable; cfr. MEZGER, *Die subjektiven Unreschtselemente*, 1924, pp. 250 ss.

[34] Cfr. MARTÍNEZ GARAY, *La imputabilidad penal*, 2005, p. 58.

[35] En realidad MEZGER no solo se ocupaba del conocimiento de la antijuridicidad y de la exigibilidad al estudiar la culpabilidad, sino que allí mismo desarrollaba el tema de la imputabilidad, pese a considerarla como capacidad general del individuo; cfr. MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, 1955, pp. 201 ss.

[36] «Ahora bien, esto último, que es una cuestión de naturaleza sistemática, no puede, en mi opinión, solucionarse por la vía de introducir tamaña contradicción en el seno del concepto de imputabilidad. A mi juicio no de otra forma puede calificarse la pretensión de referir la imputabilidad al caso concreto, e insistir en el hecho de que sea apreciada respecto de un comportamiento no significa que también respecto de otro distinto haya de darse de igual manera, por una parte, y afirmar por otro lado que lo que se valora en la imputabilidad no es si el sujeto pudo o no entender el significado de esa conducta concreta y adecuar su comportamiento a tal comprensión, sino su capacidad general para comprender qué conductas están prohibidas por el ordenamiento y gobernar su conducta de acuerdo con las normas jurídicas»; MARTÍNEZ GARAY, *La imputabilidad penal*, 2005, p. 74.

se indague concretamente por la capacidad que el autor tenía para comprender la antijuridicidad de su conducta. Esta concepción general-individual de la imputabilidad resulta contraria al principio de culpabilidad[37], en cuanto éste requiere que la pena se aplique por la comisión de un hecho que pueda ser considerado como propio del autor[38]. De acuerdo con este principio, la simple determinación de que una persona es inimputable, en abstracto, no basta para que se le imponga una pena; de lo contrario, la intervención del derecho penal resultaría innecesaria como forma de control de ese sujeto peligroso, porque la medida de seguridad que se le impondría no tendría su fundamento en una conducta antijurídica, sino en su condición general de inimputable. Cualquier autoridad administrativa o de policía podría ocuparse de esos sujetos para evitar que en el futuro pudieran llegar a desplegar conductas antijurídicas, mientras que el derecho penal solo se ocuparía de los sujetos imputables, únicos que podrían cometer delitos[39]. Con eso se estarían confundiendo dos conceptos que el propio Ferri diferenciaba con claridad para evitar que el derecho penal interviniera frente a cualquier persona considerada como peligrosa: la peligrosidad social[40] y la peligrosidad criminal[41]. Aun cuando esa preocupación de FERRI pareciera muy antigua, en realidad sigue estando vigente con la creciente utilización del concepto de seguridad dentro del ámbito del derecho penal[42], con el que se viene justificando la imposición de medidas de seguridad a sujetos que –después de cumplida la pena– siguen siendo considerados como peligrosos, o la utilización de la castración química para enfrentar la delincuencia sexual[43].

Si se optara por asumir esta concepción de la imputabilidad se violaría el principio de igualdad porque esa condición general del individuo llevaría a que a los inimputables se les aplicaran medidas de seguridad por el solo hecho de serlo, aun cuando sus conductas fueran atípicas, estuvieran amparadas por una causa de justificación o pudieran ser producto de errores de tipo invencibles. Mientras a los imputables se les eximiría de responsabilidad penal en todas esas

---

[37] «Este modo de ver las cosas aleja evidentemente la imputabilidad de la culpabilidad, en la medida en que esta última sólo se puede pronunciar respecto de un hecho concreto ya cometido, mientras que la imputabilidad, concebida como se acaba de recoger, es decir, haciendo hincapié en lo que supone de caracterización del sujeto, valoración del estado de sus facultades psíquicas, permitiría ser configurada con independencia de un delito concreto, de la misma forma que un diagnóstico psicológico o psiquiátrico refleja el modo de ser y el estado general del sujeto, no solo un determinado comportamiento»; MARTÍNEZ GARAY, *La imputabilidad penal*, 2005, pp. 81-82.

[38] PÉREZ MANZANO/CANCIO MELIÁ, «Principios del Derecho Penal (III)», en LASCURAÍN SÁNCHEZ (coord.), *Manual de Introducción del Derecho Penal*, 2019, pp. 93-94.

[39] «… decir que lo que se valora es una capacidad general es en realidad juzgar al sujeto en abstracto, independientemente del delito cometido, y dividir *a priori* a las personas en capaces e incapaces de culpabilidad, lo que no se compadece en absoluto con la insistencia en una culpabilidad por el hecho concreto cometido»; MARTÍNEZ GARAY, *La imputabilidad penal*, 2005, p. 82.

[40] «… la "peligrosidad social" como cualidad que justifique imponer restricciones de derechos y libertades a los individuos) no tiene encaje en el marco de un Estado social y democrático de Derecho»; PUENTE RODRÍGUEZ, *La peligrosidad del imputable y la imputabilidad del peligroso*, 2021, p. 93.

[41] Para morigerar las críticas que recibía el peligrosismo que servía de base a su concepción de la teoría del delito, FERRI propuso distinguir entre una peligrosidad criminal de la que se ocuparía el derecho penal, y una peligrosidad social que sería competencia de lo que él denominaba la «policía de seguridad»; cfr. FERRI, *Principios de Derecho Criminal*, 1933, pp. 277-282.

[42] «El cambio de paradigma se produce con la irrupción de la *seguridad* en el discurso político criminal y su manifestación imediata en la legislación penal: del Estado de Derecho basado en libertades y del correspondiente Derecho penal de la culpabildad al Estado de la seguridad y al correlativo Derecho penal de orientación preventiva y policial»; ROBLES PLANAS, «"Sexual Predators". Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad», *InDret*, (4), 2007, p. 15.

[43] Sobre esta problemática, cfr. ROBLES PLANAS, *InDret*, (4), 2007, pp. 5-12.

hipótesis, a los inimputables se les impondrían medidas de seguridad pese a que, habiendo desarrollado la misma conducta que aquellos, deberían recibir idéntico tratamiento[44]; la respuesta del derecho penal en esos casos tendría como única razón de ser la inimputabilidad individual-general del autor.

De optarse por entender la imputabilidad de esta manera, como un concepto previo al análisis de antijuridicidad, también se generarían inconvenientes en temas de participación, puesto que si el autor es inimputable su comportamiento no podría ser calificado de injusto y, en consecuencia, quienes hubieran tomado parte en su ejecución a título de partícipes no responderían penalmente[45]. Similares consideraciones valdrían frente a la legítima defensa, por lo menos para quienes consideran que uno de sus requisitos es la existencia de una agresión antijurídica que, al no poder ser predicada de los inimputables[46] impediría que respecto de ellos pudiera ejercerse la legítima defensa[47].

Dado que un concepto individual-general de imputabilidad como el pregonado por MEZGER se refiere a la capacidad del autor para comportarse conforme a las normas haciendo uso de todas sus facultades, no se trataría de una categoría que admita matices, lo que a su vez abriría la puerta para que ese concepto fuera manipulado con fines políticos, usualmente argumentando la necesidad de preservar la seguridad de los ciudadanos frente a sujetos peligrosos[48]. Esa ausencia de matices no solo dificultaría abordar el estudio de la semiimputabilidad[49] dejando pocas opciones para su manejo[50], sino que en la práctica reduciría notablemente los casos de inimputabilidad[51] puesto que solo tendrían esa condición las personas que no contaran, en absoluto, con esa capacidad de ajustar su conducta a los preceptos legales que la rigen, algo que no resulta consistente con la forma amplia en que las legislaciones penales suelen regular el tema

---

[44] Sobre la aplicación del principio de igualdad a los inimputables, cfr. MARTÍNEZ GARAY, *La imputabilidad penal*, 2005, pp. 394-396.

[45] Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, «Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas: un difícil desafío para la teoría del delito», *Icade. Revista Cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, (74), 2008, p. 117, nota 4.

[46] Si no existe agresión cuando una persona no vulnera el deber de cuidado que rige su conducta (cfr. ROXIN, *PG*, t. I, 1997, p. 615), entonces esa agresión no puede predicarse de quien carece de la capacidad de comportarse conforme a las normas, puesto que una concepción general natural de imputabilidad como la que aquí se comenta excluye la posibilidad de que las conductas de esas personas sean calificadas como injustas.

[47] Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *Icade*, (74), 2008, p. 117, nota 4.

[48] PUENTE FERÁNDEZ recuerda que «durante la Guerra Civil española y buena parte del franquismo se dijo que los rojos" (afines a una ideología de izquierda) eran personas con problemas psiquiátricos como una limitada capacidad intelectual, un carácter débil y una maldad innata»; cfr. PUENTE RODRÍGUEZ, *La peligrosidad del imputable y la imputabilidad del peligroso*, 2021, pp. 269 y 270.

[49] Cfr. MARTÍNEZ GARAY, *La imputabilidad penal*, 2005, p. 41.

[50] El Código Penal alemán, por ejemplo, permite reducir la pena a quien tiene una capacidad de culpabilidad notablemente disminuida; el fundamento de esta atenuación de la pena es, precisamente, que como el sujeto aún es capaz de comprender lo injusto de su conducta y actuar conforme a esa comprensión, su culpabilidad está disminuida; cfr. ROXIN, *PG*, t. I, 1997, p. 839.

[51] «… un concepto de inimputabilidad excesivamente amplio … implica un concepto de normalidad demasiado estrecho y conduce a una sociedad totalitaria que confunde lo que significa ser "persona" con lo que se entiende por "buena persona". De este modo la patologización de la maldad conlleva su exclusión de la normalidad y la conformación de un nuevo modelo de ciudadano: el ciudadano bueno»; PUENTE RODRÍGUEZ, *La peligrosidad del imputable y la imputabilidad del peligroso*, 2021, p. 282.

de la imputabilidad, incluyendo el estudio sobre la naturaleza y alcance de la figura de la imputabilidad disminuida[52].

Quienes solo tuvieran esas dificultades frente a situaciones concretas, no encajarían dentro de las categorías de imputable o inimputable como podría ocurrir, por ejemplo, respecto de los cleptómanos, los ludópatas o los pirómanos, que son ejemplos de trastornos mentales que afectan el control de los impulsos y de la conducta en escenarios específicos[53]. Sin embargo, la doctrina, la jurisprudencia y las legislaciones penales suelen contemplar estas hipótesis como manifestaciones de imputabilidad disminuida, que permiten un tratamiento diferencial para esas personas pese a que su condición no supone una incapacidad absoluta del individuo para regular sus acciones. Ese necesario manejo de la llamada imputabilidad disminuida desaparece cuando se adopta una postura individual y abstracta de la imputabilidad como la que caracteriza el primero de los niveles que MEZGER propone para completar el juicio de culpabilidad.

2.2. La imputabilidad como concepto normativo

Una segunda forma de entender la imputabilidad es refiriéndola a una conducta concreta; desde esta perspectiva, lo decisivo no es si una condición psicológica[54] (o incluso cultural) torna a alguien en incapaz de guiar su conducta conforme a las normas, sino si, frente a una determinada situación, esa persona está en condiciones de ajustar su comportamiento a las disposiciones legales que lo rigen. Como desde esta perspectiva la imputabilidad no depende tanto de las causas que dificultan o impiden en abstracto el adecuado control de la acción por parte del autor como de la trascendencia que ellas hayan tenido en la forma como el sujeto se comportó en una situación determinada, no estamos frente a un concepto natural, sino de naturaleza normativa[55]. El juez no se limita a acoger lo que el perito le diga sobre la capacidad general del individuo para ajustar su comportamiento a las normas, sino que debe evaluar la incidencia de esa condición en la conducta concreta desarrollada por el sujeto[56].

La pregunta sobre si el autor, debido a sus particulares condiciones, pudo haberse comportado de acuerdo con las normas, parte aquí del supuesto de que objetivamente su conducta fue contraria a ellas; de no ser así, no habría ninguna razón válida para que el derecho penal indagara sobre el vínculo del individuo con la conducta, puesto que mientras una persona se comporte objetivamente de acuerdo con lo que de ella se espera en su condición de ser social, al Estado le está vedado indagar sobre su fuero interno. Lo normativo del concepto de imputabilidad se deriva de que es un juicio de valor sobre la trascendencia que una determinada condición personal tuvo en el desarrollo de una conducta que, adicionalmente, no es objeto de análisis como fenómeno

---

[52] Cfr. MARTÍNEZ GARAY, *La imputabilidad penal*, 2005, p. 124.

[53] Sobre la naturaleza de estos trastornos, cfr. CORRECHER MIRA, «La aplicación de la atenuante de análoga significación en supuestos de imputabilidad disminuida: ludopatía, piromanía y cleptomanía», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (22), 2020, pp. 3-9.

[54] En contra de equiparar los conceptos de discapacidad e inimputabilidad, cfr. PANTALEÓN PRIETO/PUENTE RODRÍGUEZ, «Derecho Penal y discapacidad a partir del nuevo paradigma de la convención», en MUNAR BERNAT (dir.), *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El derecho en el umbral de la política*, 2021, pp. 120 ss.

[55] MARTÍNEZ GARAY prefiere calificarlo como psico-normativo; cfr. MARTÍNEZ GARAY, *La imputabilidad penal*, 2005, pp. 74 s.

[56] Cfr. VON LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, 2ª ed., t. II, 1914, p. 406.

psicológico individual, sino como un comportamiento antijurídico que debería haber sido evitado.

Esa forma de entender la imputabilidad hace posible que el derecho penal no imponga medidas de seguridad a todos quienes debido a su incapacidad de comportarse conforme a las normas pueden ser considerados como peligrosos para la sociedad, sino solo a quienes debido a esa condición han desarrollado una conducta antijurídica; de esa manera se les dará en este ámbito el mismo trato que a los imputables, en aplicación del principio de igualdad. Respecto de aquellos son otras instituciones del Estado las que, ante todo, deberían ocuparse de evitar que como consecuencia de sus condiciones personales puedan llegar a afectar indebidamente bienes jurídicos ajenos. Dado que según esta postura el juicio de imputabilidad recae sobre una conducta ya calificada como antijurídica, su lugar dentro de la teoría del delito debe ser después del injusto, bien sea como un presupuesto o como uno de los elementos de la culpabilidad.

Esta, que es la forma más habitual de tratar la imputabilidad[57], presenta dificultades cuando debe ocuparse de resolver el problema de los errores de tipo patológicamente condicionados. En hipótesis como esa, el reconocimiento del error invencible (o de uno vencible que recaiga sobre una conducta que no amdite la modalidad imprudente) haría desaparecer el dolo y -por consiguiente- la antijuridicidad de la conducta. Eso conduciría a la imposibilidad de aplicar una medida de seguridad a esa persona por cuanto, según la concepción que aquí se analiza, la imputabilidad solo se estudia al momento de abordar el análisis de culpabilidad y siempre sobre el supuesto de que se refiere a una conducta antijurídica, es decir, a un comportamiento respecto del cual se puede afirmar que encaja tanto en el tipo objetivo como en el subjetivo.

3. Lo objetivo de la imputación objetiva

Como ya he señalado en otras oportunidades[58], me inclino por un entendimiento valorativo (normativo) de la teoría del delito, sin que ello suponga ignorar lo que ocurre en el mundo de lo natural. El derecho penal (como todo el derecho) solo tiene sentido dentro de una sociedad, como una forma de regular los ámbitos de libertad que hacen posible la convivencia en comunidad[59]; pero como esa vida reglada en común es imposible sin una forma de comunicación compartida, la realidad sobre la que el derecho penal actúa no es la puramente naturalística (desprovista de los juicios de valor que continuamente emitimos sobre ella), sino la realidad ampliada a través del lenguaje común de los integrantes de la comunidad social[60]. Eso explica que en un homicidio, por ejemplo, lo que le interesa al derecho penal no sea la cesación de las funciones vitales de un ser humano, ni la causa que llevó a esa muerte, como proponían los esquemas causalistas de la

[57] Entre quienes analizan la imputabilidad respecto de personas que han desarrollado una conducta antijurídica, esto es, después de terminado el estudio del injusto, cfr. MIR PUIG, *PG,* 10ª ed., 2016, p. 581; ROXIN, *PG*, 1997, pp. 823 ss.; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, t. I, 2005, p. 690.

[58] Cfr. REYES ALVARADO, «Fundamentos teóricos de la imputación objetiva», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (3), 1992, pp. 944 ss.

[59] Cfr. REYES ALVARADO, «¿Sirve de algo el bien jurídico? Una perspectiva social», en DÍEZ Y GARCÍA CONLLEDO/PAREDES CASTAÑÓN *et al.* (dirs.)*, Libro homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña*, v. I, 2020, pp. 370 y 371.

[60] Cfr. REYES ALVARADO, «Kommunikative Handlung und Wirklichkeit», en ENGELHART/KUDLICH/VOGEL, *Digitalisierung, Globalisierung Und Risikopravention: Festschrift Für Ulrich Sieber Zum 70. Geburtstag*, t. I, 2021, pp. 77 s.

teoría del delito; tampoco es la intención con la que se despliega la conducta lo que atrae la atención del derecho penal, como sugerían los finalistas, ni la simple preservación de la incolumidad de los bienes jurídicos, continuamente afectados como consecuencia de la vida en comunidad, como bien lo puso de presente WELZEL al desarrollar el concepto de adecuación social[61].

El interés del derecho penal recae sobre aquellas conductas que pueden ser entendidas (desde el punto de vista comunicativo) como indebidas formas de ataque a un bien jurídico. Establecer cuándo ocurre eso, es la labor de la imputación objetiva, y determinar si como consecuencia de esa conducta es o no necesaria una reacción desde el punto de vista del derecho penal (bien sea mediante la imposición de una pena o de una medida de seguridad) contra quien la desplegó, es el cometido de la imputación personal[62], que la doctrina mayoritaria sigue denominando culpabilidad. La imposición de una pena o de una medida de seguridad es el resultado de un juicio de imputación (que solo en su denominación alemana coincide con la propuesta de MAURACH) que consta de dos partes: una primera en la que se determina si el resultado de una conducta (entendido como infracción de la norma[63]) puede ser atribuido a alguien como su obra, y que se analiza en la imputación objetiva (es lo que MAURACH llamaba el juicio de responsabilidad); una segunda que, a su vez, comprende dos aspectos: uno en el que se determina la capacidad que el autor de esa conducta (ya desvalorada objetivamente) tenía para adecuar su comportamiento a las normas que lo regulaban; es lo que MAURACH calificaba como culpabilidad, y que puede ser más precisamente denominado capacidad de *imputabilidad* en cuanto sirve para determinar si a un individuo se le puede *imputar*, desde el punto de vista personal, la conducta antijurídica que en el ámbito de la imputación objetiva se consideró como suya; el otro aspecto que se analiza en esta imputación personal tiene que ver con la pregunta de si es necesaria[64] la aplicación de la pena o la medida de seguridad[65].

La imputación objetiva se denomina así porque en ella se analiza la conducta de la persona en cuanto ser social y no como individuo. Su denominación de objetiva no tiene nada que ver con si en la valoración de la conducta se tienen en cuenta o no aspectos que están al interior de la mente del ser humano, como sí ocurre en las concepciones naturalistas de la teoría del delito, en las que objetivo es lo externo y subjetivo lo interno; el nombre mismo de culpabilidad con el que se alude

---

[61] Cfr. WELZEL, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975, pp. 141-144.

[62] «… la expresión *imputación personal* tiene la ventaja de que deja más claro que en esta segunda parte de la teoría del delito se trata solo de *atribuir* (imputar) el desvalor del hecho penalmente antijurídico a su autor; no se castiga una "culpabilidad" del sujeto, sino que sólo se exige que el hecho penalmente antijurídico, lo único que el Derecho desea prevenir (si puede), sea imputable penalmente a su autor»; MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2016, p. 544.

[63] Sobre el resultado como infracción de la norma, cfr. REYES ALVARADO, «Der Mythos des Erfolges», en HILGENDORF/LERMAN/CÓRDOBA *Brücken bauen. Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag*, 2020, pp. 193 ss.

[64] Aun cuando sin referirse a la decisión sobre si en un caso concreto se debe aplicar una pena o una medida de seguridad, ROXIN sí alude a la responsabilidad (concepto dentro del que incluye la culpabilidad) como un análisis sobre la necesidad de aplicación de la pena; (cfr. ROXIN, *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, 1981, pp. 71 s.); en mi opinión, esta facultad amplia de decidir sobre si a una persona se le debe aplicar o no una pena puede extenderse al análisis de si a ese individuo se le debe imponer una pena o una medida de seguridad.

[65] «En definitiva, en este juicio de imputación personal se verifica si existe o no la necesidad de imponer una pena al individuo de acuerdo con las circunstancias personales del autor»; REYES, «La ubicación del dolo y la imprudencia en una concepción normativa de la teoría del delito», en BACIGALUPO ZAPATER/BAJO FERNÁNDEZ *et al.* (dir.), *Dogmática y Criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo*, 2005, p. 538.

al aspecto subjetivo de esas teorías del delito está históricamente vinculado a un sentimiento interno de reproche que luego evolucionó hacia la libertad de elección[66], y posteriormente al dolo[67] y la culpa como elementos de una concepción psicológica[68], antes del surgimiento de las teorías normativas[69]. Eso explica que tradicionalmente la culpabilidad sea considerada como la parte subjetiva del delito, que durante mucho tiempo se la entendiera como un nexo psicológico entre la conducta antijurídica y el individuo que la desplegó[70], y que el dolo y la culpa fueran consideradas como formas de culpabilidad[71]. En ese esquema la imputabilidad, entendida como capacidad de culpabilidad, era estudiada como parte del aspecto subjetivo del delito, independientemente de que se la catalogara como un presupuesto o un elemento de la culpabilidad[72].

Desde hace mucho tiempo la doctrina ha puesto de manifiesto varios de los problemas que acarrea esa división naturalística entre lo objetivo como externo y lo subjetivo como interno en relación con los ingredientes subjetivos del tipo[73], la configuración de la tentativa[74], la estructura de las causas de justificación[75], el manejo de una concepción dual del error[76], o el principio de

---

[66] Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Curso de Derecho Penal Parte General*, 2ª ed., 2010, p. 622: «la evolución de la teoría de la culpabilidad ha ido históricamente ligada en lo "prejurídico" al problema del libre albedrío y de la libertad del hombre». En similar sentido, cfr. RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte General*, 17ª ed., 1994, pp. 432 s., y RADBRUCH/GWINNER, *Historia de la criminalidad*, 1955, pp. 19-25.

[67] «Es evidente que el dolo, con independencia de que se ubique en la culpabilidad o en el injusto, es una reliquia del antiguo concepto psicológico de culpabilidad y, en tal medida, un cuerpo extraño en una teoría de la imputación que, por lo demás, es puramente normativa»; cfr. LESCH, «Injusto y culpabilidad en derecho penal», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (6), 2000, p. 260.

[68] Así la concibió VON LISZT: «La relación subjetiva entre el hecho y el autor solo puede ser psicológica [...]» (VON LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, 2ªed., t. II, 1914, p. 388). En igual sentido, BELING, *Esquema de derecho penal. La doctrina del delito-tipo*, 2002, pp. 62, 105 ss. y, con algunos matices, BINDING, *La culpabilidad en derecho penal*, 2009, p. 8. Para más detalles sobre la concepción psicológica de la culpabilidad, cfr. ROXIN, *PG,* 1997 p. 794, NAVARRETE URIETA, «El nacimiento de la idea de culpabilidad», *Aldaba. Revista del Centro Asociado de la UNED de Melilla*, (18), 1992, pp. 21 ss.

[69] Para BELING «... el *dolus* significa reprochar al autor el hecho de no haberse detenido ante el pensamiento de estar obrando antijurídicamente; la culpa, reprochar al autor el hecho de desconocer la antijuridicidad de su conducta, debiendo no haberla desconocido» (BELING, *Esquema de derecho penal*, 2002, p. 105). Ver también FRANK, *Sobre la estructura de la culpabilidad*, 2002, p. 39; GOLDSCHMIDT, *La concepción normativa de la culpabilidad*, 2ª ed., 2002, p. 89.

[70] Cfr. RADBRUCH, «Sobre la psicología de las formas de culpabilidad penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (20), 2018, pp. 1-6.

[71] Sobre la concepción de la culpabilidad desde la causación psicológica, cfr. MAURACH, *Derecho penal. Parte General*, t. I, 1994, p. 518; ROXIN, *PG*, 1997, p. 304; MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2016, p. 545.

[72] LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, 2ªed., t. II, 1914, pp. 396, 397; BELING, *Esquema de derecho penal*, 2002, pp. 64-72.

[73] Para RADBRUCH «las formas de culpabilidad del dolo y la culpa suponen una tipificación tosca de una situación psicológica muy complicada; son productos petrificados de una psicología primitiva que no permite extraer conclusiones seguras sobre este elemento del delito» (RADBRUCH, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (20), 2018, p. 6).

[74] Cfr. REYES ALVARADO, *El delito de tentativa*, 2016, pp. 63-65.

[75] Sobre las críticas formuladas a la concepción psicológica en relación con aspectos como el estado de necesidad disculpante o la culpa inconsciente, cfr. MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2016, p. 546; ESER/BURKHARDT, *Derecho Penal. Cuestiones fundamentales de la teoria del delito sobre la base de casos de sentencias*, 1995, p. 297; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal*, 2002, p. 450.

[76] Cfr. FAKHOURI GÓMEZ, «Teoria del dolo vs. teoría de la culpabilidad. Un modelo para afrontar la problemática del error en Derecho Penal», *InDret*, (4), 2009, pp. 6, 7.

accesoriedad de la participación[77]. Menos frecuentes son, en cambio, observaciones críticas sobre las consecuencias que esa división naturalística de la teoría del delito plantea en el ámbito de la imputabilidad.

Si una persona con discapacidad intelectual grave que se apodera de una cosa mueble ajena sin consentimiento de su dueño es considerado incapaz de culpabilidad porque no está en condiciones de ajustar su conducta a los requerimientos del ordenamiento jurídico, ¿por qué desde el punto de vista del injusto se dice que acomodó su conducta al tipo penal de hurto, si para que ello ocurra es necesario que sea consciente de la ajenidad de la cosa y de la ausencia de consentimiento de su dueño para apoderarse de ella? En este ejemplo se puede apreciar una doble y contradictoria valoración del aspecto subjetivo ontológico del delito, porque al sujeto se le reconoce como capaz de entender nociones como la ajenidad y el consentimiento (sin las cuales la representación de la realidad sobre la que actúa no estaría completa), pero incapaz de entender la antijuridicidad de su conducta. Esa contradicción resulta inevitable en una concepción naturalista del delito, en la que esos conocimientos (que en el ejemplo propuesto recaen sobre la ajenidad y la ausencia del consentimiento) se consideran algo subjetivo en el sentido de interno[78]. Esta dificultad pone en evidencia que la normativización de la culpabilidad ha avanzado mucho más que la del injusto, donde conceptos como el del dolo, los ingredientes subjetivos o los conocimientos especiales siguen siendo considerados por muchos como aspectos internos desde el punto de vista natural, y no como nociones valorativas.

4. Los errores condicionados por la inimputabilidad

Otro importante problema que se deriva del entendimiento naturalístico de lo objetivo y lo subjetivo y que afecta la imputabilidad, es el de los denominados errores de tipo condicionados por la inimputabilidad[79]. Si un inimputable desarrolla una conducta que objetivamente encaja en el tipo penal de abuso sexual con incapaz de resistir[80], ¿se le puede imponer una medida de aseguramiento pese a que su condición le impidiera comprender que la persona sobre la que

---

[77] «Naturalmente también la teoría del dolo está expuesta a varias objeciones. Su mayor flaqueza consiste en que traza los límites de modo exclusivamente subjetivo, lo que históricamente se explica -al menos desde VON BURI- por el punto de partida causal»; cfr. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, 2000, p. 74.

[78] Sobre esta contradicción, a partir de ese ejemplo, cfr. QUINTERO OLIVARES, *Locos y culpables*, 1999, p. 141,

[79] Así se refiere a ellos, por ejemplo, MILITELLO, «El error del inimputable entre exégesis, dogmática y política criminal», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*, (3), 1999, pp. 404, 412, 414, 415.

[80] «... en fecha no determinada del mes de noviembre de 2017, los procesados Horacio y Cipriano ... accedieron junto a Braulio ... al interior de un garaje cerrado que los padres de este tenían ... y del que Braulio tenía llaves y una vez en allí, y con la intención de satisfacer sus deseos sexuales, mantuvieron con Braulio relaciones sexuales consistentes en felaciones que éste realizó a ambos.

Braulio padece DIRECCION000 congénito con un grado de minusvalía del 66% con gran afectación de su capacidad cognitiva para conocer la trascendencia de los actos sexuales y consentir los mismos siendo fácilmente manipulable, hecho tangible por su apariencia y comportamiento y que era por ello conocido y aprovechado por Horacio para la realización de los hechos.

El procesado Cipriano padece de sordomudez desde el nacimiento sin formación alguna no fue escolarizado ni adquirió habilidad en lecto escritura ni aprendió lenguaje de signos, lo que le ha impedido realizar un desarrollo intelectivo y cognoscitivo de forma adecuada alterando su conciencia de realidad e impidiendo comprender la ilicitud que supone mantener relaciones sexuales con Braulio por sus circunstancias personales.

Por sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 11 de Santander de fecha 25 de octubre de 2018 se acordó la discapacidad plena de Braulio para regir su persona y sus bienes nombrándose tutor a su hermano José Antonio». STS 2090/2023, Penal, de 1 de mayo (ECLI:ES:TS:2023:2090).

realizaba la conducta de índole sexual estaba en incapacidad de resistir, lo que tornaría su conducta en subjetivamente atípica[81] por ausencia de dolo?[82] Casos como este[83] plantean, ante todo, la pregunta de si alguien que actúa sin dolo puede ser declarado inimputable y condenado a una medida de seguridad[84]. Si la respuesta a este interrogante es negativa, para respetar la idea de que la imputabilidad solo puede ser predicada de un hecho antijurídico[85], todavía queda por solucionar la cuestión de si está bien que al "inimputable" que se comporta de esa manera no le sea aplicable una medida de seguridad[86], pese a que evidentemente se ha mostrado como un sujeto peligroso[87]; aun cuando frente al peligro que representa esa persona, parecería recomendable la imposición de la medida de seguridad, hacerlo significaría prescindir de la imputabilidad como una categoría vinculada a una específica conducta antijurídica[88], y

---

[81] «Si de hecho el error excluye el dolo, consecuentemente se impedirá la subsistencia de aquellos perfiles de tipicidad subjetiva, necesarios para integrar el "hecho antijuridico" exigido por las normas que en Alemania regulan la aplicación de las medidas de seguridad postdelictuales»; MILITELLO, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*, (3), 1999, p. 404.

[82] En este caso el Tribunal Supremo consideró que si bien es cierto que Cipriano (el sordomudo) actuó sin dolo, también es innegable que su conducta es típica (¿solo objetivamente?), lo que amerita que le sea impuesta una medida de seguridad: «Cierto que Cipriano, como consecuencia de sus particulares circunstancias, no era capaz de captar la situación, personal y contextual, de Braulio. Se trata de un acusado inimputable (o, más precisamente, que actuó en el caso sin capacidad de culpa) que, por serlo, no debe responder penalmente (artículo 20.3). Pero no hallamos modo razonable de ver aquí una conducta atípica, autorizada por el Derecho, y libremente consentida por Braulio, respecto de uno de los acusados aunque no respecto del otro, frente a lo que el recurrente, en último extremo, viene a pretender».

[83] MOLINA FERNÁNDEZ se refiere a otros casos similares; uno de ellos tiene que ver con «un sujeto aquejado de esquizofrenia paranoide que condujo en una autopista en dirección contraria al sentido de la marcha creyendo que eran los otros, sus "enemigos", los que circulaban mal y provocó varios accidentes con muertes y lesiones»; MOLINA FERNÁNDEZ, «El razonable "regreso" del dolo a la culpabilidad», en SILVA SÁNCHEZ *et al.* (dirs.), *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, 2017, p. 749. En otro, ocurrido en el 2001, una persona en estado de parasomnia creyó que sus familiares eran avestruces que le atacaban y se defendió de ellos utilizando un hacha y un martillo con el que causó la muerte de dos de ellos y lesiones graves a otros dos; cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *Icade*, (74), 2008, pp. 115 s.

[84] «¿Es posible ante un hecho de un inimputable aplicar, sin más, una medida de seguridad o terapéutica postdelictual, aunque sea a través de un juicio? ¿No sería, acaso, más adecuado examinar primero si concurren todos los presupuestos necesarios para la antijuridicidad?»; JOSHI JUBERT, «Algunas consecuencias que la imputabilidad puede tener para la antijuridicidad», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* (42-1), 1989, p. 127.

[85] En relación con el ya mencionado caso de quien aquejado de esquizofrenia paranoide condujo su vehículo en dirección contraria causando varias muertes y lesiones, MOLINA FERNÁNDEZ considera que «[l]a existencia de un error invencible debería haber llevado a la atipicidad. El Tribunal no se atrevió a tanto porque, aunque es lo que se deduce de la teoría del delito, lleva a un resultado inadmisible: la imposibilidad de imponer una medida de seguridad» (el Tribunal condenó por delitos imprudentes, para justificar la imposición de la medida de seguridad; el Tribunal Supremo, por el contrario, condenó por lesiones y homicidio dolosos, e impuso una medida de seguridad de mayor duración); MOLINA FERNÁNDEZ, en SILVA SÁNCHEZ *et al.* (dirs.), *LH Mir Puig,* 2017, p. 749.

[86] «¿Es siempre correcto, desde el punto de vista político-criminal no aplicar ninguna medida de seguridad al inimputable o semiimputable que no actúa antijurídicamente? ¿Tiene que quedar este sujeto, a pesar de su posible peligrosidad, exento de toda medida de seguridad?»; JOSHI JUBERT, *ADPC*, (42-1), 1989, p. 128.

[87] Sobre esta tensión entre las necesidades político-criminales y la capacidad de rendimiento de la teoría del delito frente a ellas, cfr. SILVA SÁNCHEZ, «¿Medidas de seguridad sin imputación subjetiva? Consecuencias de la incidencia de anomalías y alteraciones psíquicas en niveles sistemáticos distinto de la imputabilidad», en ZUGALDÍA ESPINAR/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Dogmática y Ley Penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, 2004, p. 869.

[88] En la decisión comentada, un magistrado del Tribunal Supremo se apartó de la decisión mayoritaria señalando que «[l]a ausencia del tipo subjetivo reclamado por el delito de abuso sexual del artículo 181.2 CP, vigente al tiempo de los hechos, obliga a considerar atípica la conducta del ahora recurrente», lo cual impedía que se le impusiera una medida de aseguramiento. Cfr. STS 339/2023, Penal, de 10 de mayo (ECLI:ES:TS:2023:2090).

reaccionar frente a ella como el producto de una condición general del individuo, con los inconvenientes que ello acarrea, tal como se señaló en páginas anteriores.

4.1. ¿Injusto sin tipo subjetivo para los inimputables?

Para resolver estos casos se ha propuesto un tratamiento diferencial del concepto de antijuridicidad dependiendo de si recae sobre un imputable o un inimputable, lo cual permite que la aplicación de las medidas de seguridad sigan teniendo como presupuesto el desarrollo de una conducta antijurídica. Así, mientras respecto de los imputables la antijuridicidad depende del análisis que de su conducta se haga frente a los tipos objetivo y subjetivo, en relación con los inimputables el juicio de antijuridicidad sería puramente objetivo, «sin que concurra elemento subjetivo alguno, ni siquiera la conciencia propia del concepto de acción»[89].

En mi opinión, el problema de este planteamiento es que la exigencia de un deber de conducta con la que se da comienzo al juicio de imputación objetiva depende siempre de la situación fáctica; el deber que tiene el salvavidas de rescatar a quien en una piscina se esté ahogando, presupone que sea capaz de *conocer* que un ser humano se encuentra en esa situación; si no comprende adecuadamente la realidad (solo ve un tronco de árbol flotando en el agua) porque, por ejemplo, nadie en su lugar habría podido hacerlo, no se le puede reprochar el incumplimiento de un deber. Pero para llegar a esa conclusión, es necesario tener en cuenta el aspecto cognoscitivo de su conducta; otra cosa es, como se expondrá más adelante, que la forma de valorar ese conocimiento puede ser objetiva.

4.2. ¿El dolo como elemento de la culpabilidad?

No sobra precisar que esta problemática se presenta sólo en aquellos esquemas del delito en los que -siguiendo las propuestas del finalismo[90]- el dolo natural forma parte del tipo subjetivo[91]; por el contrario, quienes sitúan el dolo bueno en la culpabilidad –junto a la conciencia de la antijuridicidad– pueden aplicar las medidas de seguridad a los inimputables que realizan conductas típicas y antijurídicas sin dolo, porque éste último no es un elemento de la tipicidad[92]. Esto les permite resolver el problema de la imputabilidad después de haber determinado la antijuridicidad de la conducta, pero antes de abordar el estudio del dolo como elemento de la culpabilidad; en esa condiciones, pueden aplicarles medidas de seguridad a los inimputables sin tener que prescindir del reconocimiento previo de la antijuridicidad de su conducta[93].

---

[89] Cfr. SILVA, en ZUGALDÍA ESPINAR/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *LH Bacigalupo*, 2004, p. 885. En lo fundamental, este planteamiento es compartido por MOLINA FERNÁNDEZ; cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, *Icade*, (74), 2008. pp. 141 ss.

[90] «La configuración de tal cuestión como problemática se ha debido, en buena medida, al cambio sistemático propiciado por la aceptación ampliamente generalizada de algunas de las propuestas del finalismo y la consiguiente inclusión de dolo e imprudencia (y, por tanto, del problema del error de tipo), que en el marco de los sistemas clásico y neoclásico del delito se integraban en la culpabilidad, en el seno del juicio de antijuridicidad»; SILVA SÁNCHEZ, en ZUGALDÍA ESPINAR/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *LH Bacigalupo*, 2004, p. 884.

[91] Sobre esta, que él denomina «incongruencia sistemática», cfr. MOLINA FERÁNDEZ, en SILVA SÁNCHEZ *et al.* (dirs.), *LH Mir Puig, 2017*, p. 739.

[92] «Los que sigan una concepción causalista del delito, y consideren que el dolo y la culpa son elementos de la culpabilidad, no encontrarán ninguna dificultad para imponer una medida de seguridad a estos sujetos. En efecto, para la antijuridicidad bastará en principio –desde este punto de vista– la mera causación de un resultado lesivo»; JOSHI JUBERT, *ADPCP*, (42-1), 1989, p. 133.

[93] MOLINA FERNÁNDEZ propone que el dolo natural que el finalismo se llevó para el tipo subjetivo regrese a la culpabilidad; así, con la reunificación del dolo bueno y la conciencia de la antijuridicidad –lo que de paso llevaría

La reunificación del dolo en la culpabilidad conduce a que desaparezcan las diferencias entre los errores de tipo y de prohibición[94] que solo existen a partir de la separación que se hizo entre el conocimiento de lo fáctico y el conocimiento de la antijuridicidad[95] (sería el regreso a la llamada teoría del dolo)[96]. Esta reubicación de todas las manifestaciones del error en la culpabilidad conduciría a algunas soluciones inadmisibles desde el punto de vista del sistema; si, por ejemplo, alguien dispara sobre una recolectora de moras pensando que es un jabalí[97], porque cualquiera en su lugar habría incurrido en la misma equivocación (error invencible), su conducta le debería ser reprochada desde el punto de vista de la tipicidad y la antijuridicidad, puesto que los elementos objetivos del tipo estarían completos, no existiría un tipo subjetivo (el dolo y la imprudencia estarían en la culpabilidad[98]), y el bien jurídico habría sido efectivamente afectado

---

a un tratamiento unitario del error–, y con el traslado de la imprudencia desde el tipo hacia la culpabilidad, toda la imputación subjetiva estaría reunida en ella como un elemente cuyo examen debe separarse del que se hace sobre el injusto. Con esta propuesta, los problemas que generan los errores de tipo condicionados por la inimputabilidad desaparecen; cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, en SILVA SÁNCHEZ *et al.* (dirs.), *LH Mir Puig*, 2017, p. 751.

[94] PAWLIK señala, con razón, que «la concepción según la cual la descarga de responsabilidad del autor por una representación equivocada del contenido de la norma de comportamiento relevante *in concreto* debería sujetarse a criterios más estrictos en los casos de error de prohibición en sentido restringido que en los eventos del error sobre las circunstancias fácticas carece de fundamento»; cfr. PAWLIK, *El injusto del ciudadano. Fundamentos de la teoría general del delito*, 2023, p. 367.

[95] De acuerdo con este planteamieto, «[e]l concepto tradicional de injusto es reemplazado por la imputación objetiva, desapareciendo la distinción ontológica que la doctrina dominante suele hacer entre tipo objetivo y tipo subjetivo». Esta propuesta sobre una estructura normativa de la teoría del delito, «si bien permite que el dolo permanezca en el aspecto objetivo del delito (a condición de que esta expresión no se entienda en sentido ontológico), supone renunciar a la escisión naturalista entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo e incorporarlo al concepto de imputación objetiva»; cfr. REYES ALVARADO, en BACIGALUPO ZAPATER/BAJO FERNÁNDEZ *et al.* (dirs.), *Dogmática y Criminología*, 2005, pp. 537, 539.

[96] «La *teoría del dolo* parte de una concepción del dolo como *dolus malus*, que abarcaría la totalidad del lado subjetivo del hecho y que sería objeto de análisis en el nivel de la culpabilidad. El dolo se identifica, por tanto, con el conocimiento de los elementos del tipo y de la antijuridicidad de la conducta. El error acerca de cualquiera de estos extremos recibiría el mismo tratamiento jurídico-penal: la exclusión de la pena del delito doloso y la aplicacion de la pena correspondiente al delito imprudente, en su caso, o la impunidad»; FAKHOURI GÓMEZ, *InDret*, (4), 2009, p. 6.

[97] El ejemplo es de WELZEL y está específicamente referido al eror de tipo. WELZEL, *Derecho Penal alemán. Parte General*, 1970, p.112.

[98] Desde luego que también sería imaginable que alguien propusiera una construcción teórica que reunificara el dolo en la culpabilidad, pero dejara la imprudencia como único elemento del tipo subjetivo para que esta categoría no desapareciera. Pero en ese caso, ¿cuáles serían lo elementos del tipo subjetivo? La pregunta es pertinente porque con el modelo que hoy maneja la doctrina mayoritaria, la tipicidad del delito imprudente está tan objetivada (su análisis se centra en la imputación objetiva), dejando al tipo subjetivo como una categoría que parecería ser solo predicable de los delitos dolosos. Algunos autores como STRATENWERTH afirman que en el delito imprudente «es recomendable no dividir las circunstancias del hecho en un tipo objetivo y uno subjetivo» (cfr. STRATENWERTH, *Derecho Penal – Parte General*, t. I, 2005, p. 501). Otros se limitan a señalar que la existencia del tipo subjetivo no es clara en los delitos culposos; en este sentido, FRISTER sotiene que «[e]l componente valorativo contenido en el concepto de la imprudencia propio del lenguaje coloquial ha conducido a que, en los delitos imprudentes -a diferencia de lo que ocurre en los delitos dolosos-, no se distinga hasta hoy, de modo suficientemente claro, entre el acontecer objetivo presupuesto para la punibilidad y la relación, necesaria par la imprudencia, del autor con ese acontecer» (cfr. FRISTER, *Derecho Penal – Parte General*, 2011, pp. 249, 250). Algunos, como MIR PUIG, afirman que el delito imprudente tiene una parte subjetiva que sería «haber querido la conducta descuidada» y «no haber querido … cometer el hecho resultante» (cfr. MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2016, pp. 298, 299), que solo sería predicable de la culpa consciente. Finalmente hay quienes, como ZAFFARONI, HURTADO POZO y ROXIN afirman que el tipo subjetivo solo existe en la culpa consciente y con el único propósito de distinguirla del dolo eventual; ZAFFARONI afirma que es «muy discutida la existencia de un tipo culposo subjetivo» y que, a su juicio, solo tendría sentido en la culpa consciente «para posibilitar su distinción respecto del dolo eventual», de donde se infiere que no es necesario para que la figura de la imprudencia nazca a la vida jurídica; en similar sentido precisa que en ese tipo subjetivo culposo no es concebible la figura del error, como sí ocurre en el tipo subjetivo doloso (cfr. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Manual de Derecho Penal*, 2005, p. 436); una posición similar

por la conducta. Si bien es verdad que la persona podría no sería declarada responsable por ausencia de dolo (al momento de analizar la culpabilidad), la calificación de su condicta como antijurídica no me parece correcta.

Si se asume que el análisis de la tipicidad objetiva (única que existiría desde esta perspectiva) se hace bajo los parámetros de la imputación objetiva y no a la antigua usanza causalista[99], habría que afirmar que quien dispara contra la recolectora de moras a quien toma por un jabalí –como le habría ocurrido a cualquiera en su lugar–, crea un riesgo jurídicamente desaprobado al desconocer el deber de abstenerse de disparar en contra de seres humanos. La pregunta es si realmente quien no es consciente de disparar contra un ser humano -porque nadie en su lugar lo habría sido- infringe el deber de abstenerse de disparar en contra de un ser humano. En mi opinión la respuesta debe ser negativa, porque los deberes presuponen el conocimiento de la realidad a partir de la cual se formulan. Expresado de otra manera: la unificación del dolo y del error en la culpabilidad lleva a afirmar equivocadamente que quien, a partir de una interpretación de la realidad que cualquiera en su posición hubiera compartido, desarrolla una conducta que otra persona en su misma situación también habría desplegado, crea con su conducta un riesgo jurídicamente desaprobado que, al realizarse en el resultado (la muerte de la recolectora de moras, en el ejemplo propuesto), lleva a que se le impute objetivamente un homicidio. A mi modo de ver esa solución es contraria al propósito que tiene la imputación objetiva de reducir el campo de acción del injusto[100], que era muy amplio mientras su elemento central era la relación de causalidad[101], y que continuó siéndolo cuando ella fue sustituida por el concepto final de acción[102].

4.3. El dolo como elemento de la imputación objetiva

Cuestionamientos como estos se deben a una insuficiente normativización del injusto, en el que la doctrina mayoritaria sigue haciendo una distinción naturalística entre un tipo objetivo en el que se analizan las circunstancias externas de la conducta (dentro de las que se incluye el resultado como modificación del mundo exterior), y un tipo subjetivo que se ocupa del estudio de los aspectos internos de la conducta. Cuando esos conceptos naturalísticos se mezclan con otros valorativos, como el de riesgo permitido, infracción de la norma o imputabilidad, surgen tensiones sistemáticas como las mencionadas en los párrafos precedentes[103], cuya solución puede conseguirse avanzando en la normativización del injusto. Intentar una compatibilización de conceptos naturales y valorativos al interior de la teoría del delito parece un esfuerzo inútil,

---

puede encontrarse en HURTADO POZO (cfr. HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Manual de Derecho Penal. Parte General,* 4ª ed., , t. II, 2011, p. 19), en ROXIN (Cfr. ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3ª ed., t. I, pp. 944, 945). Por el contrario, PUPPE sostiene que la relación entre el delito doloso y el imprudente es de implicación, en el sentido de que toda conducta dolosa cumple con todos los presupuestos del delito imprudente (cfr. PUPPE, *Strafrecht. Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, 2ª ed., 2011, p. 89).

[99] Me refiero a los correctivos que se hacen a la fórmula de la conditio sine qua non a partir de propuestas tan difundidas como la llamada fórmula de las condiciones legales propuesta por ENGISCH (cfr. ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 1931, pp. 21 ss).

[100] Cfr. REYES ALVARADO, «Fundamentos teóricos de la imputación objetiva», *ADPCP*, (45-3), 1992, pp. 957, 958.

[101] Cfr. REYES ALVARADO, *ADPCP*, (45-3), 1992, pp. 945, 946.

[102] Cfr. REYES ALVARADO, *ADPCP*, (45-3), 1992, pp. 946, 947.

[103] Con referencia al tema del error condicionado por la inimputabilidad, MILITELLO dice que en el fondo del problema «no es difícil percibir el difícil dilema entre naturalismo y normativismo en la construcción de las instituciones penales»; MILITELLO, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*, 1999, p. 397.

porque están en planos distintos y, por consiguiente, involucran puntos de vista diferentes que, como en los ejemplos citados, resultan incompatibles.

Para avanzar en una normativización del injusto es necesaria una concepción de la imputación objetiva que no trabaje con conceptos naturales como los que distinguen entre objetivo y subjetivo dependiendo de si aluden a algo que está dentro o fuera de la mente del ser humano. Lo que hace la imputación objetiva es, precisamente, valorar si alguien creó con su conducta un riesgo jurídicamente desaprobado que se realizó en el resultado, entendido este como quebrantamiento de una norma penal[104]. Eso no solo significa que sirve para determinar cuándo ese resultado es la obra de alguien[105] (lo cual es importante como superación de una simple explicación causal de su sobrevención) sino, en especial, para establecer si alguien se ha comportado en la forma como se esperaba que lo hiciera cualquier otra persona en su lugar, es decir, en ejercicio de su mismo rol social[106].

Aun cuando la imputación objetiva se ha impuesto ya como un elemento de la teoría del delito, sigue habiendo discrepancias sobre cuáles son sus elementos, respecto del lugar que debe ocupar dentro del sistema y en lo atinente a sus relaciones con el tipo subjetivo. Como a continuación se expondrá, dentro de las distintas propuestas de configuración hay una que incorpora el dolo unificado a la imputación objetiva[107], lo cual resulta útil no solo para solucionar los inconvenientes que se derivan de la tradicional distinción entre los errores de tipo y de prohibición, sino que adicionalmente permitiría dar una respuesta adecuada al problema de los errores condicionados por la inimputabilidad.

a. Conocimiento de la realidad y creación de riesgo jurídicamente desaprobado

En cuanto al primero de los elementos de la imputación objetiva, la determinación de si se ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado se hace comparando la conducta efectivamente desarrollada por el autor con la que de él y cualquier otra persona en su misma situación se esperaba. Es importante precisar que los deberes de conducta que se imponen a un ser social dependen siempre de un determinado contexto, por lo que requieren que el sujeto tenga un cierto conocimiento de la realidad sobre la que actúa. Para que alguien cumpla el deber de no disparar sobre un ser humano debe saber que aquello sobre lo que piensa accionar su arma es un ser humano y no un venado[108]. Por eso el conocimiento de la realidad (entendida como la interpretación que con base en el lenguaje se hace de lo que sucede en el mundo de lo natural)

---

[104] Cfr. REYES ALVARADO en HILGENDORF/LERMAN/CÓRDOBA, *FS Sancinetti,* 2020, pp. 196, 197.

[105] Sobre la necesidad de que un resultado pueda ser considerado como la obra de alguien para ser susceptible de imputación, cfr. HEGEL, *Grundlinien, der Philosophie des Rechts*, §115; EL MISMO, *Vorlessungen über Rechtsphilosophie 1818-1831*, t. III, 1974, p. 355.

[106] Sobre la importancia de los roles sociales en la imputación objetiva, cfr. REYES ALVARADO, *ADPCP*, (45-2), 1992, pp. 948-950.

[107] Por eso tiene razón MOLINA FERNÁNDEZ al señalar que la incorporación del dolo natural al injusto (e incluso del dolo malo, diría yo), depende de cómo se defina el injusto; cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, en SILVA SÁNCHEZ *et al.* (dirs.), *LH Mir Puig*, 2017, p. 736.

[108] En ese sentido, ya HEGEL afirmaba que quien dispara contra un hombre a quien tanto él como cualquiera en su lugar percibe erradamente como un árbol, no comete homicidio porque actúa sobre una equivocada representación de la realidad; cfr. HEGEL, *Grundlinien*, §117; EL MISMO, *Vorlessungen*, p. 356.

hace parte de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado como primer elemento de la imputación objetiva[109].

La doctrina mayoritaria, por el contrario, se refiere a ese conocimiento como el dolo bueno, y lo sitúa dentro de lo que denomina el tipo subjetivo junto a otros conceptos que también considera internos en el sentido natural, como la intención y el error de tipo. Desde esta perspectiva, la imputación objetiva comprende los aspectos externos del delito (en sentido naturalístico) como la relación de causalidad y el resultado entendido como modificación del mundo exterior, y sustituye lo que tradicionalmente se denominaba el tipo objetivo; por eso, una vez terminado su análisis, se debe continuar con el estudio del tipo subjetivo que algunos han pasado a denominar la imputación subjetiva[110]. Con este planteamiento se limita la capacidad de rendimiento de la imputación objetiva, cuyo aporte se reduciría a corregir la excesiva amplitud de la relación causal y a sustituir las nociones de tipo objetivo y tipo subjetivo por las de imputación objetiva e imputación subjetiva.

b. Conocimiento de la prohibición y realización del riesgo en el resultado

Por lo que respecta a la realización de ese riesgo en el resultado, su manejo como segundo componente de la imputación objetiva depende, ante todo, de lo que se entienda por resultado. En una concepción valorativa o normativa de la teoría del delito ese es un concepto que no debería ser interpretado como modificación del mundo exterior; al derecho penal no le interesa si alguien, desde el punto de vista puramente natural, le causó una herida a otro, sino si esa actuación puede ser considerada como contraria a una norma de prohibición penal. Esa infracción o quebrantamiento de la norma es el resultado que le interesa al derecho penal para cerrar el juicio de imputación objetiva; si bien es verdad que a veces la infracción de una norma requiere de la producción de una determinada modificación del mundo exterior (como suele ocurrir en los llamados delitos consumados de resultado) eso obedece a una decisión del legislador, quien en otras oportunidades se abstiene de incluirla como requisito para entender quebrantada la norma, como ocurre en los delitos de peligro y en las tentativas. Pero el resultado que le interesa al derecho penal es la infracción de la norma[111].

Sobre el supuesto de que la imputación objetiva se ocupa de valorar la conducta de un ser social, la realización del riesgo en el resultado (entendido éste como quebrantamiento de la norma) depende, ante todo, de si alguien en la posición del autor debería haber tenido conocimiento de la norma que resultó infringida. Lo importante no es si ese individuo en concreto conocía la norma, lo cual resulta -además- casi imposible de demostrar[112], sino si en su rol social tenía la

[109] Cfr. REYES ALVARADO, *El delito de tentativa*, 2016, p. 118.

[110] Cfr., por ejemplo, KINDHÄUSER, «Imputación objetiva y subjetiva en el delito doloso», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (1), 2006, pp. 78 ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, *Icade*, (74), 2008, p. 143.

[111] REYES ALVARADO, *El delito de tentativa*, 2016, pp. 108 ss.; REYES ALVARADO, en HILGENDORF/LERMAN/CÓRDOBA, *FS Sancinetti,* 2020, pp. 193 ss.

[112] Refiriéndose a la determinación del dolo a través de la averiguación de datos psicológicos, RAGUÉS la califica de «irrealizable»; cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, p. 328.

obligación de conocerla[113]. Si la respuesta es positiva queda por determinar si su conducta puede ser interpretada como orientada a su infracción (dolo) o no (imprudencia). Que el análisis del conocimiento de la prohibición no es un juicio sobre el individuo sino sobre alguien en la situación del autor, es algo que se desprende de la manera en que se maneja el error de prohibición; si nadie en el lugar del autor hubiera podido y debido conocer la norma, se dice que el error es invencible y tiene como consecuencia la no aplicación de una pena; si, por el contrario, de cualquier otra persona en el lugar del autor se esperaba que conociera la norma[114], entonces se le reducirá la pena en consideración al menor grado de culpabilidad con el que ha actuado. Esa forma de entender el error de prohibición muestra que la valoración del conocimiento de la prohibición no depende tanto de cómo se comporta el individuo, sino de cómo se esperaba que se comportara en una determinada situación. Por consiguiente, si el desconocimiento de la norma (como error de prohibición) se valora en relación con un portador de roles, el conocimiento de la norma (como dolo malo) también debe valorarse respecto de un ser social (lo que se espera de cualquier persona en el lugar del autor), perspectiva que constituye la esencia de la imputación objetiva.

La ubicación del conocimiento de la realidad como parte de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, y la del conocimiento de la prohibición como un componente de la realización del riesgo en el resultado conducen a la reunificación del dolo, pero no ya en la culpabilidad sino al interior de la imputación objetiva[115]. Pese a que la doctrina mayoritaria sigue exigiendo un elemento volitivo como tercer elemento del dolo[116], la valoración de los componentes cognoscitivos desde una perspectiva objetiva lo hacen innecesario[117]. Quien a partir de un conocimiento correcto de la realidad (entendido como el de cualquier otra persona en su lugar) y teniendo conocimiento de la norma (como cualquier otro en su lugar) se comporta en contra de ésta, actúa con dolo. Ejemplificando la situación: si alguien sabe que matar a un ser humano es un delito (porque cualquier otro en su lugar lo habría debido saber), y acciona un arma de fuego contra la cabeza de quien él sabe que es un ser humano (porque cualquiera otro en su lugar lo hubiera debido saber) de tal manera que le ocasiona la muerte, no cabe duda de que habrá actuado con dolo[118].

---

[113] En este sentido, PAWLIK, señala que «un autor, al que le sea desconocido aquello que se puede esperar que conozca un ciudadano en ese rol, no puede oponerse en términos generales a que se le impute su comportamiento contrario a sus competencias como una lesión del deber»; cfr. PAWLIK, *El injusto del ciudadano*, 2023, p. 355.

[114] Aun cuando los parámetros para precisar la vencibilidad o invencibilidad del error suelen formularse de distinta manera, se podrían condensar en la afirmación conforme a la cual el error es vencible cuando el autor ha «omitido los esfuerzos que le son exigibles en el conocimiento del Derecho» (cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal*, 2002, p. 491); en mi opinión, esto equivale a decir que el error es vencible si la persona no se comporta como era exigible de alguien en su mismo rol social y enfrentado a la misma situación.

[115] Cfr. REYES ALVARADO, en BACIGALUPO/BAJO FERNÁNDEZ *et al.* (dir.)*, Dogmática y Criminología*, 2005, pp. 536-539.

[116] Cfr. por ejemplo, ROXIN, *PG*, 1997, pp. 417 ss.; MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2016, pp. 270 ss.

[117] En este sentido, cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal,* 1999, pp. 157 s., quien destaca el hecho de que ese aspecto volitivo no tiene un papel claro respecto de muchos delitos como el hurto o la injuria; cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal,* 1999, pp. 15, 166. Ya JAKOBS se refería a «el dolo como conocimiento»; cfr. JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General*, 1997, pp. 312 ss.

[118] Cfr. HRUSCHKA, *Imputación y derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, 2005, pp. 146 s. Esto no significa, como con razón precisa HRUSCHKA, que no exista un elemento volitivo en el dolo, sino tan solo que para la prueba del dolo basta el análisis de componente cognoscitivo; en su opinión estos dos conceptos tienen «igualdad de rango». cfr. HRUSCHKA, *Imputación y derecho penal*, 2005, p. 148.

En una concepción valorativa de la teoría del delito como la que aquí se defiende, lo determinante no son las conductas como meros sucesos naturalísticos avalorados, sino como capaces de comunicación. La vida en comunidad es posible solo a partir de un lenguaje compartido[119] que no se limita al uso de las palabras sino que incluye el conductual, y de la administración de ámbitos de libertad en un marco normativo. De los individuos que integran la sociedad se espera que se comporten de tal manera que sus conductas puedan ser interpretadas[120] como ajustadas a las normas que las regulan[121], independientemente de si las cumplen de buena o de mala gana[122], y sin que importen las razones por las que deciden acatarlas[123].

En lo atinente a las nociones de dolo e imprudencia, esa interpretación que se hace de la conducta como forma de comunicación permite prescindir de la búsqueda del aspecto volitivo (la intencionalidad, para ser más precisos) como algo que debe ser hallado al interior de la mente del autor[124]. En esta dirección resulta provechosa la propuesta de PÉREZ BARBERÁ en el sentido de partir del contenido comunicativo de la conducta[125] para hacer depender la existencia del dolo o la imprudencia del grado de evitabilidad de la actuación penalmente prohibida: a mayor grado de evitabilidad de la conducta penalmente prohibida, mayor reproche, a menor grado de evitabilidad de la conducta penalmente prohibida, menor reproche[126]; eso lleva a que, dependiendo de qué tan previsible era –objetivamente y *ex ante*– la evitabilidad del comportamiento contrario a la norma penal, se podrá hablar de dolo o de imprudencia[127].

---

[119] Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, p. 326.

[120] El trabajo del derecho penal no debe estar orientado hacia la diversidad que presenta la realidad, sino hacia la uniformidad propia de los modelos de sucesos sociales; KRAUß, «Das Prinzip der materiellen Wahrehit im Strafprozeß», en GRÜNWALD (ed.) *Festschrift für Friedrich Schaffstein*, 1975, p. 418.

[121] «La simple pertenencia a la sociedad comporta la renuncia por parte de cualquier persona a ciertos niveles de individualidad pues, como miembro de tal sociedad, ya no van a interpretarse sus conductas recurriendo a criterios individuales, sino siempre de acuerdo con el sentido social que de ellas se desprenda»; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal,* 1999, p. 325. Sobre la importancia de la comunicación en la vida social y, dentro de ella, en el ámbito del derecho, cfr. REYES ALVARADO, en ENGELHART/KUDLICH/VOGEL, *FS Sieber*, 2021, pp. 69 ss.

[122] «trascendental no es el aspecto cognoscitivo que el autor mantiene en su fuero interno, ni la interpretación personal que dentro de él le confiera al mismo; relevante es su trascendencia al ámbito social y la interpretación que desde esa perspectiva pueda hacerse del mismo»; REYES ALVARADO, *El delito de tentativa*, 2016, p. 124.

[123] Cuando una conducta es interpretada como dolosa desde una perspectiva social, lo que se hace es imputarle (objetivamente) a un ser social el resultado de su conducta (entendido como quebrantamiento de la norma) a título de dolo. Por eso tiene razón HRUSCHKA cuando afirma que «el dolo no se constata y se prueba, sino que se *imputa*»; HURSCHKA, *Imputación y derecho penal*, 2005, p. 155.

[124] «Decimos que, semánticamente, "dolo" (y también "imprudencia") comporta un reproche objetivo a una acción jurídico-penalmente relevante. Que se trate de un *reproche* quiere decir que se trata de un juicio, concretamente de un juicio de valor. Que se trate de un reproche *objetivo* quiere decir dos cosas: en primer lugar, que se trata de un reproche fundado en un estándar general, no en un parecer subjetivo-individual: el emisor del reproche es por tanto un observador objetivo (el propio derecho) y esa emisión se exterioriza a través de la correspondiente reconstrucción judicial. Y, en segundo lugar, quiere decir que el objeto de reproche es una acción y no su autor. El eventual reproche a este último (reproche individual) queda reservado para la culpabilidad»; (PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea del dolo como estado mental,* 2011, pp. 663, 664).

[125] Cfr. PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, p. 664.

[126] Cfr. Cfr. PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, p. 668.

[127] «[D]olo es reproche objetivo a la acción que se aparta de una regla jurídico-penal, mediando ex ante una posibilidad objetivamente privilegiada de que su autor prevea ese apartamiento; imprudencia es reproche objetivo a la acción que se aparta de una regla jurídico-penal, mediando ex ante una posibilidad objetivamente atenuada de que su autor prevea ese apartamiento» (cfr. PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, 2011, p. 648).

Una de las críticas que PAWLIK hace a la separación entre el injusto y la culpabilidad se refiere precisamente a que el juicio de culpabilidad ha sido objetivado, porque lo que se le reprocha al autor es no haber conformado su voluntad y su conducta de acuerdo con la manera en que -según las normas- se esperaba de un hombre (medio) en su lugar[128]. Si el juicio sobre cómo se esperaba que alguien en la posición del autor entendiera la realidad se analiza en la creación del riesgo jurídicamente desaprobado (porque solo a partir de su correcto entendimiento surge el deber de actuación en una situación determinada), y si la interpretación del significado de la conducta a partir de lo que comunicativamente transmite en el ámbito social hace parte del estudio de la realización del riesgo en el resultado, parece claro que ese juicio de reproche al ser social pertenece a la imputación objetiva (al injusto, si se prefiere la expresión) y no a la culpabilidad; de esta manera, la crítica de PAWLIK quedaría sin soporte porque el juicio sobre la manera en que el sujeto conformó su voluntad haría parte del injusto (imputación objetiva) y evitaría la objetivización de la culpabilidad contra la que él se promuncia. Esa ubicación de la configuración de la voluntad en el injusto (la imputación objetiva) no necesariamente hace desaparecer la culpabilidad (imputación personal), que debe servir para verificar si la forma en que el individuo (no ya el ser social) comprendió la realidad y se comportó frente a esa comprensión quebrantando la norma, hace necesario que se le imponga una pena o una medida de seguridad. Por eso considero que, a diferencia de lo que proponen autores como PAWLIK[129], la distinción entre injusto y culpabilidad puede mantenerse, pero con los nuevos contenidos que caracterizan la imputación objetiva y la imputación personal[130].

La trascendencia de esa interpretación objetiva de la conducta del ser social de acuerdo con lo que su conducta comunica en el ámbito social (no en el fuero interno de quien la despliega) es lo que permite que se puede reaccionar válidamente contra quien despliega una conducta que puede ser socialmente interpretada como una agresión injusta, aun cuando luego se demuestre que su intención no era la de agredir (la llamada legítima defensa putativa). Cuando la doctrina mayoritaria avala la exención de responsabilidad en este caso[131], lo hace porque privilegia la interpretación externa de la conducta con base en lo que el lenguaje corporal comunica, sobre lo que en ese momento ocurría en la psique de quien lo desplegó. Esto puede llevar a que alguien que solo desea gastarle una broma a un vecino simulando una agresión en su contra, resulte

---

[128] «Con ello el juicio sobre la culpabilidad ha sido objetivado: es reprochado al autor que su conformación de voluntad y su actuación según esa voluntad no se correspondan con la conformación de voluntad y actuación según dicha voluntad que ha sido prevista en la norma de que se trate para una persona media; "respecto del autor mismo, con ello, nada se dice"»; PAWLIK, *La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía jurídica y Derecho penal*, 2010.

[129] También para LESCH (como para PAWLIK) –siguiendo ambos a su maestro Jakobs– está demostrado que «la distinción convencional entre injusto y culpabilidad resulta insostenible (...) en un sistema penal *funcional*, la culpabilidad penal, el injusto penal y el delito solo pueden ser reformulados adecuadamente como sinónimos»; cfr. LESCH, *RDPC*, (6), 2000, pp. 267, 269.

[130] Es verdad, como señala PAWLIK, que en el esquema de VON LISZT la separación entre injusto y culpabilidad no es tan limpia como él sugería (cfr. PAWLIK, *La libertad institucionalizada,* 2010, pp. 112, 113). Pero curiosamente su propuesta de comenzar el análisis de la capacidad de imputación (como capacidad de culpabilidad) con su valoración promedio, abriría el camino hacia la normativización y objetivación del juicio de culpabilidad. Llama la atención que la tesis de VON LISZT pueda llegar a desarrollarse en esa dirección, pese a que -como con razón anota PAWLIK- uno de los principales problemas de la propuesta de VON LISZT es que la culpabilidad (que él concebía como referida al autor) terminó siendo normativizada, con lo que se desmoronó su principal nota distintiva con la antijuridicidad.

[131] Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal*, 2002, p. 499.

lesionado –o incluso muerto– por la legítima acción defensiva de aquel. Algo similar ocurre respecto de la llamada tentativa irreal, cuya impunidad se explica porque la conducta del autor no es interpretada como una forma indebida de ataque al bien jurídico, aun cuando esa fuera la intención del autor[132]. Quien clava alfileres en un muñeco con el propósito y convencido de que así le puede causar daño al enemigo que la figura representa no es castigado como autor de una tentativa de homicidio, pese a su propósito homicida[133].

En el dolo tampoco importa lo que ocurre en la psique de quien despliega la conducta, sino la forma en que su comportamiento puede ser interpretado desde el punto de vista objetivo[134]. Lo determinante para la existencia del dolo es la valoración objetiva de la conducta, en el sentido de que ella debe ser interpretada como la de cualquier otra persona en el lugar del autor, independientemente de lo que estuviera ocurriendo en la psique del individuo cuyo comportamiento se valora[135]. Como ya se indicó, esa es la forma en que la doctrina mayoritaria aborda el estudio del error, que desde el punto de vista estructural es lo que podría denominarse la cara negativa del dolo[136]; lo que en el error descarga (la comparación de la conducta del autor con la que otro hubiera realizado en su posición), en el dolo carga (la interpretación de la conducta de acuerdo con los parámetros con los que se valoraría respecto de cualquier persona en la posición del autor). Por eso el dolo debe ser analizado en la imputación objetiva, que es el elemento de la teoría del delito en el que se valora la conducta del autor en cuanto ser social[137].

5. Imputación e imputabilidad

De acuerdo con la forma en que se ha descrito aquí, como valoración de la manera en que una persona –en cuanto ser social– debería haberse comportado en una determinada situación, el juicio de imputación objetiva no solo es predicable respecto de los imputables, sino también de los inimputables. Como la inimputabilidad no es ni una condición general del individuo, ni un

[132] Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal,* 1999, pp. 326, 327; REYES, *El delito de tentativa*, 2016, pp. 188 ss.

[133] La referencia a un caso como el mencionado, ocurrido en Alemania, puede encontrarse en ZACHARIA, *Die Lehre vom Versuch der Verbrechen*, 1836, p. 243, nota 1.

[134] RAGUÉS I VALLÈS destaca el contenido comunicativo del derecho penal que sirve de fundamento a la forma de establecer el aspecto cognoscitivo del dolo con base en el sentido social de la conducta del autor; cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal,* 1999, p. 323.

[135] «El recurso al sentido social implica que la consideración de una conducta como dolosa ya no depende de determinados actos psíquicos cuya aprehensión resulta imposible, tanto para el juez como para los ciudadanos, sino de que dicha conducta, de acuerdo con sus características externas y perceptibles, se valore socialmente como negación consciente de una concreta norma penal»; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal,* 1999, p. 324.

[136] «Dolo y error constituyen las dos caras de una misma moneda»; FAKHOURI GÓMEZ, *InDret*, (4), 2009, p. 5.

[137] Para PAWLIK, «[s]i los conciudadanos del autor no pueden confiar en nada más que en la conformidad de su comportamiento con la praxis establecida, no importa entonces si el autor era consciente de dicha praxis o si de manera más o menos casual acertó respecto de aquello que es considerado correcto por dicha praxis. Por lo tanto la lesión de la incumbencia de informarse sobre el ordenamiento jurídico (*Erkundungsobliegenheit*) es irrelevante siempre que el autor, a fin de cuentas, haya cumplido con la misma prestación que un ciudadano debidamente informado hubiera podido llevar a cabo»; PAWLIK, *El injusto del ciudadano*, 2023, p. 374.

rol social[138] que impone el conocimiento y cumplimiento de determinadas normas[139] (lo cual sería un contrasentido), la valoración que de la conducta del autor se hace en el ámbito de la imputación objetiva no está referida a su condición de inimputable, sino al comportamiento que desarrolló como ser social.

El concepto de rol surge en un contexto de relaciones sociales en desarrollo de las cuales se espera de las personas que se comporten de determinada manera (expectativas de comportamiento), esto es, siguiendo las pautas de conducta que existen dentro del grupo para esa persona en un contexto específico[140]. De acuerdo con este entendimiento, la sociedad espera de cada portador de rol que frente a una determinada situación se comporte conforme a los patrones que caracterizan ese rol; si ello ocurre, la persona se habrá mantenido dentro del riesgo permitido y su conducta estará al margen de derecho penal; en caso contrario, su conducta podrá ser considerada como creadora de un riesgo jurídicamente desaprobado y, por consiguiente, será susceptible de atención por parte del derecho penal.

A partir de estas precisiones considero inadecuado calificar la condición de inimputable como un rol social, porque ello supondría que la sociedad tiene expectativas de comportamiento respecto de ellos en el sentido de que se espera que se comporten conforme a unas pautas específicas frente a determinadas situaciones, lo que, de ocurrir, los mantendría dentro del riesgo permitido. Si retomamos el caso del esquizofrénico paranoide que produjo lesiones y muertes al conducir por una autopista en dirección contraria convencido de que eran los demás (a quienes consideraba sus enemigos) quienes circulaban erróneamente[141], ¿cuál sería la conducta que la sociedad esperaría del portador de un supuesto rol de esquizofrénico paranoide cuando se siente atacado por unos adversarios que conducen sus vehículos en sentido contrario con el aparente propósito de agredirlo? Si la respuesta fuera que se espera que en su supuesto rol social de inimputable se defienda de las imaginarias agresiones de sus pretendidos adversarios, entonces el resultado sería que la conducta desplegada por esta persona en el caso analizado se mantuvo dentro del riesgo permitido, con lo cual no solo las lesiones y muertes por él causadas estarían al margen del derecho penal, sino que además desaparecería la primera de las condiciones a partir de las cuales la doctrina suele abordar el análisis de la inimputabilidad: que el sujeto haya desplegado una conducta antijurídica.

Sobre el supuesto de que la inimputabilidad no constituye un rol social, frente al caso del inimputable que atropella con su vehículo a un peatón, la pregunta que se debe resolver desde el punto de vista de la imputación objetiva es si ese comportamiento era el que se esperaba de un

---

[138] Para PUENTE RODRÍGUEZ, la imputabilidad no debe ser entendida «como una suerte de *estatus* que acompaña al sujeto allí donde esté», ni «tampoco sería apropiado caracterizarla como "un modo de ser de la persona" ...»; cfr. PUENTE RODRÍGUEZ, *La peligrosidad del imputable y la imputabilidad del peligroso*, 2021, pp. 280 s..

[139] MOLINA FERNÁNDEZ parece inclinarse por esta tesis al señalar lo siguiente sobre la imputación subjetiva, refiriéndose a un caso hipotético en el que un niño lanza un objeto por la ventana, con el que le causa la muerte a un peatón: «¿Qué queda en el primer caso del principio hoy no discutido de que en la valoración *ex ante* debemos situar los deberes en el circulo al que pertenece el autor?; ¿o es que debe valorarse la antijuridicidad del niño sobre la base de las capacidades del adulto; del loco por las del cuerdo?»; MOLINA FERNÁNDEZ, en SILVA SÁNCHEZ *et al.* (dirs.), *LH Mir Puig,* 2017, p. 744.

[140] Para PARSONS «un rol es un sector del sistema de orientación total de un actor individual que se organiza sobre expectativas en relación con un contexto de interacción particular, el cual está integrado con una serie particular de criterios de valor que dirigen la interacción con un alter o más en los roles complementarios adecuados»; PARSONS, *El sistema social*, 1966, p. 46.

[141] MOLINA FERNÁNDEZ, en SILVA SÁNCHEZ *et al.* (dirs.), *LH Mir Puig,* 2017, p. 749.

conductor de vehículos; o más detalladamente, si esa conducta supuso la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado que se realizó en el resultado muerte de un peatón. En el ejemplo propuesto, el rol social objeto de análisis es el de conductor de vehículo automotor y no el de inimputable que, como se ha indicado, no puede ser tenido como un rol social, ni como una condición general de algunos seres humanos.

Si se procede de esa manera, en el ámbito de la imputación objetiva el inimputable no es considerado como psicológicamente anormal en sentido individual-general, se ratifica que la imputabilidad es un concepto normativo que al estar referido a un comportamiento específico respeta el principio de culpabilidad y, en este plano objetivo, se lo trata de la misma manera que a un imputable, respetándole el derecho a la igualdad. Por consiguiente, si su conducta es atípica, se ajusta a los requisitos de una causa de justificación, o encaja en los presupuestos del error (unificado en la forma como ya se indicó), se lo debe considerar no responsable penalmente, de la misma forma como se haría con un imputable. Su tratamiento diferencial sólo debe hacerse en la imputación subjetiva, cuando se analice la exigibilidad de ajustar su conducta a las normas que la regulan y se decida si le debe ser impuesta una medida de seguridad[142].

Con esta forma de entender la imputación objetiva se resuelven correctamente tanto los casos de errores condicionados por la inimputabilidad, como aquellos en que el error no es consecuencia de la inimputabilidad del autor. En relación con estos últimos, la solución debe ser el reconocimiento del error de tipo en las mismas condiciones en que se haría respecto de un imputable, lo que, en caso de invencibilidad debe conducir a la declaratoria de no responsabilidad y, en las hipótesis de vencibilidad, a la responsabilidad a título de imprudencia, siempre que esa modalidad delictiva esté consagrada en la ley[143]. De acuerdo con el esquema aquí propuesto la existencia de un error invencible elimina la imputación objetiva, lo que impide que a esa persona se le aplique una medida de seguridad; así se ratifica que la inimputabilidad no es una condición general del individuo sino un concepto normativo que se debe predicar de acciones ilícitas concretas, se respeta el principio de culpabilidad y se mantiene el principio de igualdad[144].

En lo atinente a aquellas hipótesis en las que el error del autor está condicionado por su inimputabilidad, como la ya mencionada del sordomudo sin ningún nivel de instrucción, sin habilidades de lecto escritura y sin conocimiento del lenguaje de signos, que realiza una conducta de abuso sexual sobre una persona reconocible como incapaz de resistir, el juicio de imputación objetiva se hace comparando la conducta de esa persona con la que se esperaba de cualquier otra en su lugar, pero sin incluir su calidad de inimputable, dado que esta no es una condición natural general, ni puede ser considerada como un rol social.

---

[142] «El ámbito donde debe tratarse la posible concurrencia de un estado pasional y los efectos que de ella deban derivarse es la culpabilidad, esto es, el elemento del delito en el que se analiza si realmente puede entenderse que en el supuesto de hecho ha concurrido un sujeto "normal"»; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal,* 1999, p. 338.

[143] Esta solución fue planteada por MIR PUIG como un argumento más para mostrar que las normas tienen una cierta capacidad de motivación en los inimputables; cfr. MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, 2ª ed., 1982. p. 97, nota 133.

[144] Sobre el tratamiento de los errores de prohibición invencible de los inimputables en condiciones de igualdad frente a los imputables, cfr. PANTALEÓN PRIETO/PUENTE RODRÍGUEZ en MUNAR BERNAT (dir.), *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad*, p. 126.

Si, como se desprende de la narración de los hechos en el caso comentado, otra persona en el lugar del autor habría reconocido la incapacidad de resistir de la persona sobre la que recaía la conducta, se puede afirmar la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado. Y como las felaciones pueden ser entendidas desde una perspectiva comunicativa como una forma de materializar la influencia que el autor tuvo sobre el incapaz de resistir para que desarrollara esa conducta, se puede afirmar que hubo una realización del riesgo en el resultado, entendido como el quebrantamiento de la norma que prohíbe los abusos sexuales.

Como ya se indicó, una vez establecido que la conducta le es objetivamente imputable porque es contraria a la que se esperaba fuera desplegada por cualquier otra persona en su lugar, corresponde abordar el estudio de la imputación personal en el que se valorará la capacidad que el individuo (no ya el ser social) tenía de acomodar su comportamiento a las normas que lo regulan; como resultado de ese análisis se lo calificará como imputable o inimputable en relación con la conducta que previamente le ha sido objetivamente imputada como su obra, y se evaluará si en su caso es necesaria la imposición de una pena (para los imputables) o de una medida de seguridad (respecto de los inimputables). En el caso comentado, la persona debería haber sido reconocida como inimputable en relación con el hecho que objetivamente le debería haber sido imputado y, por consiguiente, correspondía aplicarle una medida de seguridad.

Esta solución es acorde con el entendimiento de la inimputabilidad como un concepto referido a una conducta objetivamente reprobable, y no a una condición general de algunos seres humanos, y respeta el principio de culpabilidad. Como el juicio de imputación objetiva comprende el dolo, no se presentan los problemas que afronta la doctrina mayoritaria para resolver los casos de los inimputables a quienes la ausencia de dolo impide reprocharles su conducta a título de injusto, planteando el dilema de si se les debe aplicar una medida de seguridad pese a la ausencia de ese reproche, o si se debe prescindir de ella pese a la evidencia de su peligrosidad.

6. Excurso. ¿Los inimputables son destinatarios de las normas penales?

Trasladar el conocimiento de la antijuridicidad a la imputación objetiva para ser evaluado al momento de estudiar la creación de riesgos jurídicamente desaprobados (como aquí se propone), implica un análisis objetivo o, si se prefiere, intersubjetivo[145] de esa consciencia de la prohibición, porque eso es lo objetivo de la imputación objetiva. Por consiguiente, lo que corresponde verificar en este primer estadio (imputación objetiva) es si de alguien en la posición del autor se esperaba el conocimiento de la prohibición o no; ese análisis no se hace respecto de las condiciones psíquicas del individuo, sino en relación con un portador de roles en la misma situación del autor. Posteriormente, dentro del análisis de imputación personal (o de culpabilidad, si se prefiere la expresión), se verificará si, dada la forma en que ese individuo (respecto del cual se emitió ya un juicio de imputación objetiva) comprendió la realidad y se comportó frente a esa comprensión al quebrantar la norma, le debe ser impuesta una pena o una medida de seguridad.

[145] Con esta expresión MIR PUIG representaba gráficamente la objetividad propia del injusto; (cfr. MIR PUIG, «Antijuridicidad, Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho Penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (47), 1994, p. 19).

Desde la postura aquí defendida, los inimputables son destinatarios de la norma penal, siempre que se entienda que el juicio de imputación objetiva abarca el deber de conocimiento de la prohibición por parte de un ser social, mientras el examen particular sobre la forma en que el individuo (no el ser social) entendió la norma y reaccionó frente a ella en un caso concreto (por el que se le hizo un reproche en el plano de la imputación objetiva) corresponde al ámbito de la imputación personal (o culpabilidad). Comparto entonces la opinión de quienes piensan que no puede haber normas sin destinatario[146], en contraposición con quienes en medio del debate sobre el carácter imperativo o valorativo de la norma se ven impelidos a sostener que las normas de valoración carecen de destinatario[147] para poder mantener a los inimputables dentro del derecho penal.

7. Conclusiones

La responsabilidad penal es el resultado de imputarle a alguien la infracción de una norma; esa imputación tiene lugar en dos niveles: en el primero, denominado imputación objetiva, se valora la conducta desde la perspectiva de lo que era esperable de un ser social en determinada situación (cómo debería haberse comportado alguien en el lugar del autor); en el segundo, llamado imputación personal, se evalúa el grado de exigibilidad de la conducta conforme a derecho frente al individuo para, con base en ello, determinar la necesidad de imponerle una pena (a los imputables) o una medida de seguridad (a los inimputables).

Conforme al esquema propuesto, el dolo bueno hace parte del primer elemento de la imputación objetiva (la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado), porque los deberes de conducta solo tienen sentido frente a una determinada realidad; por consiguiente para valorar si a alguien le era exigible una forma de comportamiento, es indispensable determinar cuál era la realidad que esa persona debería haber apreciado como ser social. Lo que importa no es lo que él como individuo haya percibido como realidad, sino lo que cualquier otra persona en su lugar hubiera percibido como realidad, porque es frente a esa percepción objetiva que se valora si a la persona le era exigible el cumplimiento de un deber de conducta. El conocimiento de la prohibición pertenece a la realización del riesgo en el resultado, como parte del juicio objetivo de este primer nivel de imputación. Lo que cierra el análisis del dolo dentro del juicio de imputación objetiva es la interpretación de la conducta del autor a partir de lo que ella comunica con base en los parámetros sociales aplicables a esa situación concreta, con independencia de si desde el punto de vista psíquico esa persona tiene o no la intención de conseguir el resultado.

La propuesta de VON LISZT (como en parte la de MAURACH) apuntaba en la dirección correcta, porque llevaba a realizar un juicio objetivo (en el sentido de referido a un ser social) sobre la capacidad de determinabilidad de la norma, separado de una posterior evaluación sobre la situación del autor en su individualidad. En cuanto esa valoración media de la capacidad de determinabilidad permitía atribuir a los inimputables una conducta antijurídica, evitaba que respecto de ellos la norma se entendiera como una autorización *a priori* para que ellos la desarrollaran, algo que -como con razón advertía MIR PUIG- podía llegar a ser captado por los

[146] Cfr. ROBLES PLANAS, «Normas de conducta», *InDret*, (1), 2019, p. 3.

[147] MEZGER, *Die subjektiven Unreschtselemente*, 1924, p. 242. Aunque luego matizó su postura (cfr. MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, 1955, p. 343).

inimputables[148]. Esa prohibición *ex-ante* de la conducta (en el sentido de previa al análisis de culpabilidad) debe mantenerse y comprenderse como dirigida a todos los integrantes de la sociedad, lo que permite que sus conductas sean objeto de análisis en la imputación objetiva, independientemente de que luego –en la imputación personal– se determine si respecto de cada uno de ellos procede la aplicación de una pena o de una medida de seguridad.

8. Bibliografía

BELING, *Esquema de derecho penal. La doctrina del delito-tipo*, El Foro, Buenos Aires, 2002.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Experiencia, Barcelona, 2010.

BINDING, *La culpabilidad en derecho penal*, B de F, Montevideo, 2009.

CORRECHER MIRA, «La aplicación de la atenuante de análoga significación en supuestos de imputabilidad disminuida: ludopatía, piromanía y cleptomanía», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (22), 2020.

ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1931.

ESER/BURKHARDT, *Derecho Penal. Cuestiones fundamentales de la teoria del delito sobre la base de casos de sentencias*, trad. por Bacigalupo Zapater/Cancio Meliá, Colex, Madrid, 1995.

FAKHOURI GÓMEZ, «Teoria del dolo vs. teoría de la culpabilidad. Un modelo para afrontar la problemática del error en Derecho Penal», *InDret*, (4), 2009.

FERRI, *Principios de Derecho Criminal*, Reus, Madrid, 1933.

FRANK, *Sobre la estructura de la culpabilidad*, B de F, Buenos Aires, 2002.

FRISTER, *Derecho Penal. Parte General*, trad. por Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

GOLDSCHMIDT, *La concepción normativa de la culpabilidad*, 2ª ed., B de F, Montevideo, 2002.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *La imputabilidad en el derecho penal español: Imputabilidad y locura en la España del siglo XIX*, Comares, Granada, 1994.

HEGEL, *Vorlessungen über Rechtsphilosophie 1818-1831*, Stuttgart, 1974.

————, *Grundlinien, der Philosophie des Rechts*, Felix Meiner Verlag, Leipzig, 1930.

HRUSCHKA, *Imputación y derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Aranzadi, 2005.

HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., Idemsa, Lima, 2011.

[148] Cfr. MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, 2ª ed., 1982, p. 98.

JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General*, trad. por Cuello Contreras/Serrano González, Marcial Pons, Madrid, 1997.

JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General,* trad. por Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2002.

JOSHI JUBERT, «Algunas consecuencias que la imputabilidad puede tener para la antijuridicidad», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (42-1), 1989.

KINDHÄUSER, «Imputación objetiva y subjetiva en el delito doloso», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (1), 2006.

KRAUß, «Das Prinzip der materiellen Wahrehit im Strafprozeß», en GRÜNWALD (ed.) *Festschrift für Friedrich Schaffstein*, Otto Schwartz, Göttingen, 1975.

LESCH, «Injusto y culpabilidad en derecho penal», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (6), 2000.

MARTÍNEZ GARAY, *La imputabilidad penal. Concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.

MAURACH, *Derecho penal. Parte General. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*, Astrea, Buenos Aires, 1994.

———, *Tratado de Derecho penal*, trad. por Córdoba Roda, Ariel, Barcelona, 1965.

———, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, C. F. Müller, Karlsruhe, 1962.

MEZGER, *Derecho Penal, libro de estudio. Parte General*, trad. por Nuñez, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958.

———, *Leipziger Kommentar*, Walter de Gruyter, Berlin, 1957.

———, *Tratado de Derecho Penal*, trad. por Rodríguez Muñoz, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

———, *Die subjektiven Unreschtselemente*, Der Gerichtssaal, Stuttgart, 1924.

MILITELLO, «El error del inimputable entre exégesis, dogmática y política criminal», trad. por Faraldo Cabana/Brandariz García, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*, (3), 1999.

MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona, 2016.

———, «Antijuridicidad, Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho Penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (47), Madrid, 1994.

———, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1982.

MOLINA FERNÁNDEZ, «El razonable "regreso" del dolo a la culpabilidad», en SILVA SÁNCHEZ/QUERALT JIMÉNEZ/CORCOY BIDASOLO/CASTIÑEIRA PALOU (eds.), *Estudios de Derecho Penal – Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2017.

———, «Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas: un difícil desafío para la teoría del delito», *Icade. Revista Cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, (74), 2008.

———, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Bosch, Barcelona, 2001.

NAVARRETE URIETA, «El nacimiento de la idea de culpabilidad», *Aldaba. Revista del Centro Asociado de la UNED de Melilla*, (18), 1992.

PANTALEÓN PRIETO/PUENTE RODRÍGUEZ, «Derecho Penal y discapacidad a partir del nuevo paradigma de la convención», en MUNAR (dir.), *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El derecho en el umbral de la política*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2021.

PARSONS, *El sistema social*, trad. por Jiménez Blanco/Carzorla Pérez, Revista de Occidente, Madrid, 1966.

PAWLIK, *El injusto del ciudadano. Fundamentos de la teoría general del delito*, trad. por Coca Vila/Lerman/Darío Orozco, Atelier/Universidad Externado de Colombia, Bogotá-Barcelona, 2023.

———, *La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía jurídica y Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010.

PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea del dolo como estado mental*, Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

PÉREZ MANZANO/CANCIO MELIÁ, «Principios del Derecho Penal (III)», en LASCURAÍN SÁNCHEZ (coord.), *Manual de Introducción del Derecho Penal*, BOE, Madrid, 2019.

PUENTE RODRÍGUEZ, *La peligrosidad del imputable y la imputabilidad del peligroso. Un estudio sobre las posibles repercusiones jurídicas de las relaciones entre imputabilidad penal y la peligrosidad criminal*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2021.

PUPPE, *Strafrecht.Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, 2ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2011.

QUINTERO OLIVARES, *Locos y culpables*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

RADBRUCH/GWINNER, *Historia de la criminalidad*, Bosch, Barcelona, 1955.

RADBRUCH, «Sobre la psicología de las formas de culpabilidad penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (20), 2018.

RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1999.

REYES ALVARADO, «Kommunikative Handlung und Wirklichkeit», en ENGELHART/KUDLICH/VOGEL (eds.), *Digitalisierung, Globalisierung Und Risikopravention: Festschrift Für Ulrich Sieber Zum 70. Geburtstag*, Dunker & Humblot, Berlin, 2021.

———, «¿Sirve de algo el bien jurídico? Una perspectiva social», en DÍEZ Y GARCÍA CONLLEDO/PAREDES CASTAÑÓN *et al.* (dir.)*, Libro homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña*, Reus, Madrid, 2020.

———, «Der Mythos des Erfolges», en HILGENDORF/LERMAN/CÓRDOBA *Brücken bauen. Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 2020.

———, *El delito de tentativa*, BdF, Buenos Aires-Montevideo, 2016.

———, «La ubicación del dolo y la imprudencia en una concepción normativa de la teoría del delito», en BACIGALUPO ZAPATER/BAJO FERNÁNDEZ *et al.* (dir.)*, Dogmática y Criminología – Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo*, Legis, Bogotá, 2005.

———, «Tehoretische Grundlagen der objektiven Zurechnung», *Zeitscrift für die gesamte Strafrechtwissenschaft*, (105), 1993.

———, «Fundamentos teóricos de la imputación objetiva», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (45-3), 1992.

ROBLES PLANAS, «Normas de conducta», *InDret*, (1), 2019.

———, «"Sexual Predators". Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad», *InDret*, (4), 2007.

RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte General*, 17ª ed., Dykinson, Madrid, 1994.

ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, trad. por Cuello Contreras/Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000.

———, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3ª ed., C. H. Beck, München, 1997.

———, *Derecho Penal. Parte General*, trad. por Luzón Peña/Díaz y García Conlledo/de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997.

———, *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, trad. por Muñoz Conde, Reus, Madrid, 1981.

SILVA SÁNCHEZ, «¿Medidas de seguridad sin imputación subjetiva? Consecuencias de la incidencia de anomalías y alteraciones psíquicas en niveles sistemáticos distinto de la imputabilidad», en ZUGALDÍA ESPINAR/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (eds.), *Dogmática y Ley Penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Marcial Pons, Barcelona, 2004.

SILVELA Y DE LA VILLEUZE, *El derecho penal estudiado en principios en la legislación vigente en España*, Fortanet, Madrid, 1874.

STRATENWERTH, *Derecho Penal. Parte General*, t. I, trad. por Cancio Meliá/Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

VON LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, trad. por Jiménez de Asúa, Reus, Madrid, 1914.

———, «Die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit – Eine Replik», *Zeitscrift für die gesamte Strafrechtwissenschaft*, (18), 1898.

———, «Die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit», *Zeitscrift für die gesamte Strafrechtwissenschaft*, (17), 1897.

WELZEL, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1975.

———, *Derecho Penal alemán – Parte General,* trad. por Bustos Ramírez/Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970.

———, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1969.

ZACHARIA, *Die Lehre vom Versuch der Verbrechen*, Dieterichschen Buchhandlung, Göttingen, 1836.

ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Ediar/Temis, Buenos Aires, 2005.

InDret
2.2024

Liberalismo, punibilidad y consentimiento

La filosofía jurídico-penal de Carlos Santiago Nino

Juan Pablo Mañalich R.
Universidad de Chile
-

Sumario
-
El artículo revisa los aspectos centrales del programa de filosofía del derecho penal que es posible extraer de la obra de Carlos Nino. El foco queda puesto en tres problemas fundamentales, a saber: el basamento ético-discursivo de los principios de justificación de la punición; la función de lo que Nino llama el "principio de enantiotelidad" como un criterio de derrotabilidad de las normas cuya aplicación incide en la fundamentación de la punibilidad; y la conexión que cabe identificar entre el marcado antirretribucionismo de Nino y su negación de que el derecho se corresponda con un dominio normativamente autónomo. El análisis de la argumentación de Nino vuelve reconocibles algunas implicaciones sobresalientes de su compromiso con la doctrina política del liberalismo.

Abstract
-
The article reviews the central aspects of the program of a philosophy of criminal law that can be drawn from the work of Carlos Nino. The focus is placed on three fundamental problems, namely: the ethical-discursive basis of the principles for the justificaction of punishment; the function of what Nino calls the "principle of enantiotelity" as a defeasibility criterion of the norms the application of which affects the foundation of criminal liability; and the connection that can be identified between Nino's marked anti-retributivism and his denial that law corresponds to a normatively autonomous domain. The analysis of Nino's argumentation makes recognizable some salient implications of his commitment to the political doctrine of liberalism.

Zusammenfassung
-
Der vorliegende Beitrag stellt einen Überblick über die zentralen Aspekte des strafrechtsphilosophischen Programms dar, das sich aus dem Werk Carlos Ninos ableiten lässt. Drei grundlegende Probleme stehen im Mittelpunkt, nämlich: die diskursetische Fundierung der Prinzipien, welche die Bestrafung rechtfertigen; die Funktion dessen, was Nino „Prinzip der Enantiotelität" nennt, als Kriterium der »defeasibility« derjenigen Normen, deren Anwendung die Begründung der Strafbarkeit betrifft; und der Zusammenhang, der zwischen Ninos ausgeprägtem Anti-Retributionismus und seiner Leugnung, dass das Recht einem normativ autonomen Bereich entspricht, sich identifizieren lässt. Die Analyse der Argumentation Ninos lässt einige hervorstechende Implikationen seines Engagements für die politische Doktrin des Liberalismus erkennen.

Title: *Liberalism, liability to punishment, and consent. Carlos Santiago Nino's philosophy of criminal law*
Titel: *Liberalismus, Strafbarkeit und Einwilligung. Carlos Santiago Ninos Philosophie des Strafrechts*
-

Palabras clave: Carlos Nino, ética del discurso, antiperfeccionismo, enantiotelidad, unidad del razonamiento práctico
***Keywords*:** *Carlos Nino, discourse ethics, anti-perfectionism, enantiotelity, unity of practical reason*
Stichworte*: Carlos Nino, Diskursethik, Antiperfektionismus, Enantiotelität, Einheit der praktischen Rationalität*
-

DOI: 10.31009/InDret.2024.i2.07
-

InDret

2.2024

Recepción
31/08/2023
-
Aceptación
21/12/2023
-

Índice

-

1. ***Nino como filósofo del derecho penal***
2. ***La estrategia de fundamentación «ético-discursiva» de las condiciones de legitimación de la punición estatal***
   - 2.1. La derivación de los principios liberales de autonomía, inviolabilidad y dignidad de la persona
   - 2.2. El principio de protección prudencial de la sociedad y el problema de la causalidad de la omisión
   - 2.3. El principio de intersubjetividad del derecho penal contra el paternalismo y el perfeccionismo *qua* fundamentos de criminalización y punición
   - 2.4. El principio de asunción de la pena como criterio de justificación distributiva de la punición
3. ***¿La antijuridicidad como «enantiotelidad»?***
   - 3.1. El principio de enantiotelidad como premisa general de derrotabilidad
   - 3.2. *¿Normas* de enantiotelidad?
4. ***Antirretribucionismo, autoridad del derecho y democracia***
   - 4.1. La negación de la normatividad jurídica
   - 4.2. La producción democrática del derecho como precondición de la legitimidad de la reafirmación punitiva de su autoridad
   - 4.3. La tensión entre liberalismo y democracia
5. ***Bibliografía***

-

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

1. Nino como filósofo del derecho penal*

El 29 de agosto de 2023 se cumplieron tres décadas desde el fallecimiento de Carlos Santiago Nino. Pocos juristas latinoamericanos pueden resistir airosamente la comparación con él, al menos cuando ponemos el foco en la vastedad de su obra, en la diversidad de sus intereses teóricos e intelectuales, así como en la profundidad y significación de su legado[1]. Pues NINO estuvo lejos de ser, solamente, un teórico del derecho penal. Si tenemos a la vista su producción bibliográfica, nos encontramos con monografías dedicadas a problemas de metaética y de ética normativa[2], a la defensa de una concepción epistémica de la democracia[3], a la fundamentación ético-discursiva de los derechos humanos[4], a la filosofía analítica de la acción[5], así como a la teoría general del derecho, figurando en este último acápite trabajos referidos a la teoría de los sistemas jurídicos[6], al problema de la obligatoriedad del derecho[7], y a la metodología de la ciencia jurídica[8].

Pero que NINO haya sido mucho más que un teórico del derecho penal ciertamente no pone en cuestión que él sí haya hecho de la teorización del derecho penal uno de sus ámbitos más sobresalientes de preocupación filosófica[9]. De ello encontramos una muestra suficientemente elocuente en su fundamental monografía *Los Límites de la Responsabilidad Penal*, de 1980[10], pero también en su temprano libro dedicado a la dogmática de los concursos de delitos[11], en su estudio monográfico del fundamento de la legítima defensa[12], así como en varios artículos y ensayos

---

* Autor de contacto: Juan Pablo Mañalich Raffo (jpmanalich@derecho.uchile.cl). Agradezco a Manuel Martínez Ossa, ayudante *ad honorem* del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, por su colaboración editorial con la preparación del índice bibliográfico.

[1] Ello es acertadamente resaltado por MALEM SEÑA, «In Memoriam: Carlos Santiago Nino. Apuntes bio-bibliográficos», *Derechos y libertades*, (2-3), 1994, pp. 18 ss.

[2] NINO, *Ética y derechos humanos*, 2ª ed., 1989, pp. 49 ss., 92 ss., 199 ss.

[3] NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, 1997, *passim*.

[4] NINO, *Ética y derechos humanos*, 2ª ed., 1989, pp. 11 ss.; véase también NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, Gedisa, 2008, pp. 25 ss.

[5] NINO, *Introducción a la filosofía de la acción humana*, 1987, *passim*.

[6] NINO, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., 2003, *passim*.

[7] NINO, *La validez del derecho*, 2000, *passim*.

[8] NINO, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, 1989, *passim*; también NINO, *Algunos modelos metodológicos de "ciencia" jurídica*, 2ª ed.,1993, *passim*.

[9] Ello, con independencia de que se sostenga o no el (lapidario) juicio de BEADE en cuanto a que «[s]u influencia teórica en el derecho penal argentino es prácticamente nula»; así, BEADE, *Inculpación y castigo: ensayos sobre la filosofía del Derecho Penal*, 2017, p. 69. Para una presentación selectiva, pero informativa, de algunos de los lineamientos principales de la obra jurídico-penal de NINO, en referencia inmediata a su artículo «Subjetivismo y objetivismo en Derecho Penal» —incluido en NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, pp. 65 ss.—, véase TORRES ORTEGA, «Subjetivismo y objetivismo en el derecho penal según Carlos Santiago Nino», *Ciencia Jurídica*, (3-5), 2014, *passim*.

[10] Se trata de la traducción al castellano —producida por Guillermo Rafael Navarro— de la tesis doctoral que NINO defendiera en la Universidad de Oxford con el título «Towards a General Strategy for Criminal Law Adjudication», y que fuera sucesivamente supervisada, según NINO informa en el prólogo, por FINNIS y HONORÉ. Para una contextualización, véase GARGARELLA, *Castigar al prójimo*, 2016, pp. 127 ss., 147 ss.

[11] NINO, *El concurso en el derecho penal*, 1972, *passim*.

[12] NINO, *La legítima defensa. Fundamentación y régimen jurídico*, 2005, *passim*.

dedicados a problemas de la filosofía y la dogmática del derecho penal, buena parte de los cuales se encuentra recogida en el volumen *Fundamentos de Derecho Penal*[13].

Sin embargo, no sólo es sobresaliente que Carlos Nino haya logrado, en una sola vida (abruptamente extinguida), poner su talento al servicio de tan vasta gama de intereses teóricos, sino también que él haya sido, al mismo tiempo, capaz de integrar los niveles de discurso correspondientes a esos diferentes focos de preocupación intelectual. Paradigmático de esa integración resulta ser su libro *Juicio al mal absoluto*, dedicado al difícil problema de la justicia transicional o —en sus palabras— «justicia retroactiva», en referencia inmediata a la experiencia argentina, en la cual a él cupiera un rol protagónico como asesor del presidente Raúl Alfonsín[14].

Pero si en *Juicio al mal absoluto* encontramos una condensación de buena parte de las preocupaciones de teorización del derecho penal que NINO logró vincular con variadas disquisiciones iusfilosóficas, es en *Los límites de la responsabilidad penal* donde su particular aproximación a la elucidación filosófica de los presupuestos de la responsabilidad jurídico-penal recibe su presentación más exhaustiva, cuyos lineamientos centrales aparecen ulteriormente desarrollados tanto en su monografía dedicada a la filosofía y la dogmática de la legítima defensa como en algunas de las contribuciones póstumamente compiladas en su *Fundamentos de derecho penal*[15]. En lo que sigue se ofrecerá una reconstrucción crítica de los aspectos más sobresalientes de esa aproximación, a través de lo cual se buscará destacar un rasgo de su obra que convierte a NINO en un pensador del todo singular en el concierto hispanoamericano, y que consiste en la contundencia con la que él demostró ser capaz de diferenciar el plano metodológico del plano propiamente teórico en su análisis de los problemas de los que llegó a ocuparse.

2. La estrategia de fundamentación «ético-discursiva» de las condiciones de legitimación de la punición estatal

2.1. La derivación de los principios liberales de autonomía, inviolabilidad y dignidad de la persona

En su trabajo «La derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de los derechos humanos», NINO acomete la tarea de

> «mostrar cómo los principios básicos para asignar responsabilidad penal que defendí en *Los límites de la responsabilidad penal* derivan de los principios que, sugerí en *Ética y derechos humanos*, generan derechos humanos fundamentales»[16].

---

[13] NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, *passim*.

[14] Véase NINO, *Juicio al mal absoluto*, 2ª ed., 2015, pp. 13 ss. (donde figura un prólogo escrito por el ex presidente ALFONSÍN). Sobre el papel jugado por NINO a este respecto, véase MALEM SEÑA, *Derechos y libertades*(2-3), 1994, pp. 36 ss.

[15] Uno de los ámbitos de elaboración teórica tratados en esas dos monografías, y al cual NINO dedicara el primero de sus libros, es el de la dogmática de los concursos de hechos punibles. Véase NINO, *El concurso en el derecho penal*, 1972, *passim*; NINO, *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, 1980, pp. 440 ss.; y NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, pp. 231 ss. Un aspecto sobresaliente de su atención por este problema consiste en su aprovechamiento del instrumental provisto por la filosofía analítica de la acción, lo cual queda documentado en su propia reseña de la discusión filosófica relativa a la pregunta por «la individualización de las acciones»; véase NINO, *Introducción a la filosofía de la acción humana*, 1987, pp. 45 ss.

[16] NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 25.

La estrategia a través de la cual NINO pretende sustentar esa derivación admite ser caracterizada como de índole *ético-discursiva*. Pues, como él mismo lo hace explícito, «los principios que definen una concepción liberal de la sociedad, cuyo centro es el reconocimiento de derechos individuales básicos», a partir de los cuales sería posible derivar los «principios básicos para asignar responsabilidad penal», se distinguirían por poder «ser defendidos sobre la base de su conexión con rasgos estructurales y presupuestos de la discusión moral»[17]. Y esta última, a su vez, tendría que ser entendida «como una práctica social destinada a obtener convergencia en acciones y actitudes en virtud de un consenso reflexivo sobre la validez de ciertos juicios normativos»[18]. En tal medida, se trata de una estrategia que se descompone en dos pasos sucesivos, a saber: el consistente en identificar los principios que definen una concepción liberal de la sociedad; y el consistente en extraer de estos algún conjunto de principios para la fundamentación de la responsabilidad jurídico-penal.

Pero en contraste con la variante más conocida de una estrategia ético-discursiva para la obtención de principios capaces de servir como premisas de legitimación de reglas e instituciones jurídicas, que es la de HABERMAS[19], la variante presentada por NINO se distingue por el hecho de que los principios de legitimación así obtenidos no tendrían carácter procedimental, sino sustantivo. En otras palabras: a diferencia de HABERMAS, NINO piensa que, a través de la identificación de los presupuestos normativos de racionalidad que serían inmanentes a la discusión moral como tal, sería posible identificar algunos principios directamente concernientes a cómo debería quedar regulada la interacción entre personas que comparten la forma de vida especificada a través de una «concepción liberal de la sociedad», y no meramente un arreglo procedimental para la generación institucional de normas que puedan regular esa interacción. En tal medida, se trata de una estrategia que se vale, *directamente*, de una argumentación «pragmático-trascendental».

Lo anterior queda de manifiesto en el catálogo de principios que definen semejante concepción liberal de la sociedad, que NINO enuncia en ese mismo contexto, a saber: (1) el principio de la autonomía de la persona, (2) el principio de la inviolabilidad de la persona, y (3) el principio de la dignidad de la persona[20]. Para comprender la muy original estrategia de fundamentación filosófica de un modelo de derecho penal liberal delineada por NINO, es importante reconstruir, siquiera sumariamente, la argumentación a través de la cual él persigue sustentar cada uno de esos tres principios[21]. Según el principio de la *autonomía de la persona*,

> «la libre elección y materialización de ideales de excelencia personal o de concepciones de lo bueno es intrínsecamente valiosa y, por lo tanto, debe ser promovida y no interferida por otros individuos»[22].

---

[17] NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 25.

[18] NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 25.

[19] Véase HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, 1994, pp. 109 ss., 166 ss.; al respecto, y pormenorizadamente, DE LA VEGA MARTINIS, *Transparenz und Undurchsichtigkeit*, 2016, pp. 47 ss., 65 ss. NINO se ocupa, incidentalmente, de la estrategia habermasiana a propósito del análisis de su particular concepción discursiva de la democracia; véase NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, 1997, pp. 157 ss. Para un contraste de las formas de «constructivismo ético» sustentadas por HABERMAS y por NINO, desde el punto de vista adoptado por este último, véase MALEM SEÑA, *Derechos y libertades*, (2-3), 1994, pp. 25 ss.

[20] NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, pp. 25 ss., 28 ss., 31 ss.

[21] Al respecto, véase la síntesis ofrecida en MALEM SEÑA, *Derechos y libertades*, (2-3), 1994, pp. 28 ss.

[22] NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, pp. 25 ss.

NINO piensa que este principio se obtendría de la «norma básica del discurso moral», que él reconduce a la filosofía moral kantiana y con arreglo a la cual «la aceptación genuina de un principio moral debe estar libre de toda presión originada en la coerción, la autoridad o aun en los propios deseos»[23]. Que la postulación del principio de la autonomía personal a partir de esta invocación de una pretendida norma básica del discurso moral satisfaga la noción de una *derivación*, no es algo que pueda ser analizado pormenorizadamente aquí. Más importante es advertir qué consecuencias cabría extraer, preliminarmente, de la obtención —por más oscuro que sea el proceder desplegado para ello— de ese principio. De acuerdo con NINO, sería imprescindible diferenciar la manera en que ese principio opera en relación con cada una de las dos dimensiones de la moral, a saber: «la moral pública, intersubjetiva o social, que valora las acciones por sus efectos en otra gente», por un lado, y la moral personal o privada, «que valora las acciones por sus efectos en el propio agente» y que como tal concerniría a «los ideales de excelencia humana o [a] las concepciones de una buena vida», por otro[24].

La diferente operatividad del principio de autonomía personal en una y otra dimensión moral tendría la consecuencia siguiente: mientras que en el plano de la moral pública —esto es: *inter*personal— cabría tratar la autonomía como un «valor agregativo», de manera tal que «el balance entre la autonomía que se pierde y la que se gana imponiendo ciertas pautas intersubjetivas de conducta, deberá hacerse en forma cuantitativa»[25], en el plano de la moral individual —esto es: «*intra*personal»—, por el contrario, «la elección y materialización por parte de un individuo de un plan de vida [...] no puede objetarse bajo el pretexto de que afecta su propia autonomía», de lo cual resultaría que «imponer coactivamente o por algún otro medio de presión un ideal de vida o de excelencia personal implica una pérdida neta de autonomía»[26].

Esto último se traduciría en un rechazo, por principio, de toda forma de *perfeccionismo*, entendido como un postulado que formaría parte de «una concepción totalitaria de la sociedad» —que para NINO sería equivalente a una concepción antiliberal de la sociedad—, según el cual sería «misión del Estado, de la sociedad en su conjunto o de los individuos que conocen los verdaderos ideales de vida, imponerlos a los demás, aunque ello involucre un desmedro neto de su autonomía»[27]. Pero sería ciertamente un error concluir sin más que, con base en lo anterior, para NINO sería aceptable la compensación de magnitudes de autonomía personal en situaciones de conflicto interpersonal. Ello desconocería que, junto con el ya referido principio de la autonomía de la persona, de los presupuestos normativos de la discusión moral también cabría «derivar» un principio de la *inviolabilidad de la persona*, bajo el cual, según la primera formulación ofrecida por NINO, «la autonomía de ningún individuo puede ser disminuida [...] por la sola razón de que ello redund[e] en algún beneficio para otros individuos o para alguna entidad supraindividual»[28].

---

[23] NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 26.

[24] NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 26.

[25] NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, pp. 26 ss.

[26] NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 27.

[27] NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, pp. 27 ss., observando que el perfeccionismo tendría que ser distinguido del paternalismo, el cual sí resultaría compatible con el principio de la autonomía personal, en cuanto favorecería el impedimento, aun coercitivo, de «que los individuos (por error, compulsión, debilidad de la voluntad o deficiente coordinación con otros) perjudiquen su propia autonomía». Críticamente al respecto, *infra*, 2.3.

[28] NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 28.

Lo anterior fundamenta una restricción de la admisibilidad de que un menoscabo de la autonomía de alguna persona resulte compensado por el incremento de la autonomía de una o más personas diferentes. Esto explica el rechazo que NINO tempranamente manifestara hacia los esquemas de distribución de la imposición de medidas coactivas que se seguirían de la adopción irrestricta del principio de utilidad. Pues, como él observara citando a RAWLS, «[e]l utilitarismo no toma en serio la distinción entre personas»[29]. Y también aquí pretende NINO identificar un presupuesto del discurso moral como basamento para el principio en cuestión, que consistiría en que, «si las decisiones de los individuos son […] una materia prima básica del discurso moral, [entonces] ello parece implicar una cierta idea de separabilidad», dado que sólo fijando la identidad de quien toma una decisión cabría determinar el alcance de esta[30]. El rechazo del principio de inviolabilidad de la persona sería definitorio del «holismo» propio de una concepción totalitaria de la sociedad, del cual el «colectivismo» sería una especie[31].

Pero NINO no deja de advertir que, así entendido, el principio de inviolabilidad de la persona resulta compatible tanto con lo que él denomina un «liberalismo clásico o conservador», por un lado, como con la forma de «liberalismo igualitario» por él favorecida, por otro[32]. El liberalismo clásico no tendría mayor dificultad para dar cabida al principio de inviolabilidad según la formulación ya ofrecida de este, en virtud de su compromiso con el postulado de una valoración asimétrica de la omisión frente a la acción, que arrojaría que «sólo el comportamiento activo es fuente de violaciones de derechos»[33]. En contraste con ello, el liberalismo igualitario, en cuanto rechazaría «la existencia de una distinción esencial entre acción y omisión», exigiría someter el principio de inviolabilidad a la siguiente reformulación: «no es permisible menoscabar la autonomía de una persona si ello la coloca en una situación de menor autonomía relativa que la de otra»[34]. Así reformulado el principio, su combinación con el principio de autonomía resultaría en una exigencia «de incrementar la autonomía de los individuos en todos los casos en que esto no implique colocar a otros individuos en una situación de menor autonomía relativa»[35].

Con todo, todavía sería necesario complementar los dos principios así obtenidos con uno ulterior, que NINO tematiza como el principio de la *dignidad de la persona* y cuya función sería hacer «permisibles las limitaciones a la autonomía cuando son voluntarias o consentidas por el afectado»[36]. Esto equivaldría a posibilitar un «manejo dinámico» de las posiciones jurídicas que ocupan los individuos, en el sentido de que el despliegue de la agencia de estos sea reconocida como criterio para la generación y la transformación de sus «deberes y responsabilidades», y cuya antítesis estaría constituida por lo que NINO denomina un «determinismo normativo». Este último postulado también sería ínsito a una concepción totalitaria de la sociedad, y consistiría en el desconocimiento de la incidencia normativamente transformadora que pueden tener «las decisiones y las acciones voluntarias», en virtud de su determinación causal[37].

---

[29] NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, p. 221.

[30] NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 29.

[31] NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 29.

[32] NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, pp. 29 ss. Sobre esto, véase BEADE, *Inculpación y castigo*, 2017, pp. 75 ss.

[33] NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 30.

[34] NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 30.

[35] NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 30.

[36] NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 31.

[37] NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 31.

No estaría de más observar que, en la detección de la falacia naturalista en la que incurrirían los defensores de semejante «determinismo normativista», emerge un aspecto central de la forma de compatibilismo que NINO articula para enfrentar el «problema del libre albedrío»[38]. Aquí interesa, empero, considerar la base que NINO aduce para «derivar» el principio de dignidad de la persona de los presupuestos de racionalidad de la discusión moral, a saber: que «la participación genuina en esa práctica implica tomar seriamente la decisión de la gente de adoptar ciertos principios morales para guiar su conducta y de comprometerse a actuar sobre la base de esos principios»[39]. Ello sería inconsistente con desconocer la significación las decisiones que las personas adoptan desde el punto de vista de las consecuencias normativas que a ellas pueda atribuirse.

La identificación de estos tres principios estructurantes de una moralidad liberal, que NINO pretende haber obtenido a través de la estrategia de fundamentación ético-discursiva precedentemente analizada, tendría que sustentar la enunciación de sendos principios de legitimación de la intervención penal del Estado, o más precisamente: de tres «principios generales que deberían integrar la base normativa de una teoría para la adjudicación de responsabilidad penal»[40]. Estos principios serían: (1) el principio de protección prudencial de la sociedad; (2) el principio de intersubjetividad del derecho penal; y (3) el principio de asunción de la pena[41]. A la fundamentación de estos tres principios, así como a la explicitación de sus implicaciones más significativas, NINO dedica los capítulos III y IV de *Los límites de la responsabilidad penal*[42].

2.2. El principio de protección prudencial de la sociedad y el problema de la causalidad de la omisión

NINO introduce el principio de *protección prudencial de la sociedad* como uno que se apoyaría inmediatamente en el principio de autonomía de la persona. A pesar de que, *ex definitione*, «la pena coarta la autonomía», el valor de esta podría proveer una razón para la conminación, la imposición y la ejecución de penas, en la medida en que estas acciones estatales «redund[e]n en la preservación de una mayor autonomía»[43]. Que, según ya se observara, NINO asuma que la implementación del principio de autonomía personal sería compatible con una forma de racionalidad agregativa —en sus palabras: «cuantitativa»—, explica que él haga depender la justificación de la intervención penal del Estado de que ello resulte en la evitación de «una disminución neta de la autonomía disponible en el conjunto social»[44].

Según NINO, los criterios de cuya satisfacción dependería que la intervención penal se adecue al principio de protección prudencial de la sociedad admitirían ser identificados con «los tres clásicos requisitos del estado de necesidad justificante» (en el sentido del estado de necesidad *agresivo*), lo cual daría lugar a las exigencias siguientes:

---

[38] Véase NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, pp. 351 ss.; más sucintamente, NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, pp. 103 ss.

[39] NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 31.

[40] Esta última es la formulación favorecida en NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, p. 197.

[41] NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, pp. 31 ss.

[42] Véase NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, pp. 197 ss., 269 ss.

[43] NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 32.

[44] NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 32.

> «1) que el perjuicio que se procura evitar sea mayor que el que se causa; 2) que la pena sea efectiva para evitar esos perjuicios; y 3) que sea necesaria en el sentido de que no haya una medida más económica en términos de daño social que sea igualmente efectiva»[45].

Lo anterior quiere decir que, para NINO, la legitimidad de la intervención penal bajo el principio de protección prudencial de la sociedad dependería de que aquella satisfaga una exigencia de proporcionalidad en sentido estricto —esto es, de «economía»[46]—, consistente en un requisito de evitación «del mal mayor»; una exigencia de aptitud, entendida como un requisito de adecuación instrumental; y una exigencia de necesidad (o «subsidiariedad»). El resultado así alcanzado es enteramente equivalente al «triple test» en el que se desglosaría la aplicación del principio general de proporcionalidad en la evaluación de la justificación constitucional de una determinada regulación penal[47]. Esto sugiere que la falta de carácter concluyente que distingue a la aplicación de este último parámetro tendría que afectar, por igual, al principio postulado por NINO[48].

Aunque este no lo hace enteramente explícito, la sugerencia de que la operatividad del principio de protección prudencial de la sociedad descansaría en una forma de «aritmética moral» usualmente asociada al utilitarismo contribuye a explicar la convincente problematización a la que NINO somete la tradicional valoración asimétrica del condicionamiento de un menoscabo de la autonomía de otro, según si ese condicionamiento asume la forma de un comportamiento *activo* o de un comportamiento *pasivo*[49]. En un trabajo que justamente lleva por título «¿Da lo mismo omitir que actuar?», NINO responde esta pregunta en dos pasos, el primero de los cuales consiste en la impugnación de la tesis de la valoración asimétrica, que NINO identifica con una «distinción de sentido común»[50]. Su cuestionamiento de esta asume la forma de un exhaustivo ejercicio destructivo, orientado al desmantelamiento de las muy disímiles consideraciones en las que semejante valoración asimétrica tendería a quedar apoyada[51]. Ello lo lleva a formular la pregunta siguiente:

> «¿Qué significación puede tener el que un cierto daño tenga como origen causal, en un caso, determinados movimientos corporales del agente y, en el otro, la falta de aquellos movimientos corporales que hubieran precluido tal resultado?»[52]

El segundo paso de la respuesta consiste en una reconstrucción de la tesis de la valoración asimétrica, que arranca de la hipótesis de que «la clave para reivindicar nuestro sentido común

---

[45] NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 32. Al respecto, véase también NINO, *La legítima defensa,* 2005, pp. 46 ss.

[46] Véase NINO, *La legítima defensa*, 2005, pp. 48 ss.

[47] Véase, por ejemplo, NEUMANN, «El principio de proporcionalidad como principio limitador de la pena», en ROBLES PLANAS (ed.), *Límites al Derecho penal*, 2012, pp. 204 ss., 210 ss.

[48] En referencia al principio de proporcionalidad, NEUMANN, en ROBLES PLANAS (ed.), *Límites al Derecho penal*, 2012, pp. 205 ss., 208 ss., 210 ss.

[49] Acerca de la imbricación del principio de protección prudencial de la sociedad y una métrica agregativa como la que asume el utilitarismo, véase NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, pp. 200 ss.; también NINO, *La legítima defensa,* 2005, pp. 12 ss., en referencia inmediata a la pregunta por la justificación de la pena.

[50] NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, pp. 205 ss., 208 ss. Al respecto, también NINO, *Ética y derechos humanos*, 2ª ed., 1989, pp. 317 ss.

[51] NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, pp. 213 ss.; asimismo, NINO, *Ética y derechos humanos*, 2ª ed., 1989, pp. 320 ss.

[52] NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 219.

se encuentra en el examen del estatus causal de las omisiones»[53]. Acertadamente, NINO desecha de inmediato la frecuente negación doctrinal de la «causalidad de la omisión», denunciando el error categorial en el que incurren quienes aducen para ello la máxima *ex nihilo nihil fit*[54]. La invocación de este adagio desconoce la plena inteligibilidad de una explicación causal del acaecimiento de algún evento que invoque uno o más *hechos negativos* como componentes del respectivo *explanans*[55]. Con ello, NINO nos propone poner nuestra atención, más bien, en la «noción ordinaria de causa» para encontrar una base que vuelva comprensible la ya referida distinción de sentido común:

> «Calificamos, en general, como causa de un evento al fenómeno que es condición suficiente para que éste ocurra cuando se da en conjunción con condiciones que se dan normalmente tanto cuando el evento se produce como cuando no se produce»[56].

La definición de «causa» así ofrecida tiene una similitud obvia con la fórmula de la condición mínimamente suficiente, introducida por PUPPE, que a su vez resulta equivalente al llamado «test NESS», defendido por WRIGHT[57], aun cuando NINO prescinde de cualificar la suficiencia que tendría que exhibir el respectivo complejo de circunstancias (positiva o negativamente especificadas) en el sentido de una suficiencia *mínima*[58]. Más allá de esto, la similitud se ve drásticamente limitada por la manera en que NINO introduce un componente explícitamente normativo en su definición, que surge de su reformulación —parcialmente crítica— del uso que, en su monumental *Causation in the Law*, HART y HONORÉ hicieran de la noción de (a)normalidad como criterio del análisis causal[59], y cuyas implicaciones quedan de manifiesto en el análisis que NINO nos brinda del ejemplo siguiente:

> «El hecho de que identifiquemos la causa de un evento con la condición que es suficiente para que éste ocurra en circunstancias normales del contexto, explica por qué consideramos que la omisión de la madre de alimentar al hijo, y no la omisión de un vecino de hacer lo propio, fue la causa de la muerte del niño; a pesar de que ambas omisiones fueron condición necesaria de la muerte del niño, sólo la omisión de la madre fue también condición suficiente de esa muerte en conjunción con circunstancias normales del contexto (entre las que se incluye el hecho de que el niño no sea alimentado por extraños); en cambio, la "omisión" del vecino no es un hecho que, en conjunción con circunstancias normales (entre las que se encuentra la alimentación del niño por parte de sus padres), sea condición suficiente de su muerte»[60].

A primera vista, aquello que NINO identifica con el complejo de «circunstancias normales», en conjunción con las cuales el comportamiento (activo u omisivo) de una persona pudiera presentarse como una condición suficiente para el acaecimiento de un resultado, parecería

---

[53] NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 220. Véase también NINO, *Ética y derechos humanos*, 2ª ed., 1989, pp. 325 ss.

[54] Sobre esto, véase MAÑALICH RAFFO, *Norma, causalidad y acción*, 2014, pp. 56 ss.

[55] Véase NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, pp. 220 ss.

[56] NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 224.

[57] Al respecto, MAÑALICH RAFFO, *Norma, causalidad y acción*, 2014, pp. 39 ss., con múltiples referencias ulteriores.

[58] Esa cualificación es indispensable para negar relevancia causal a circunstancias que resultan explicativamente superfluas, así como para alcanzar una solución plausible en los casos de «causalidad alternativa»; sobre esto último, MAÑALICH RAFFO, *Norma, causalidad y acción*, 2014, pp. 43 ss.

[59] HART/HONORÉ, *Causation in the Law*, 2ª ed., 1985, pp. 26 ss., 33 ss. Véase NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, pp. 221 ss.

[60] NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 225.

corresponderse con lo que MACKIE denominara «campo causal». Por tal cabe entender el conjunto de circunstancias antecedentes sobre el trasfondo del cual tiene lugar la explicación causal del acaecimiento del evento correspondiente, que como tales son tenidas por no necesitadas de explicación[61]. Pero las apariencias engañan. Pues, que una determinada circunstancia quede o no «relegada» al respectivo campo causal, depende del interés cognitivo que anime la explicación causal en cuestión. Y el hecho de que una circunstancia de cierta índole, que verbigracia pudiera consistir en la ejecución o la omisión de una acción de cierta clase, sea más o menos «normal» no puede ser esgrimido como razón para no tratar esa circunstancia como una de aquellas que hubieran de ser invocadas como componente de la condición de cuya eventual suficiencia causal se trate.

Esto último vuelve inadmisible la maniobra propugnada por NINO, resultante en la negación de relevancia causal a la omisión de una acción alimentadora del niño para con el acaecimiento de la muerte de este (por inanición). Y esto se ve agravado por el hecho de que, de manera aparentemente inadvertida, el argumento mediante el cual NINO pretende arribar a esa conclusión descanse en la consideración de un «curso causal hipotético», a saber: el curso de un mundo, alternativo al mundo actual, que habría quedado codeterminado por la alimentación relativamente ininterrumpida que el padre o la madre habrían provisto al niño, circunstancia que según NINO pertenecería al conjunto de «circunstancias normales». Esto contraviene la máxima metodológica que proscribe tomar en consideración circunstancias no efectivamente actualizadas, que es el reflejo de la exigencia de que las premisas del argumento en que consiste la correspondiente explicación causal estén constituidas por proposiciones verdaderas[62].

A través de esta (radical) normativización del concepto de causa, NINO pretende proveer de apoyo a la intuición de sentido común favorable a la valoración asimétrica del hacer frente al no-hacer[63]. En sus palabras:

> «Cuanto más fuerte es la expectativa de una conducta positiva tanto más estamos inclinados a ver su omisión como anormal en contraste con las demás condiciones del contexto en que el resultado se produce. [...] La expectativa que convierte un acto negativo en algo anómalo puede ser más o menos fuerte, lo que hace que la adscripción de efectos causales a una omisión no sea una cuestión de "todo o nada", sino una cuestión de grado»[64].

Por esta vía, los resultados que tendría que arrojar el análisis causal se vuelven enteramente manipulables. Desde un punto de vista jurídico-penal, que la ejecución de una cierta acción sea esperable no es más que una implicación de que esa acción se encuentre jurídicamente requerida por una norma punitivamente reforzada. Y el estatus deóntico de una acción como jurídicamente requerida no admite ser identificado con una propiedad graduable. Esto, por cuanto respecto de una acción de cierta clase vale que o bien ella está jurídicamente requerida o bien no lo está: *tertium non datur*. Y si una acción no resulta jurídicamente requerida bajo su descripción como impeditiva de un resultado, entonces su relevancia causal para el acaecimiento de este es

---

[61] MACKIE, *The Cement of the Universe*, 1980, pp. 34 ss., 63 ss.

[62] Véase MAÑALICH RAFFO, *Norma, causalidad y acción*, 2014, pp. 48 ss. (con nota 120), 61 ss., con referencias ulteriores.

[63] Acerca del pretendido «carácter normativo de la causación por omisión», desde una perspectiva filosófica, véase NINO, *Introducción a la filosofía de la acción humana*, 1987, pp. 98 ss.

[64] NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 226. Véase también NINO, *La legítima defensa*, 2005, p. 13.

irrelevante bajo la axiología del respectivo sistema de derecho penal. Pero esto ciertamente no equivale a negar su posible relevancia causal[65].

Lo anterior deja en pie la necesidad de reconciliar la considerable restricción a la que —*de lege lata*— suele quedar sometida la fundamentación de deberes de acción cuya infracción admita ser valorativamente equiparada a la infracción de deberes de abstención, por un lado, con la preocupación por la maximización de la autonomía susceptible de ser igualitariamente disfrutada por los beneficiarios de la protección dispensada por las normas que imponen los deberes en cuestión, por otro. Pero para ello parece mejor aspectado el argumento que se centra en una divergencia estructural que muestran las normas que fundamentan los deberes de una y otra clase[66]. En efecto, mientras que la prohibición de la producción de resultados lesivos de cierta índole solo contribuye al aseguramiento de la libertad de cada uno de sus beneficiarios en la medida en que se encuentre dirigida a *toda* persona, para que el requerimiento (o «mandato») del impedimento de resultados lesivos de esa misma índole contribuya a ese aseguramiento es suficiente que a lo menos *una* persona quede (efectivamente) obligada por ella frente al respectivo beneficiario[67]. Esto vuelve comprensible que las normas de requerimiento cuya contravención tradicionalmente caracterizamos como constitutiva de un delito de omisión impropia sean normas «dirigidas» a quienes cuentan, situacionalmente, como *garantes*.

2.3. El principio de intersubjetividad del derecho penal contra el paternalismo y el perfeccionismo *qua* fundamentos de criminalización y punición

Pero la eficacia del principio de la autonomía de la persona no se circunscribiría a servir de base para la obtención del principio de protección prudencial de la sociedad. Pues de aquel principio moral también se seguiría, según NINO, el ya mencionado *principio de intersubjetividad del derecho penal*, según el cual las leyes penales «sólo deben estar dirigidas a prevenir daños a individuos diferentes del que realiza la acción sometida a pena»[68]. Sin embargo, NINO cualifica considerablemente el sentido en el cual este último principio se sustentaría en el principio de autonomía, al observar que entre este y aquel habría «un salto», representado por «el caso de

---

[65] En detalle al respecto, MAÑALICH RAFFO, «Omisión del garante e intervención delictiva. Una reconstrucción desde la teoría de las normas», *Revista de Derecho (Coquimbo)*, (21-2), 2014, pp. 234 ss. (con nota 38).

[66] De ahí que sea especialmente desafortunado que NINO sugiera que entre los deberes de una y otra clase podría darse una relación tal que la infracción de un deber de acción pudiera tener «relevancia para determinar la violación del deber de no matar», dado que «su reconocimiento efectivo puede dar lugar a una expectativa social de comportamiento activo lo suficientemente fuerte como para convertir la omisión en el factor anómalo entre los antecedentes de la muerte y, por ende, en la causa de esa muerte»; así, NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 227. Más allá de cuán manipulable resultaría ser un análisis causal así orientado, la observación de NINO descansa en la hipótesis de que «la prohibición de matar no se dirige sólo a actos positivos, sino a cualquier conducta, activa o pasiva, que cause la muerte de alguien» *(ibid.*, pp. 226 ss.). Esto es incompatible con un modelo de teoría de la acción que se tome en serio el hallazgo de la relatividad de la distinción entre la ejecución y la omisión de acciones de índole productiva o impeditiva a la correspondiente «oportunidad para la acción»; sobre esto, MAÑALICH RAFFO, *Revista de Derecho (Coquimbo)*, (21-2), 2014, pp. 229 ss.

[67] Fundamental al respecto, VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, pp. 309 ss. El argumento se encuentra internamente conectado con una asimetría estructural que exhiben los deberes fundamentados por normas de una y otra clase: el deber de abstención impuesto por una norma prohibitiva de la producción de cierto resultado es (potencialmente) *conjuntivo*, en tanto que el deber de acción impuesto por una norma requeridora del impedimento de cierto resultado es (potencialmente) *disyuntivo*; véase MAÑALICH RAFFO, *Norma, causalidad y acción*, 2014, pp. 22 ss.

[68] NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 34. Véase también NINO, *La legítima defensa*, 2005, pp. 16 ss.

acciones que afectan al propio agente [...] por lesionar su propia autonomía»[69]. De ahí que, si el principio de intersubjetividad ha de volver ilegítima la criminalización *paternalista* de semejantes formas de comportamiento «autorreferidas», entonces sea necesario introducir alguna premisa adicional, extrínseca al principio de autonomía.

A primera vista, la forma de paternalismo que NINO tiene por compatible con el principio de autonomía de la persona podría corresponderse con lo que FEINBERG denominaba un «paternalismo débil», a saber: el postulado según el cual sería legítimo impedir que las personas se irroguen daño a sí mismas, o bien consientan en que otro les irrogue daño, cuando la autolesión (*lato sensu*) o el consentimiento se presentan como «no-voluntarios»[70]. Precisamente la circunstancia de que, en estas constelaciones, sea la falta de (plena) voluntariedad de la autolesión o el consentimiento lo que pudiera justificar la correspondiente intervención regulativa estatal llevaba a FEINBERG a observar que no sería claro que aquí se trate de un paternalismo «en lo absoluto, en sentido alguno»[71]. Pero es claro que el planteamiento de FEINBERG se aleja sensiblemente, a este respecto, de lo sostenido por NINO. Pues este último asume que el paternalismo, en cuanto diferenciable del perfeccionismo, podría ser esgrimido como premisa para criminalizar, de una manera deferente para con el principio de autonomía de la persona, «acciones como la autolesión en general, la tentativa de suicidio, la omisión de medidas protectivas como el uso de cinturones de seguridad en los automóviles, etc.»[72].

Aquello que NINO declara compatible sin más con el principio de autonomía de la persona consiste, más bien, en la conjunción —o más precisamente: la confusión— de una forma de paternalismo débil con una forma de «paternalismo fuerte». Que NINO no logra diferenciar suficientemente ambas nociones, queda de manifiesto en los ejemplos que él ofrece de situaciones en las que sería «posible que un individuo atente contra sus propios intereses subjetivamente percibidos»[73].

Un primer grupo de casos involucraría especies más o menos paradigmáticas de defectos de voluntariedad, a saber: situaciones de «compulsión o perturbación interna» que afecten al agente, de «error acerca de la relación entre su acto y la lesión de sus intereses», y de acrasia (o «debilidad de la voluntad»)[74]. Para sostener que, «aun cuando se admita la posibilidad de estos casos», la justificación de una criminalización de acciones que puedan ser ejecutadas en alguna de esas situaciones sería «muy excepcional [...]», NINO esgrime un argumento que apunta a la ínfima incidencia motivacional que podría desplegar la conminación penal sobre el agente. Esto, porque sería «poco probable que si el individuo no se motiva por un daño superior al de la pena, se vea impulsado a actuar por la perspectiva de que esta le sea impuesta»[75].

---

[69] NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 34.

[70] Al respecto, FEINBERG, *Harm to Self*, 1986, pp. 12 ss., 143 ss., 172 ss., distinguiendo, respectivamente, entre casos de autolesión (*single-party cases*) y de consentimiento en la lesión por mano ajena (*two-party cases*).

[71] Véase FEINBERG, *Harm to Self*, 1986, p. 12.

[72] NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 34.

[73] NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 34. Véase también NINO, *Ética y derechos humanos*, 2ª ed., 1989, pp. 413 ss.

[74] Acerca del problema de la acrasia, desde el punto de vista de la fundamentación y la exclusión de la culpabilidad jurídico-penal, véase MAÑALICH RAFFO, «La exculpación como categoría del razonamiento práctico», *InDret*, (1), 2013, pp. 15 ss.

[75] NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 35.

Este no es sino el argumento que ya BECCARIA esgrimía para impugnar la sensatez de la criminalización del suicidio[76]. Pero la apelación a esta consideración pragmática, relativa a la inadecuación estratégica que exhibiría la criminalización de formas de comportamiento autolesivas, en razón de que estas tenderían a ser realizadas por personas aquejadas por alguna especie de irracionalidad práctica, desconoce enteramente la posibilidad de que, a lo menos en determinados casos, quien se lesiona a sí mismo —aun en la modalidad de un suicidio— esté actuando de manera plenamente racional[77]. Y NINO parece no advertir que la proposición de que, como cuestión de principio y más allá de la ya referida consideración pragmática, la criminalización del suicidio y de otras formas de autolesión sería reconciliable con el principio de autonomía de la persona, incluso cuando —por más estadísticamente marginal que sea esta posibilidad— el agente actúa sin déficit de racionalidad alguno, traiciona el ideario liberal que anima su postulación del principio de autonomía. Pues lo que esa proposición declara admisible es una forma de paternalismo *fuerte*[78].

El segundo grupo de constelaciones que NINO analiza se corresponde con la implementación de lo que FEINBERG denominara «leyes paternalistas mixtas»[79]. Se trataría aquí de la criminalización de acciones cuya ejecución podría resultar no solo en la afectación de intereses del agente mismo, sino también en el menoscabo de la autonomía de una o más personas distintas de aquel. Un paradigma de ello lo encontraríamos en el reforzamiento, a través de sanciones, de reglas que se orientan a evitar que un agente se aproveche, cual *free rider*, del comportamiento colaborativo de los demás. En este contexto, la presión coercitiva a favor de la cooperación de todos tendría que estimarse congruente con la promoción de los intereses de todos los potencialmente afectados[80]. En la medida en que las razones no-paternalistas susceptibles de ser invocadas para justificar regulaciones punitivas —o en todo caso: sancionatorias— de esta índole tengan peso suficiente, su carácter (fuertemente) paternalista resultaría ser, más bien, sólo aparente. Esto basta para descartar la relevancia criteriológica de las constelaciones aquí examinadas.

NINO no logra, con ello, ofrecer una justificación suficientemente robusta para el «salto» asociado a la fundamentación del principio de intersubjetividad del derecho penal a partir del principio de autonomía de la persona, en razón de la confusión de la que sufre su caracterización del paternalismo como posible premisa de criminalización. De acuerdo con el argumento recién presentado, sin embargo, cabría decir que, *pace* NINO, semejante salto no existe en lo absoluto: si por «paternalismo» entendemos un paternalismo en sentido fuerte, entonces bajo una ideología liberal como la asumida por NINO el principio de autonomía de la persona tendría que ser suficiente para sustentar la ilegitimidad de decisiones de criminalización paternalistamente

---

[76] Véase BECCARIA, *De los delitos y las penas*, 2000, pp. 294 ss.: «La seductora imagen del placer y la esperanza, dulcísimo engaño de los mortales, por las cuales tragan desmedidamente el mal mezclado con algunas pocas gotas de contento, los atrae mucho para que se deba temer que la impunidad necesaria de este delito tenga alguna influencia sobre ellos. ¿Cuál será, pues, el estorbo que detendrá la mano desesperada del suicida?»

[77] Fundamental al respecto, KAGAN, *Death*, 2012, pp. 318 ss., 323 ss.

[78] Véase FEINBERG, *Harm to Self*, 1986, pp. 25 ss.

[79] FEINBERG, *Harm to Self*, 1986, p. 16.

[80] NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 35. Considerablemente menos plausible parece ser la referencia que NINO introduce a la concepción de la identidad personal articulada por PARFIT para dar cuenta de la posible legitimación de «medidas coactivas de carácter paternalista», en razón de que «la acción que ellas reprimen podría, en realidad, lesionar la autonomía de una persona total o parcialmente diferente de quien realizó la acción» (p. 36), esto es, la autonomía de la persona futura que podría emerger de la progresiva transformación del agente en una persona diferente.

orientadas[81]. Esta es una de las restricciones que, según NINO, quedarían ancladas en el principio de intersubjetividad del derecho penal.

Pero aún es necesario considerar un segundo efecto restrictivo que desplegaría este último principio, y que es todavía más importante para el delineamiento del programa de filosofía jurídico-penal de NINO, a saber: el rechazo del *perfeccionismo* como premisa de criminalización[82]. Esto resultaría en la proscripción de «endosar por medio del Derecho Penal ideales de virtud», también cuando esto último asume una forma indirecta, «como cuando el carácter o los motivos del agente son tomados en cuenta para graduar la pena» o «cuando la intención y los motivos del agente son tomados en cuenta para caracterizar las causas de justificación»[83].

En cuanto a este último problema, merece plena aprobación la concepción «objetivista» de las causas de justificación promovida por NINO[84]. Distintivo de tal concepción es que ella no haga dependiente la permisibilidad de un comportamiento (bajo la correspondiente causa de justificación) sea de la intencionalidad con la cual la respectiva acción de defensa o salvaguardia es ejecutada, sea de la representación de las circunstancias con la que cuente el agente al ejecutarla[85]. De esta manera, esa concepción satisface una condición necesaria para evitar que se suscite aquello que NINO aptamente caracteriza como «el juego de espejos que se da cada vez que hay ataques y defensas recíprocos»[86]. El problema puede ejemplificarse a propósito de la estructura de las situaciones de legítima defensa: de que la determinación de quién cuenta como agresor y quién como agredido sea insensible a las representaciones subjetivas que uno y otro tengan de la situación depende que esta pueda ser descrita como *asimétrica*. Pero la neutralización de semejante «juego de espejos» también depende de que la permisión por legítima defensa resulte excluida si la agresión en cuestión a su vez cuenta como permitida, esto es, como «no antijurídica»[87]. Desde este último punto de vista, sin embargo, el planteamiento de NINO deviene problemático, justamente porque este proclama la inteligibilidad de situaciones de «legítima defensa contra legítima defensa»[88].

---

[81] Véase NINO, *La legítima defensa*, 2005, p. 71: «las concepciones que fundamentan la indisponibilidad de ciertos bienes por parte de sus beneficiarios difícilmente son compatibles con una concepción liberal de la sociedad civil que excluye políticas de índole perfeccionista e, incluso, las formas más expansivas de paternalismo».

[82] Pormenorizadamente sobre esto, NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, pp. 270 ss., 288 ss. Véase también NINO, *Ética y derechos humanos*, 2ª ed., 1989, pp. 205 ss.

[83] NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 36. En particular acerca de la inadmisibilidad de una «voluntad de defenderse» como pretendido requisito de la legítima defensa (propia), véase NINO, *La legítima defensa,* 2005, pp. 125 ss.

[84] NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, pp. 470 ss., 484 ss.; también NINO, *La legítima defensa*, 2005, pp. 31 ss., 35 ss., 40 ss.

[85] Véase NINO, *La legítima defensa*, 2005, p. 126.

[86] NINO, *La legítima defensa*, 2005, p. 130.

[87] Al respecto, MAÑALICH RAFFO, «Normas permisivas y deberes de tolerancia», *Revista Chilena de Derecho*, (41), 2014, pp. 504 ss., 510 ss., en referencia inmediata a la fundamentación de los deberes de tolerancia que pueden quedar referidos a la ejecución de la correspondiente acción defensiva.

[88] Así, NINO, *La legítima defensa*, 2005, pp. 68 ss, 70 ss., 77, 139, aun cuando circunscribiéndolas a casos de agresiones atribuibles a «agresores no responsables», esto es, a casos en los cuales —contra lo sostenido por NINO— la causa de justificación pertinente pudiera no ser la legítima defensa, sino más bien el estado de necesidad *defensivo*.

Más allá de esto último, NINO tal vez se precipite al asimilar sin más las nociones de intención y motivo en la defensa de su concepción objetivista de las causas de justificación[89]. Pues NINO pasa por alto que, en particular tratándose de la regulación de la legítima defensa en la tradición de la codificación hispánica, la no infrecuente formulación legislativa de una exigencia negativa, relativa a algún catálogo de motivos que *no* han de explicar la acción defensiva ejecutada por un tercero extraño (al agredido)[90], admite ser reconstruida sin apelación a una premisa perfeccionista. Antes bien, esa exigencia negativa puede entenderse fundada en una preocupación por la *instrumentalización* de la correspondiente situación defensiva[91]. Además de la insuficiente diferenciación analítica de las nociones de *intención* y *motivo* que subyace a su argumentación[92], en el planteamiento de NINO se echa en falta un adecuado perfilamiento de los problemas de *imputación* que, como operación distinguible de la calificación deóntica del respectivo comportamiento, se suscitan a propósito de la operatividad de una causa de justificación como la legítima defensa[93]. Ello queda de manifiesto en su análisis del problema que plantea el requisito de la falta de provocación (suficiente) de la agresión antijurídica de cuya neutralización defensiva se trate[94].

---

[89] Véase NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 36.

[90] En detalle al respecto, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, t. IV, 1952, pp. 251 ss.

[91] Al respecto, véase SILVA OLIVARES, «Imputación y causas de justificación», *Revista de Estudios de la Justicia*, (18), 2013, pp. 52 ss. Aunque en otro contexto, la pertinencia de tal preocupación por la instrumentalización de la situación defensiva es reconocida por Nino en su análisis de los casos de «pretexto de la legítima defensa», a propósito de la exigencia de falta de provocación suficiente de la correspondiente agresión; véase NINO, *La legítima defensa*, 2005, pp. 130 ss., 133 ss.

[92] Esa insuficiencia es reconocible en el tratamiento que NINO ofrece de la «intencionalidad de la acción» y de los «motivos y razones» en su muy solvente monografía dedicada a la sinopsis de la filosofía analítica de la acción; véase NINO, *Introducción a la filosofía de la acción humana*, 1987, pp. 67 ss., 79 ss., y especialmente p. 80: «Los enunciados acerca de motivos retrospectivos, como venganza o gratitud, también describen la intención del agente de producir en el futuro un determinado estado de cosas, del mismo modo que los enunciados sobre motivos retrospectivos». Esto desconoce que, desde el punto de vista del lugar que uno y otro ítem pueden ocupar en el contexto de un silogismo práctico, un motivo característicamente funge como premisa, en tanto que la correspondiente intención figura o bien como aquello en cuya formación consiste la conclusión de la inferencia, o bien como un aspecto de la ejecución u omisión —en tal medida: intencional— de una acción en la que consiste esa conclusión, según corresponda. Esto es obviamente compatible con que la racionalización de un comportamiento como explicable por un motivo determinado implique una especificación de ese mismo comportamiento bajo una descripción que lo convierta en intencional; fundamental al respecto, BRANDOM, *Making it Explicit*, 1994, pp. 243 ss., 249 ss.

[93] Una muestra de ello aparece en el argumento que NINO ofrece para sustentar que, en los casos en los cuales una persona actúa de manera objetivamente justificada, pero desconociendo las circunstancias que fundan esa justificación, la solución correcta sería la absolución (en vez de una condena por tentativa); véase NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, pp. 94 ss., p. 97.

[94] NINO, *La legítima defensa*, 2005, pp. 129 ss., 137 ss. Al respecto, véase DIAS, «Carlos Nino y la provocación intencional de la legítima defensa», *Enfoques Penales*, (noviembre), 2019, *passim*. Por qué es problemática la falta de diferenciación de la calificación deóntica de un comportamiento como permitido, por un lado, frente a su eventual imputación como el ejercicio de un permiso, por otro, lo muestra la incapacidad que la concepción de NINO exhibe para explicar que, en situaciones de legítima defensa de tercero, el requisito de la falta de provocación de la agresión quede referido a quien ejecuta la acción defensiva, y no al agredido; véase NINO, *La legítima defensa*, 2005, pp. 148 ss., 151 ss. La dificultad se disipa una vez que ese requisito pasa a ser identificado con el presupuesto (negativo) de la imputación del comportamiento defensivo como ejercicio de un permiso, lo cual queda descartado, *a contrario sensu*, cuando la provocación suficiente de la agresión por parte del agente defensor se constituye como la infracción de una incumbencia que vuelve legítimo el desconocimiento del carácter permitido —a título de legítima defensa— del comportamiento de cuya posible imputación se trata. Para semejante reconstrucción, fundada en una reformulación del modelo de la *actio illicita in causa* como una estructura de imputación extraordinaria, véase MAÑALICH RAFFO, *Norma, causalidad y acción*, 2014, pp. 140 ss.

En cualquier caso, el antiperfeccionismo que NINO asocia al principio de intersubjetividad del derecho penal parece tener consecuencias aún más significativas que las recién reseñadas. Pues NINO piensa que toda justificación retribucionista de la pena estaría a lo menos implícitamente comprometida con alguna forma de perfeccionismo. Tras echar mano al lugar común de que las distintas variantes de una concepción retribucionista de la punición asumirían que «la combinación de dos males puede generar un estado de cosas intrínsecamente valioso y que ese puede distinguirse del desvalor de la venganza», NINO sostiene que «el retributivismo es incompatible con una concepción liberal de la sociedad», puesto que «el mal que se retribuye no puede ser [...] un mero mal objetivo; debe ser un mal del cual alguien pueda ser *reprochado*», siendo el caso que «la reprochabilidad está intrínsecamente asociada con la valoración del carácter moral del agente»[95]. Por ello, concluye NINO, «el retributivismo, en cualquiera de sus variantes, infringe el principio de autonomía de la persona»[96].

Este rechazo categórico —en cuanto fundado en la apelación a un *principio* moral— de una justificación retribucionista de la pena atraviesa buena parte de la obra jurídico-penal de NINO[97]. Por el momento, basta con observar cuán llamativo es que NINO dirija su objeción antiperfeccionista contra el retribucionismo «en cualquiera de sus variantes». A pesar de que NINO reiterativamente reconoce que habría una multiplicidad de variantes de una concepción retribucionista del castigo, hasta el punto de que cabría hablar de «versiones radicalmente diferentes» de ella, su atención permanece puesta en variantes que identifican el principio de retribución con un pretendido principio moral. Que NINO no tome mínimamente en serio la posibilidad de una concepción puramente jurídica de la retribución como marco de legitimación de la pena estatal, se explica por la caricatura a la que él, apodícticamente, pretende poder reducir semejante forma de retribucionismo jurídico, a saber: a la proposición de que «la retribución es adecuada si el castigo lo establece el sistema legal», lo cual sólo podría sustentarse en la defensa de una forma —especialmente tosca— de iuspositivismo *ideológico*[98].

Como habrá de mostrarse más abajo, esto se encuentra internamente conectado con la posición en último término nihilista que NINO adopta en relación con la pregunta por la autoridad del derecho[99].

---

[95] NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 37.

[96] NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 38. Al respecto, y críticamente, BEADE, *Inculpación y castigo*, 2017, pp. 45 ss., 50 ss.

[97] Véase NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, pp. 263 ss., 288 ss., 299 ss.; NINO, *Ética y derechos humanos*, 2ª ed., 1989, pp. 448 ss.; NINO, *La legítima defensa*, 2005, pp. 14 ss., 55; NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, pp. 54 ss., 60 ss., 75 ss., 84 ss., 88 ss., 156 ss.; NINO, *Juicio al mal absoluto*, 2ª ed., 2015, pp. 222 ss.

[98] NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 76. Para su denuncia del positivismo ideológico como pretendido corolario de la llamada «jurisprudencia de conceptos», véase NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, pp. 64 ss., 69 ss., 72 ss. (con nota 32), 96 ss. (con nota 49). Para la hoy extendida distinción de los conceptos de positivismo metodológico, teórico e ideológico, el *locus classicus* es BOBBIO, *El problema del positivismo jurídico*, 1991, pp. 44 ss. Una caricatura comparable emerge con la sugerencia de que una concepción retribucionista del castigo «parece no sólo legitimar sino también exigir la pena de muerte para el caso del homicidio»; así, NINO, *Ética y derechos humanos*, 2ª ed., 1989, p. 449; en los mismos términos, NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 156, identificando de ese modo el retribucionismo con una defensa del *ius talionis*, a la vez que poniendo en duda la corrección de la atribución a KANT de una concepción propiamente retribucionista de la pena. Para una problematización de la función que, en términos de la ilustrada articulación de una concepción retribucionista de la pena jurídica en la *Metaphysik der Sitten*, desempeña el *ius talionis* como parámetro (imperfecto) de determinación de la pena, véase MAÑALICH RAFFO, «Respeto y retribución. La pena jurídica en la *Metafísica de las Costumbres*», *Revista de Ciencia Política*, (38), 2018, pp. 512 ss.

[99] *Infra*, 4.1.

2.4. El principio de asunción de la pena como criterio de justificación distributiva de la punición

NINO advierte, con máxima claridad, que su rechazo categórico de toda forma de retribucionismo de ninguna manera confiere sustento *positivo* a una justificación no-retribucionista de la punición. Ello se expresa en que NINO rechace, de manera igualmente categórica, una justificación utilitarista del castigo, en razón de que la métrica agregativa sobre la cual ella descansaría estaría «en tensión con el presupuesto de la separabilidad de las personas», lo cual la convertiría en irreconciliable con el principio de inviolabilidad de la persona[100]. La falta de plausibilidad de una forma de prevencionismo anclado en una ética utilitarista quedaría, así, patentada por la célebre «objeción kantiana» contra la instrumentalización del individuo sobre quien se impone una pena exclusivamente justificada por su contribución a la maximización del bienestar general[101]. Cuán intensa es la preocupación de NINO a este respecto, es reconocible en su llamado de atención acerca de las dificultades que la teoría de la justificación de la pena puede enfrentar a resultas de la «despedida de KANT y HEGEL» que fuera propugnada por KLUG[102].

Lo insostenible de una justificación utilitarista de una punición preventivamente orientada radicaría, así, en su plena insensibilidad al problema de la *distribución* del castigo[103]. Dada la inadmisibilidad del recurso al criterio de merecimiento, en cuanto endémico de una concepción retribucionista, la única maniobra disponible consistiría en articular un estándar de legitimación que reconcilie los principios de autonomía y de inviolabilidad de la persona. NINO identifica ese estándar con el principio de *asunción de la pena*, en conformidad con el cual la imposición de una pena sobre alguien

> «está justificada si él ha consentido asumir la respectiva responsabilidad penal mediante un acto voluntario con conocimiento de que esa responsabilidad es su consecuencia normativa necesaria»[104].

Así, el principio de la asunción de la pena funcionaría como un criterio de «distribución en función del consentimiento»[105]. Ello no deja de evocar la manera en que HART defendiera la necesidad de reconocer un «principio de retribución en la distribución» como una exigencia enteramente independiente de cuál sea el objetivo general perseguido a través de la punición[106]. A pesar de que el uso del término «retribución» no podría ser aceptado por NINO para designar la exigencia puramente *distributiva* por él perfilada[107], el margen de convergencia de ambos planteamientos es tan vasto como significativo.

---

[100] NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, pp. 36 ss.
[101] Véase NINO, *La legítima defensa*, 2005, pp. 13 ss.
[102] Al respecto, NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, pp. 42 ss. Sobre ello, MAÑALICH RAFFO, *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena*, 2018, pp. 23 ss., con referencias ulteriores.
[103] Sobre ello, y pormenorizadamente, NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, pp. 218 ss.
[104] NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, pp. 38 ss.
[105] NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, pp. 120 ss. En detalle al respecto, NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, pp. 225 ss.
[106] Véase HART, *Punishment and Responsibility*, 1968, pp. 11 ss.
[107] Acerca de la distinción entre los conceptos de justicia distributiva y retributiva desde el punto de vista de una legitimación de los sistemas de derecho penal *à la* RAWLS, véase MAÑALICH RAFFO, «Merecimiento, distribución y teodicea: el derecho penal en la teoría rawlsiana de la justicia», en GREZ/WILENMANN/FUENZALIDA (coords.), *Una vida en la Universidad de Chile: celebrando al profesor Antonio Bascuñán Valdés*, 2014, pp. 391 ss., 402 ss., con referencias ulteriores.

Si bien NINO explícitamente busca distanciarse de HART en cuanto a la importancia que este atribuiría al aseguramiento de «la libertad de elección o la previsibilidad del futuro» en su respuesta a la pregunta por la justicia en la distribución del castigo[108], hay que notar que este último no apela a una «libertad de elección», sino más bien a una «justa (*fair*) oportunidad de elegir» ante la disyuntiva de o bien someterse a la exigencia de comportamiento que el derecho le dirige en pos de la protección de la sociedad, o bien «pagar la penalidad» respectiva[109]. Según HART, ello haría posible sostener que, en tal medida, el castigo impuesto se presenta como «un precio justamente extraído por cuanto el criminal tuvo, de antemano, una oportunidad justa para evitar la sujeción a pagar»[110]. Esto anticipa enteramente la descripción que NINO nos brinda de la manera en que el consentimiento concluyentemente prestado por quien perpetra un delito legitimaría, *ceteris paribus*, la reacción punitiva susceptible de serle dirigida:

> «El individuo que ejecuta un acto voluntario —un delito— sabiendo que la pérdida de la inmunidad jurídica contra la pena es una consecuencia necesaria de su acto, consiente en esta consecuencia normativa, del mismo modo que un contratante consiente una consecuencia normativa que resulte del contrato y una persona que asume un riesgo consiente en perder la acción resarcitoria que de lo contrario tendría»[111].

Esta formulación del principio de asunción de la pena hace reconocible otra similitud entre los planteamientos de HART y de NINO. Pues, coincidentemente con este último, quien construye su argumento a favor del principio de distribución por asunción a partir del análisis de la función del consentimiento en la justificación de la generación de obligaciones contractuales[112], HART destacaba la analogía existente

> «entre las condiciones que son tratadas por el derecho penal como condiciones *excusadoras* y ciertas condiciones similares que son tratadas, en otra rama del derecho, como *invalidantes* de ciertos negocios jurídicos civiles tales como testamentos, donativos, contratos y matrimonios»[113].

Ello es consistente con la manera en que NINO especifica en qué habría de consistir el «consentimiento requerido» según el principio de asunción de la pena, bajo la pregunta por «las actitudes subjetivas que condicionan la aplicación de la pena»[114]. Con todo, hay dos aspectos de su argumentación que ameritan una consideración diferenciada.

Por un lado, hay que destacar la rigurosidad con la que NINO advierte que el consentimiento prestado a través de la perpetración («voluntaria») de un delito es una condición necesaria, pero en ningún caso suficiente, para la justificación del castigo, toda vez que «la justificación de cierta distribución sobre la base de la libre elección de los interesados presupone la justicia de la regulación jurídica en cuyo marco tales decisiones se han adoptado»[115]. Esto no representa más

---

[108] Véase NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, pp. 250 ss.; también NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 126, nota 14.
[109] HART, *Punishment and Responsibility*, 1968, pp. 22 ss.
[110] HART, *Punishment and Responsibility*, 1968, p. 23.
[111] NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, p. 233.
[112] Véase NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, pp. 225 ss.
[113] HART, *Punishment and Responsibility*, 1968, p. 29 (con cursivas en el original).
[114] Véase NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, pp. 385 ss., 391 ss.
[115] NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, p. 242. Para una exhaustiva reconstrucción de la muy limitada función justificativa que puede desempeñar, en general, la categoría del consentimiento tácito o concluyente (acertadamente entendido como una modalidad de consentimiento efectivo, y no presunto ni hipotético), véase

que una aplicación de la tesis de RAWLS acerca de cómo sería posible fundamentar una *obligación* —como algo distinto de un «deber natural»— para algún individuo sobre la base del «principio de imparcialidad (*fairness*)»[116]. Lo importante es la explicitación de la consecuencia que se seguiría de ello:

> «una distribución particular de medidas punitorias sólo puede justificarse sobre la base del consentimiento de sus destinatarios cuando las leyes que crean las figuras delictivas son justas (por ejemplo, no deben ser discriminatorias ni proscribir acciones que la gente está moralmente facultada a realizar), y cuando la penalidad imputada al delito implica un mal menor que el implicado en el delito y es un medio necesario y efectivo para prevenirlo»[117].

Dicho de otra manera: la justificación de la distribución de la punición como reflejo de la sujeción («hohfeldiana») en la que queda situado el autor del delito a resultas de su perpetración *presupone* la justicia de la distribución de autonomía cuyo aseguramiento representaría la finalidad de la punición[118].

Pero hay un segundo aspecto del argumento de NINO que también necesita ser relevado, y que concierne a una particular implicación del condicionamiento de la justificación del castigo a la satisfacción del principio de la asunción de la pena. En sus propias palabras:

> «esta justificación antiperfeccionista para requerir actitudes subjetivas exige preeminentemente el conocimiento de la punibilidad de la conducta, que la concepción perfeccionista exigiría sólo excepcionalmente en los casos en que la única significación moral de la acción fuera su prohibición legal»[119].

Este pasaje es importante por la sugerencia de NINO en cuanto a que, bajo su enfoque antiperfeccionista, la tradicional distinción entre delitos constitutivos de *mala in se* y delitos constitutivos de *mala* (*quia*) *prohibita* devendría impracticable. Esto es consistente con el desiderátum que, en otro contexto, NINO identifica con el parámetro de adecuación de una definición teóricamente depurada del concepto general de delito, a saber: «superar el dualismo metafísico entre "*mala in se*" y "*mala prohibita*"»[120].

Pero aquí interesa reparar en la razón que explicaría que la exigencia de conocimiento de la punibilidad se derive del principio de la asunción de la pena: el consentimiento capaz de volver legítima la correspondiente distribución de la carga que representaría el castigo necesita quedar específicamente referido «a las consecuencias normativas del acto», esto es, «a asumir una sujeción jurídica» a la punición. Y esto presupone que el agente sepa «que la consecuencia

---

PARMIGIANI, «El alcance justificatorio del consentimiento tácito. El problema de Locke y la lógica del beneficio», *Doxa*, (43), 2020, *passim*.

[116] Véase RAWLS, *A Theory of Justice*, 2ª ed., 1999, pp. 93 ss., p. 96: «de una persona se exige que haga su parte según lo definen las reglas de una institución cuando se ven cumplidas dos condiciones: primero, la institución es justa (o *fair*), esto es, satisface los dos principios de justicia; y segundo, uno ha voluntariamente aceptado los beneficios del arreglo o se ha aprovechado de las oportunidades que ofrece para la realización de los propios intereses».

[117] NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, p. 242.

[118] Para la caracterización de la susceptibilidad a la punición como una posición de sujeción *à la* HOHFELD, véase NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 124. Latamente al respecto, MAÑALICH RAFFO, «La clausura de los sistemas de normas de sanción penal como sistemas de reglas constitutivas», *Revus*, (44), 2021, pp. 43 ss.

[119] NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, pp. 299 ss.

[120] NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 190.

normativa se sigue necesariamente de tal acción»[121]. Mas esta consecuencia del principio de la asunción de la pena resulta difícilmente plausible, pues ello implicaría conferir eficacia eximente a un error consistente en el desconocimiento de la punibilidad del comportamiento atribuido al agente[122]. De ahí que no pueda sorprender que, en su análisis del catálogo de eximentes que pudieran ser *prima facie* esgrimidas a favor de quienes se enfrenten a una acusación por crímenes que ejemplifiquen el concepto de «mal absoluto», NINO relativice drásticamente la exigencia de conocimiento de punibilidad:

> «Lo que se precisa es una norma que haga al agente legalmente acreedor de castigo cuando comete un acto ilícito. La persona que consiente en cometer un acto ilícito consiente en asumir responsabilidad ante el castigo. Una vez que la punibilidad se hace depender de la ilicitud del acto, la persona que consiente en realizar un acto ilícito consiente en asumir la posibilidad de ser castigado»[123].

Mas esto es extraordinariamente difícil de compatibilizar con la observación de NINO en cuanto a que, tratándose de la consecuencia normativa de un acto,

> «[l]a creencia de que la consecuencia podría tal vez seguirse del acto puede justificar la afirmación de que el agente ha consentido correr el riesgo de generar tal consecuencia, pero esto no es suficiente para apoyar la conclusión de que el agente ha consentido en producirla»[124].

Aun haciendo abstracción de la inconsistencia recién apuntada, hay que notar el *non sequitur* en que incurre NINO al pretender acotar el objeto de referencia del consentimiento que condicionaría la justificación distributiva del castigo a la circunstancia de estar el agente ejecutando una acción (o incurriendo en una omisión) ilícita o *antijurídica*, incluso si esta última categoría es redefinida en el sentido en que NINO nos lo propone. Según este, por «antijuridicidad» cabría entender «la propiedad de una acción de frustrar el objetivo de un precepto penal, es decir, su pertenencia a la clase de conductas que el precepto está destinado a prevenir»[125]. Tal como esto será pormenorizadamente analizado en la sección siguiente, NINO piensa que una denominación más precisa de esa misma propiedad sería «enantiotelidad»[126]. En lo inmediato sólo interesa dar cuenta de la manera en que ello haría posible, según NINO, cualificar el alcance del consentimiento exigido por el principio de la asunción de la pena:

> «Si afirmamos que el agente tiene que haber consentido en cometer una acción enantiotélica, abarcamos no solamente el consentimiento de cometer una acción con las propiedades mencionadas en la descripción del delito y que es engañosa o peligrosa, sino también el consentimiento de asumir

---

[121] NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, p. 234; también NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 126.

[122] La demostración históricamente fehaciente de ese déficit de plausibilidad la provee el hecho de que, como una consecuencia de su teoría de la coacción psicológica, FEUERBACH identificara el conocimiento de la punibilidad con un presupuesto de la punición, pero haciendo de su satisfacción el objeto de una presunción, primeramente en la forma de una presunción del «dolo antijurídico» (del cual el conocimiento de la punibilidad habría sido un componente) y más tarde en la forma de una presunción de la «capacidad de imputación» (que presupondría el conocimiento de la punibilidad). Al respecto, véase la ácida crítica ofrecida en BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. 3, 1918, pp. 106 ss., 253 ss.

[123] NINO, *Juicio al mal absoluto*, 2ª ed., 2015, p. 260.

[124] NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, p. 234.

[125] NINO, *La legítima defensa*, 2005, pp. 18 ss., con nota 15.

[126] *Infra*, 3.1.

> responsabilidad penal, ya que una acción es enantiotélica cuando es una de las que la ley trata de prevenir imputándole [*sic*] cierta responsabilidad penal»[127].

En referencia al problema ahora analizado, la dificultad se suscita por la ambigüedad que puede exhibir una oración del tipo «el agente A sabe que la acción ϕ es enantiotélica». La ambigüedad resulta del contexto *intensional* que genera el uso de un verbo como «saber», que en jerga filosófica designa una actitud —«intencional»— cuyo objeto es *relativo a la descripción*[128]. De ello se sigue que el hecho de que A sepa que ϕ exhibe las propiedades que la convierten en una acción enantiotélica, y así en una acción antijurídica *à la* NINO, no implica que A también sepa que ϕ es una de las acciones «de las que la ley trata de prevenir» a través de la correspondiente conminación penal. Pues, para que A supiera esto último sería necesario, adicionalmente, que A conociera la ley penal cuya finalidad consistiría en la prevención de la clase de acciones a la que pertenece ϕ. Con ello, no es posible eludir la conclusión de que una implementación consistente del principio de la asunción de la pena exigiría hacer del conocimiento de la ley penal que criminaliza el comportamiento que se imputa al agente una condición de la justa distribución del castigo.

3. ¿La antijuridicidad como «enantiotelidad»?

3.1. El principio de enantiotelidad como premisa general de derrotabilidad

Ya se hizo referencia a algunas de las consecuencias que NINO extrae del principio de protección prudencial de la sociedad. El aspecto más interesante de su planteamiento a este respecto consiste en el argumento para identificar, a partir de ese mismo principio, un estándar de exclusión de la punibilidad de formas de comportamiento *prima facie* punibles, y que NINO tematiza como el «principio de enantiotelidad»[129]. A pesar de la notoria heterogeneidad de los grupos de casos en referencia a los cuales este principio llevaría a una exclusión de la punibilidad[130], NINO consigue ofrecer una formulación unitaria de él, a saber, como el principio según el cual «la ley penal no se debe aplicar para reprimir aquellas conductas que, aun estando comprendidas en la descripción de la ley, no causan el estado de cosas que la ley está destinada a prevenir», y que como tal «encapsula el concepto de antijuridicidad material»[131].

Tal como NINO lo hace explícito al explicar su acuñación del neologismo en cuestión, el término «enantiotelidad» pretende designar la propiedad de algún comportamiento particular,

[127] NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, p. 398.
[128] Sobre ello, véase MAÑALICH RAFFO, «Tentativa, error y dolo. Una reformulación normológica de la distinción entre tentativa y delito putativo», *Política Criminal*, (14-27), 2019, pp. 331 ss., con nota 142, en referencia inmediata al concepto (técnico) de tentativa. La manera en que la atribución de estados intencionales da lugar a contextos lingüísticamente intensionales es advertida por NINO en su tratamiento del problema de la «intencionalidad de la acción»; véase NINO, *Introducción a la filosofía de la acción humana*, 1987, p. 69, quien no llega a valerse, empero, de la distinción terminológica entre «intencionalidad» e «intensionalidad».
[129] Véase NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, pp. 33 ss. Latamente al respecto, NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, pp. 324 ss.
[130] Véase NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 33, donde se hace alusión a «casos en que la acción descripta por el tipo penal no generó el estado de cosas que la ley procuró prevenir», «casos de estado de necesidad», «algunas situaciones de legítima defensa», «casos en que hubo consentimiento de la presunta víctima» y «casos en que la acción forma parte de una institución o práctica socialmente beneficiosa, aunque en el caso particular la acción haya sido perjudicial».
[131] NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, pp. 33 ss., con nota 12.

consistente en que este «va[ya] contra la política o propósito central de la ley respectiva»[132]. De acuerdo con el principio de enantiotelidad, que NINO introduce como respuesta al «problema de la falta de coincidencia entre las acciones punibles y las acciones que se trata de precaver»[133], un comportamiento debería ser punible «solamente cuando causa el daño o peligro que la ley está destinada a prevenir»[134]. En lo fundamental, la exigencia de que, para resultar *definitivamente* punible, el comportamiento juzgado sea «enantiotélico» tendría que operar como una premisa para la restricción teleológica del ámbito de aplicación de la respectiva norma punitiva o «ley penal» que, al criminalizar la forma de comportamiento *prima facie* ejemplificada por ese comportamiento, resultaría ser potencialmente sobreincluyente. La dificultad que enfrenta la reconstrucción del argumento que NINO presenta para sustentar este principio limitativo de la punibilidad se explica por la multiplicidad de variables que quedan entremezcladas en su argumentación.

Un primer punto que necesita ser aislado consiste en el error categorial implicado en que NINO yuxtaponga tres constelaciones en las que «podría decirse (en el contexto del derecho penal) que una acción que aparentemente encuadra dentro de la descripción legal [...] no es una de las que el derecho quiere prevenir»[135], a saber: (1) casos que involucran la aplicación de normas cuya formulación lingüística adolecería de vaguedad o ambigüedad, cuya interpretación podría resultar en «incluir bajo la descripción del delito acciones que el derecho no trató de reprimir»[136]; (2) casos que involucran la aplicación de normas en cuya formulación lingüística figuran expresiones que «parecen haber sido usadas con un sentido diferente del que tienen comúnmente, de manera tal que, si se las interpretara en su sentido habitual, la ley reprimiría conductas que no pretende disuadir»[137]; y (3) casos de aplicación de normas cuya formulación lingüística exhibe un sentido fácilmente discernible, sin que ello se vea desafiado por una posible tensión entre los factores semánticos y pragmáticos con pertinencia para la interpretación, en relación con los cuales, sin embargo, «podría argumentarse que la ley fue solamente concebida para prevenir los actos que abarca su descripción cuando [esos casos] se combinan con ciertas propiedades, o con la ausencia de ciertas propiedades que, por alguna razón, no se incluyeron en la descripción»[138].

Es claro que las dos primeras constelaciones tendrían que quedar fuera de consideración, lo cual es tendencialmente concedido por NINO cuando observa que sería respecto de la tercera clase de situaciones «que es más relevante el estudio de las posibles maneras de reconstruir las razones» susceptibles de ser invocadas para justificar la regulación de cuya aplicación se trata[139]. Pero NINO no nos explica por qué, *a contrario sensu*, ese estudio sería menos relevante en referencia a los dos primeros grupos de casos. La respuesta, con todo, debería ser clara: una operación de restricción teleológica susceptible de ser fundada en el principio de enantiotelidad tendría que resultar en la modulación de la *aplicación* de una norma, y no en una *identificación* de esa misma norma con base en una interpretación (restrictiva) del texto que reconocemos como su

[132] Véase NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, pp. 325 ss. Según ya se observara, en otro lugar NINO sugiere que una denominación alternativa sería «principio de antijuridicidad»; así, NINO, *La legítima defensa*, 2005, pp. 18 ss., con nota 15.
[133] NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, p. 304.
[134] NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, p. 324.
[135] NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, p. 316.
[136] NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, p. 316.
[137] NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, p. 316.
[138] NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, p. 317.
[139] NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, p. 318.

formulación lingüística[140]. Frente a esto NINO observa, con razón, que la tercera constelación «no está directamente conectada con la interpretación del texto legal»[141].

La precisión precedente es importante para detectar la especificidad de los casos que conforman la última de las tres constelaciones tematizadas por NINO. Este sugiere que aquí se trataría de casos en los cuales la aplicabilidad de la respectiva norma de sanción penal dependería de que el comportamiento en cuestión exhiba una propiedad (positiva o negativa) no exigida por el contenido conceptual de la norma. Ello es indicativo de que el problema planteado es uno del cual la teoría del derecho y del razonamiento jurídico más reciente se ha ocupado y se sigue ocupando intensamente, a saber: el problema de la *derrotabilidad* de las reglas[142].

Como lo ilustra el debate suscitado acerca de este último problema, la afirmación de que la aplicación de toda norma de sanción penal podría resultar excluida por el hecho de que el caso respectivo quede codefinido por alguna propiedad, positiva o negativa, que tendría que ser considerada irrelevante en atención al contenido conceptual de la norma, pero que sería relevante en consideración a las razones que le serían subyacentes, amenaza con volver enteramente indeterminado el ámbito de aplicación de la norma en cuestión. Esto, en la medida en que la correspondiente operación de restricción teleológica no quede sometida a algún criterio (en último término) convencional, que funcione como regla de «clausura de la relevancia» de las propiedades no comprendidas por su contenido conceptual[143]. Y no es en absoluto claro que las dos posibilidades (meramente) sugeridas por NINO logren evitar esta consecuencia.

En efecto, la apelación —«más tímida»— a «las razones que históricamente han sido tomadas en consideración por el legislador» trae aparejada la carga metodológica de explicitar cuál sería la vía adecuada para reconstruir la «intención del legislador», aun cuando esta sea entendida en el sentido de una «construcción lógica»[144]. Y la apelación —«más ambiciosa»— a «las razones o políticas que *mejor* [...] *justificarían*» la legislación penal[145], por su parte, amenaza con difuminar la distinción entre el razonamiento jurídico y el razonamiento moral[146]. Pues esto último equivale a hacer colapsar la distinción, célebremente introducida por ALCHOURRÓN y BULYGIN[147], entre la «tesis de relevancia» que enuncia el conjunto de propiedades de un universo de casos genéricos que *son* relevantes bajo un determinado sistema de normas, por un lado, y una posible «hipótesis

[140] Acerca de la distinción entre una norma y su formulación lingüística, véase, entre otros, VON WRIGHT, *Norm and Action*, 1963, pp. 93 ss.
[141] NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, p. 317.
[142] Para una muy exhaustiva revisión del problema, véase BAYÓN MOHINO, «Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico», *Isonomía*, (13), 2000, *passim*.
[143] Véase BAYÓN MOHINO, *Isonomía*, (13), 2000, pp. 109 ss., 112 ss., quien aptamente habla de una «convención que se autoanula» para caracterizar cómo operaría una convención que remitiera a criterios no-convencionales —como lo sería, paradigmáticamente, algún conjunto de principios de moral crítica— para identificar las excepciones implícitas que pudieran derrotar la norma de cuya presunta aplicación se trate.
[144] Así, NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, p. 318, con nota 32.
[145] NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, p. 318 (con cursivas en el original). Para el mismo contraste, véase NINO, *La legítima defensa*, 2005, pp. 20 ss.
[146] Esto es algo que, en otro contexto, NINO mismo advierte, al observar que, «para que una norma sea acatada como norma jurídica, las razones que tiene el juez para tomarla en cuenta en su decisión deben ser diferentes de las razones que tuvo el legislador para dictarla», por cuanto «[e]l juez desarrolla un razonamiento jurídico en la medida en que no razone como el legislador»; así, NINO, *La validez del derecho*, 2000, p. 142.
[147] ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 1975, pp. 153 ss.

de relevancia» referida a cuáles *deberían ser* las propiedades relevantes de ese mismo universo de casos genéricos, por otro[148].

3.2. ¿*Normas* de enantiotelidad?

Al caracterizar la función que tendría que cumplir el principio de enantiotelidad, NINO invoca explícitamente el criterio del «fin de protección de la norma» como un antecedente doctrinal para ello[149]. En lo inmediato, esto tiene el mérito de hacer reconocible la confusión categorial implicada en la usual caracterización de ese *topos* como un criterio de exclusión de la llamada «imputación objetiva»[150]. Que no se trata aquí de un parámetro de *imputación* en sentido alguno[151], sino de la premisa para una operación de restricción del correspondiente ámbito de punibilidad en razón de un juicio (deóntico) de permisibilidad, queda de manifiesto en la manera en que NINO recurre a lo que él tematiza como las respectivas «normas de enantiotelidad»[152]. En sus propias palabras:

> «Los propósitos de una ley penal pueden ser representados como una especie de norma que proscribe la clase de acciones que la ley trata de prevenir. Si el propósito de la ley que prohíbe el tránsito de vehículos en los paseos públicos es prevenir el daño o peligro de daño para su vegetación, entonces la norma que subyace a tal ley proscribirá las acciones que tengan este efecto. [...] Estas normas se llamarán "normas de enantiotelidad"»[153].

NINO nos dice que, al usar «el no comprometido verbo "proscribir" en vez de otros obvios verbos deónticos, tales como "prohibir"», él estaría evitando tomar posición sobre «el problema de la clasificación de estas normas como prescripciones, juicios de valor u otra clase de juicios prácticos»[154]. Tendría que ser claro, sin embargo, que el intento es teóricamente inconducente. NINO sostiene que el hecho de que «las adscripciones de enantiotelidad admit[a]n [...] comparaciones cuantitativas» volvería «raro» que las normas de enantiotelidad «fueran formuladas como prohibición [*sic*] de ciertas acciones»[155]. Pero esto entraña un *non sequitur*. Que una acción particular pueda encontrarse más o menos cerca del umbral fijado por la respectiva norma de enantiotelidad, no obsta a que esta distribuya, binariamente, la calificación de toda acción como «proscrita» o «no proscrita» según si ella queda ubicada a uno u otro lado de ese mismo umbral.

Con todo, NINO hace suya una interpretación distinta de la posibilidad de que la enantiotelidad de una acción sea entendida como una propiedad graduable: «un acto es "más enantiotélico" que otro cuando la norma de enantiotelidad que infringe el primero es más importante que la que infringe el otro acto»[156]. Pero esta maniobra no solo carece de idoneidad para subvertir la fuerza

---

[148] Sobre cómo esa distinción se conecta con el análisis del problema de la derrotabilidad de las normas jurídicas, véase RODRÍGUEZ, «Lagunas axiológicas y relevancia normativa», *Doxa*, (22), 1999, pp. 108 ss.
[149] Véase NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, p. 324, identificándolo con una construcción de la dogmática del derecho privado (alemán).
[150] Así, y célebremente, ROXIN, *Strafrechtliche Grundprobleme*, 1973, pp. 132 ss.
[151] Para la denuncia de la confusión categorial que subyace a la concepción misma de una «imputación objetiva», fundamental KINDHÄUSER, «Objektive und subjektive Zurechnung beim Vorsatzdelikt», en BYRD/JOERDEN (coords.), *Philosophia Practica Universalis. Festschrift für Joachim Hruschka*, 2005, pp. 532 ss.
[152] NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, pp. 328 ss.
[153] NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, pp. 328 ss.
[154] NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, p. 328, nota 39.
[155] NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, p. 328, nota 39.
[156] NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, p. 329.

deóntica atribuible a las normas de enantiotelidad, sino que descansa en una falacia generada por la extrapolación (velada) de la ambigüedad que exhibe el término «antijuridicidad», tal como este es tradicionalmente empleado para designar la correspondiente categoría dogmática. En efecto, la maniobra de NINO apunta a asimilar el juicio de enantiotelidad a una predicación de «antijuridicidad material». Sin embargo, esto no legitima la sugerencia de que un comportamiento particular podría ser *más o menos* enantiotélico en comparación con algún otro comportamiento particular. Pues, *mutatis mutandis*, no tiene sentido alguno decir que, por el hecho de que la prohibición del homicidio sea más importante que la prohibición del hurto, un comportamiento constitutivo de homicidio sería, *ceteris paribus*, «más antijurídico» que un comportamiento constitutivo de hurto.

No obstante lo anterior, la postulación de semejantes «normas de enantiotelidad» resulta reveladora de algunos compromisos teóricos de NINO, quien nos dice que, al introducir la noción de normas de enantiotelidad,

> «[m]e inclino a adoptar una manera de hablar que rescata algunas ventajas pragmáticas que se presentan en el lenguaje continental de la antijuridicidad desde que Binding propuso su "teoría de las normas", desechando al mismo tiempo la metafísica que se esconde tras de ese lenguaje»[157].

En lo inmediato, hay que preguntarse cuáles serían las «ventajas pragmáticas» asociadas al aparato conceptual de una teoría de las normas como la articulada por BINDING. Es dudoso que la distinción bindingiana entre «leyes penales» y «normas»[158], que contemporáneamente reformulamos diferenciando las normas de sanción penal frente a las normas de comportamiento que ellas refuerzan[159], resulte compatible con, o en todo caso provechosa para, una teoría de la justificación de la pena como la defendida por NINO. Esta última se distingue por atribuir a las leyes penales la finalidad inmediata de la evitación del menoscabo de las condiciones de autonomía que se presentan como merecedoras de protección. Bajo una concepción orientada según el modelo de teoría de las normas de BINDING, en cambio, esa finalidad de protección, referida a lo que él tematizara como «bienes jurídicos»[160], solo es predicable de las normas de comportamiento. Y el correspondiente reforzamiento punitivo hace posible que la desautorización de una o más normas de comportamiento se constituya como el objeto de referencia de una reacción punitiva, cuya finalidad sería reafirmar la pretensión de autoridad de la o las normas quebrantadas. De ahí que las ventajas pragmáticas que NINO cree encontrar en un aparato conceptual semejante no admitan ser reconducidas al rendimiento más obvio que tiene un modelo como el de BINDING.

Como alternativa, cabría asumir que la utilidad de la distinción entre las «leyes penales» y las normas de enantiotelidad, las cuales proveerían «la base de la antijuridicidad del acto delictivo»[161], se reduce a que estas últimas servirían como parámetro teleológico para la aplicación restrictiva de las primeras. Pero también esto estaría en las antípodas del modelo teórico de BINDING. Para este, un comportamiento que realiza el supuesto de hecho de una ley penal cuenta, *ex definitione*, como un comportamiento que contraviene la norma que subyacería

---

[157] NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, p. 328.

[158] Fundamental, BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. 1, 4ª ed., 1922, pp. 3 ss., 7 ss., 35 ss.

[159] Al respecto, MAÑALICH RAFFO, *Revus*, (44), 2021, pp. 27 ss., 40 ss.

[160] BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. 1, 4ª ed., 1922, pp. 329 ss., 338 ss.

[161] Así, NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 73.

a ella. Precisamente en esto descansa la factibilidad del método de la individuación de las normas (de comportamiento) «a partir de las leyes penales»[162]. Para NINO, en cambio, la identificación de las normas de enantiotelidad, en cuanto normas *implícitas*, no puede tener como punto de partida la formulación de las leyes penales cuya aplicación restrictiva aquellas tendrían que posibilitar, precisamente porque la postulación de aquellas descansa en la hipótesis de que las leyes penales resultarían ser (sistemáticamente) sobreincluyentes. Si la función de las normas de enantiotelidad es hacer posible una determinación del ámbito de aplicación de las leyes penales, de manera tal que este *no* resulte coextensivo con el ámbito de aplicación que se obtendría de la captación del sentido de su propia formulación lingüística[163], entonces es necesario poder *contraponer* unas y otras bajo la hipótesis de que su respectivo contenido semántico podría ser (significativamente) discrepante.

El problema que esto arroja consiste en la muy peculiar representación que NINO parece tener del comportamiento lingüístico de aquel hablante institucional que llamamos «legislador», aun haciendo abstracción de la dificultad de asimilar la interpretación de un texto legal a una interpretación conversacional[164]. Porque si es posible identificar, en la forma de una «norma de enantiotelidad», los propósitos de la correspondiente ley penal, y se asume que esos propósitos especifican «la clase de acciones que la ley trata de prevenir»[165], ¿no cabría esperar, entonces, que esos propósitos resultaran *transparentemente* reconocibles a partir de la formulación misma de la ley penal? Dicho de otra manera, ¿qué justifica la asunción de que la clase de acciones que la ley trata de prevenir no sería, en general, coextensiva con la clase de acciones que la respectiva ley penal declara punibles?

NINO nos brinda una ejemplificación del problema recién planteado en el marco de su análisis de las formas de comportamiento punible que podemos reconducir a la categoría de los delitos de peligro abstracto, en referencia a lo cual NINO concede que

> «hasta en los casos en que la articulación de la política o razón de la ley muestra que el objetivo último es prevenir acciones que tienen alguna consecuencia dañina que no está categorizada en la descripción legal, podría haber motivos para suponer que el propósito de la ley fue lograr ese objetivo mediante la prevención de *todas* las acciones que tuvieran exactamente las propiedades mencionadas en esa descripción»[166].

La explicación que NINO ofrece de por qué, en algunos ámbitos puntuales, cabría asumir que la ley penal reflejaría transparentemente los propósitos que subyacerían a su formulación apunta al hecho de que, en esos mismos ámbitos, «la deliberación del agente acerca de si la acción descripta será o no perjudicial o peligrosa está sumamente expuesta a error, o es auto-frustrante», por lo cual sería

---

[162] BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. 1, 4ª ed., 1922, pp. 36 ss., según quien la respectiva norma, *qua* «imperativo», se correspondería con la «formulación contradictoria» de la condición de aplicación de la ley penal que tipifica la forma básica del correspondiente hecho punible.

[163] Según ya se observara, la restricción teleológica del ámbito de aplicación de una ley penal que, de acuerdo con NINO, descansaría en la invocación de una norma de enantiotelidad *no* se correspondería con el resultado de la interpretación de su formulación lingüística.

[164] Sobre este problema, véase CANALE/POGGI, «Pragmatics Aspects of Legislative Intent», *The American Journal of Jurisprudence*, (64), 2019, *passim*.

[165] NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, p. 328.

[166] NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, p. 321.

> «razonable presumir que la ley trata de proscribir todas las acciones que caen bajo la descripción legal, sobre la base de que la probabilidad del daño aumentaría si se permitiera a los individuos estimar esa probabilidad»[167].

Así, sería el «peligro implícito en la deliberación misma de los posibles agentes» aquello que «la ley puede haber tratado de prevenir [...] mediante la ampliación de la clase de acciones proscriptas», lo cual serviría como «interpretación razonable de leyes como la que reprime la violación de la señalización del tránsito»[168]. Inmediatamente a continuación, sin embargo, NINO añade que esa misma «interpretación» no sería admisible tratándose de «una amplia variedad de casos en los que no hay razón para atribuir al legislador el propósito de alcanzar la prevención de una cierta clase de acciones por medio de la proscripción de otra clase más amplia», de lo cual se seguiría que «la hipótesis de una divergencia no querida entre la política y el contenido de la ley resulta razonable»[169].

Pero de nuevo: ¿qué indicador, distinto de la formulación lingüística de la respectiva ley penal, podría ser sistemáticamente más adecuado que este último para identificar los propósitos que el legislador habría perseguido al ponerla en vigor? Desde este punto de vista, la apelación a una norma de enantiotelidad, no susceptible de ser postulada como simple hipótesis reconstructiva a partir de la formulación de la correspondiente norma punitiva, es del todo equiparable a la maniobra consistente en condicionar la punibilidad de un comportamiento a título de un delito de peligro abstracto a la satisfacción de una exigencia —no susceptible de ser extraída a partir de la formulación de la norma de sanción que lo tipifica— de que a lo menos haya existido «la posibilidad, reconocible para el autor, de que su acción conduzca a una lesión del bien jurídico protegido»[170]. Y semejante maniobra de ninguna manera admitiría ser justificada en referencia a las finalidades perseguidas por el legislador mediante la tipificación del correspondiente delito. Pues, definitorio de la estructura típica de un delito de peligro abstracto es que la forma de menoscabo típicamente relevante para el respectivo bien jurídico es enteramente insensible a la eventualidad de la materialización de un resultado de peligro concreto o —*a fortiori*— de lesión para el bien jurídico en cuestión[171]. Con ello, la restricción buscada es conseguida *contra legem*.

Crucial en el argumento de NINO es la consideración de que sólo en determinados contextos específicos cabría asumir que la realización de la finalidad atribuible a la respectiva regulación legal dependería de que esa regulación provea razones que desplacen la deliberación individual del agente acerca de cómo habría de comportarse en la correspondiente situación. Esto se encuentra internamente conectado con el hecho de que NINO haga suya una concepción del derecho que se distingue por desconocer que las normas jurídicas puedan funcionar como auténticas razones para la acción. Y tal como se procurará mostrar más abajo, esto necesita ser puesto en relación con el marcado antirretribucionismo que se manifiesta en su concepción de la justificación de la pena[172].

---

[167] NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, pp. 321 ss.

[168] NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, p. 322.

[169] NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, p. 322.

[170] Así reza la formulación ofrecida por FRISTER, *Derecho Penal. Parte General*, 2016, nm. 3/25, aunque para rechazar, acertadamente, la tesis en cuestión.

[171] Fundamental al respecto, KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 287 ss., 292 ss. Véase también MAÑALICH RAFFO, «Peligro concreto y peligro abstracto. Una contribución a la teoría general de la parte especial del derecho penal», *Revista Chilena de Derecho*, (48), 2021, pp. 81 ss., 84 ss.

[172] Véase *infra*, 4.2.

4. Antirretribucionismo, autoridad del derecho y democracia

4.1. La negación de la normatividad jurídica

Ya tuvimos ocasión de considerar la manera en que NINO pretende hacer aprovechables ciertas ventajas pragmáticas que él asocia al «lenguaje continental de la antijuridicidad», mas «desechando al mismo tiempo la metafísica que se esconde tras ese lenguaje»[173]. Una pista relevante en cuanto al alcance preciso de esta objeción aparece en su denuncia de la oscuridad exhibida por la noción (positiva) de antijuridicidad, tomada como categoría de la teoría general del hecho punible, que NINO nos ofrece en su trabajo dedicado a «la definición de "delito"»[174]. Allí declara NINO que

> «[n]o son admisibles las teorías que juzgan el desvalor del delito basándose en dogmas inefables y trascendentes, ni las fórmulas vacuas que no son susceptibles de verificación [...]. Pero las teorías, que se remiten a valoraciones sociales vigentes o a la ideología del conjunto del derecho positivo, no deben ser rechazadas por cuestiones acerca de la competencia de la ciencia jurídica, ni por opiniones estrechas que entienden que lo único que se puede describir en el derecho es un conjunto de normas particulares, que deben ser reducidas a una limitadísima especie (a saber: las órdenes respaldadas por sanciones)»[175].

El pasaje vuelve claro que NINO se muestra proclive a adoptar una respuesta pluralista —y, por ende, no reduccionista—a la pregunta por las clases de normas, estándares y en general ítems susceptibles de ser identificados como las «piezas» de un sistema jurídico. Al mismo tiempo, y sensatamente, él entiende que esa identificación tendría que someterse a un criterio operacionalmente controlable. Este constreñimiento es explícitamente enunciado por NINO cuando, en otro contexto, observa que

> «[n]o se ha ofrecido un criterio operativo para determinar en cada caso si una conducta es o no antijurídica independientemente de la existencia de una causa de justificación prevista en el derecho positivo»[176].

Inmediatamente a continuación, él agrega lo siguiente:

> «El recurrir a ciertas normas prohibitivas subyacentes a la ley penal es ineficaz en la medida en que no se determine con suficiente claridad la forma de inferir tales normas. Los que apoyan la solución "legalista" de inferirlas del conjunto del derecho positivo, nunca han mostrado satisfactoriamente cómo opera ese procedimiento en casos concretos y cómo puede evitarse la posibilidad de que del conjunto del derecho positivo se infieran normas de antijuridicidad contradictorias»[177].

Esta advertencia de NINO acerca de la falta de rigurosidad con la que usualmente se echa mano a la tematización de «la» norma quebrantada a través de tal o cual comportamiento delictivo, a

---

[173] NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, p. 328.

[174] NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, pp. 187 ss.

[175] NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 200.

[176] NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, p. 97.

[177] NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, p. 98.

pesar de que resulta infundado en lo que respecta a la obra de BINDING[178], es del todo pertinente frente a cómo suele desenvolverse el trabajo dogmático que pretende apoyarse en la «teoría de las normas».

Pero hay otro aspecto de la concepción que NINO tiene de las normas jurídicas que, si bien no queda explícitamente conectado con el problema anterior, es aún más importante para comprender su aproximación general a la pregunta por la justificación del castigo. Según ya se anticipara, se trata del argumento que NINO presenta para sustentar la tesis de que «las normas jurídicas no expresan razones operativas autónomas para justificar decisiones, salvo cuando ellas son identificadas con juicios morales»[179]. Siguiendo a RAZ, NINO entiende por «razón operativa» aquello que puede ocupar el lugar de una «premisa de deber ser que en sí misma podría constituir una razón completa para alguna acción»[180]. De ahí que, en sus propios términos, la tesis recién reproducida pueda ser reformulada como la tesis de que las normas jurídicas no admiten ser identificadas con razones obligantes para la acción[181].

Esta proposición se deriva de otra tesis, célebremente defendida por NINO en el campo de la filosofía del derecho, a saber: la tesis de «la irrelevancia práctica del derecho»[182], que lo lleva a enunciar lo que él denomina «la paradoja de la irrelevancia del gobierno y de sus leyes»:

> «Si para que una norma jurídica o una ley justifique una acción o decisión debemos inevitablemente mostrar que ella deriva de principios morales asumidos como válidos, ¿por qué no buscar la justificación de tal acción y decisión directamente en esos principios morales?»[183]

Para disolver la paradoja así formulada, NINO recurre a su asimismo célebre concepción deliberativa de la democracia, que descansa en el reconocimiento del valor epistémico que exhibiría el proceso democrático como tal[184]. Esta maniobra filosófica ha sido sometida a una crítica exhaustiva por parte de MONTI, quien muestra cómo NINO no logra diferenciar adecuadamente dos estrategias distintas que emergen en su argumentación[185]. Mientras que una de estas estrategias identifica la autoridad de la que estaría revestida una decisión (normativa) obtenida como resultado del proceso democrático con una forma de autoridad propiamente epistémica, la otra la identifica con una forma de autoridad práctica (aun cuando: epistémicamente fundamentada). Este no es el lugar para entrar en este último problema. Pero sí interesa hacer notar que el tratamiento que NINO da al problema de la (ir)relevancia práctica

---

[178] Véase BINDING, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, t. 1, 2ª ed., 1902, pp. 4 ss., 8 ss., 20 ss., donde se encuentra esbozado un programa para lo que *stricto sensu* cabría llamar una «parte general de la parte especial».

[179] NINO, *La validez del derecho*, 2000, pp. 125 ss., 143.

[180] NINO, *La validez del derecho*, 2000, p. 131. Al respecto, RAZ, *Practical Reason and Norms*, 2ª ed., 1990, pp. 33 ss.; latamente sobre ello, MAÑALICH RAFFO, «Norms, Authority, and Practical Reason. On Raz's Conception of Legal Normativity», *Rechtsphilosophie*, (4), 2022, pp. 407 ss., 411 ss.

[181] Al respecto, MALEM SEÑA, *Derechos y libertades*, (2-3), 1994, pp. 43 ss.

[182] Véase NINO, *Juicio al mal absoluto*, 2ª ed., 2015, pp. 248 ss.

[183] NINO, *Juicio al mal absoluto*, 2ª ed., 2015, pp. 251 ss. Para un análisis pormenorizado de la pretendida paradoja, en referencia inmediata a lo que él denomina la «constitución histórica», véase NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, 1997, pp. 42 ss., 47 ss.

[184] Véase NINO, *Juicio al mal absoluto*, 2ª ed., 2015, pp. 252 ss. Al respecto, NINO, *Ética y derechos humanos*, 2ª ed., 1989, pp. 367 ss., 387 ss.; asimismo, y pormenorizadamente, NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, 1998, pp. 154 ss., 166 ss. Sobre ello, véase MALEM SEÑA, *Derechos y libertades*, (2-3), 1994, pp. 48 ss.

[185] MONTI, «La paradoja de la superfluidad del derecho y el valor epistémico de la democracia», *Análisis Filosófico*, (35-1), 2015, pp. 134 ss., 138 ss., 148 ss.

del derecho se basa, crucialmente, en un presupuesto que debe ser explicitado, a saber: «el principio de *unidad* del razonamiento práctico, que evita la indecidibilidad de las acciones regidas por una pluralidad de razones», y que explicaría «el rasgo de la *integración* de las razones», consistente en que estas puedan agruparse «en un sistema guardando cierto orden jerárquico»[186].

A este respecto, es particularmente revelador que, en su esfuerzo por sustentar la proposición de que «las razones operativas últimas de un razonamiento jurídico justificatorio (i.e., de uno que toma en cuenta el hecho de la existencia de reglas jurídicas) no pueden ser «razones jurídicas»»[187], BAYÓN invoque a NINO como quien habría detectado las dificultades fundamentales a las que se enfrentaría una concepción que, como la de HART, pretende afirmar la autonomía de la autoridad práctica exhibida por las normas jurídicas[188]. Una defensa del postulado de la unidad del razonamiento práctico como la ofrecida por BAYÓN descansa, decisivamente, en la hipótesis de que el universo de las razones para la acción de las que pudiera disponer un agente se reduciría a dos clases fundamentales, a saber: la clase de las razones prudenciales, que remiten al auto-interés del agente, y la clase de las razones (no prudenciales) capaces de prevalecer frente a aquellas[189]. Y la categorización unitaria de estas últimas como «razones morales» respondería, según BAYÓN, a la necesidad de «considerar razones *del mismo tipo* a todas las que [el agente] acepta como dominantes sobre las prudenciales»[190]. Pues, «[d]e lo contrario, estaríamos fragmentando o desintegrando el discurso práctico en esferas o ámbitos independientes», lo cual «tendría como consecuencia una indeseable proliferación de sentidos no conmensurables en los que podría decirse que una acción está «"justificada"»[191].

Hay buenos argumentos para desechar semejante reducción del universo de las razones prácticas capaces de exhibir fuerza normativa a una única categoría[192]. Aquí solo cabe apuntar que, si —contra NINO y BAYÓN— se admite la posibilidad de reconocer una significación práctica autónoma a las normas jurídicas en cuanto razones perentorias e «independientes del contenido»[193], entonces con ello deviene posible identificar la finalidad de la punición estatal con la reafirmación de la autoridad del derecho, sin que ello suponga asumir un compromiso con alguna variante de iuspositivismo ideológico.

---

[186] NINO, *La validez del derecho*, 2000, p. 133 (con cursivas en el original).

[187] BAYÓN MOHINO, *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, 1991, p. 737.

[188] Véase BAYÓN MOHINO, *La normatividad del derecho*, 1991, pp. 719 ss., 721.

[189] Al respecto, BAYÓN MOHINO, *La normatividad del derecho*, 1991, pp. 711 ss.

[190] BAYÓN MOHINO, *La normatividad del derecho*, 1991, p. 723 (con cursivas en el original).

[191] BAYÓN MOHINO, *La normatividad del derecho*, 1991, pp. 723 ss.

[192] Para dos diferentes enfoques antirreduccionistas a este respecto, véase, por un lado, BRANDOM, *Making it Explicit*, 1994, pp. 243 ss., 249 ss.; y, por otro, SCANLON, *Being Realistic about Reasons*, 2014, pp. 69 ss., 76 ss., 90 ss. Que la defensa del postulado de la unidad del razonamiento práctico, en cuanto comprometida con la existencia de razones prudenciales y razones morales, descansa en la validación de una forma de pluralismo en cuanto a las categorías de razones ontológicamente admitidas, ha sido perspicazmente observado por YAFFE, «*Legal* Reasons, *Legal* Desert, *Legal* Culpability: Reply to Guerrero, Kelly and Mendlow», *The Journal of Ethics*, (24), 2020, pp. 297 ss.

[193] Al respecto, y en detalle, MAÑALICH RAFFO, *Rechtsphilosophie*, (4), 2022, pp. 425 ss. Para una defensa de la autonomía de lo que cabría llamar «razones jurídicas» para la acción, véase YAFFE, *The Age of Culpability*, 2018, pp. 126 ss. Desde premisas teóricas parcialmente divergentes, la autonomía de la autoridad del derecho *qua* especie de autoridad práctica ha sido persuasivamente defendida por LUDWIG, «The Social Construction of Legal Norms», en GARCÍA-GODINEZ/MELLIN/HEIKKI TUOMELA (eds.), *Social Ontology, Normativity and Law*, 2020, pp. 198 ss.

4.2. La producción democrática del derecho como precondición de la legitimidad de la reafirmación punitiva de su autoridad

Una reconstrucción crítica de la objeción distintivamente liberal que NINO dirige contra las concepciones retribucionistas del castigo ha sido ofrecida por FERNÁNDEZ FIKS, en términos que hacen reconocible la falta de plausibilidad de esa objeción en tres de sus ángulos primordiales, a saber: (1) la denuncia de que el retribucionismo no sería respetuoso de la autonomía personal del condenado; (2) la afirmación de que el retribucionismo implicaría una validación de una forma de subjetivismo que pretendidamente llevaría a la necesaria equiparación penológica entre consumación y tentativa; y (3) la sugerencia de que el retribucionismo haría del carácter del condenado el objeto de reproche jurídico-penal[194].

En cada uno de esos tres frentes, una concepción secular de la pena retributiva se muestra inmune al cargo que, respectivamente, NINO le dirige. En cuanto a lo primero, la denuncia de NINO pasa enteramente por alto, en lo inmediato, que en particular en su variante kantiana tal concepción descansa en lo que cabe denominar el «principio del respeto», que KANT articula de un modo que, entre otras cosas, lleva a una refutación del «principio del consentimiento» que postulara BECCARIA[195]. En cuanto a la supuesta implicación «subjetivista» que tendría toda forma de retribucionismo, basta con advertir que, si se asume consistentemente la distinción entre el *objeto* y el *fundamento* de la respectiva imputación, a favor de la solución de la diferenciación penológica entre consumación y tentativa habla decisivamente la consideración de que, en referencia a *aquello* que se imputa, la incorrección objetiva del comportamiento imputable al agente se corresponde con una *base de merecimiento* que es privativa de una punibilidad a título de delito consumado[196]. Y en cuanto a la supuesta implicación de que la culpabilidad punitivamente «retribuida» no podría sino asumir la forma de una culpabilidad por el carácter, en su argumentación NINO desconoce que, en la tradicional contrastación de los conceptos de culpabilidad por el hecho y culpabilidad por el carácter, la preposición «por» tiende a exhibir una ambigüedad sistemática. Pues las frases «*por* el hecho» y «*por* el carácter» pueden designar o bien el *objeto de referencia* del reproche sustentado en la adscripción de culpabilidad, o bien el *sustrato* sobre el cual descansa esa adscripción.

En efecto, una fundamentación «compatibilista» de la culpabilidad jurídico-penal como base de merecimiento, que *pace* NINO puede encontrar apoyo en su agudo análisis del «problema del libre albedrío» como posible amenaza para las atribuciones de responsabilidad[197], necesita apelar a la posibilidad de que el comportamiento susceptible de ser imputado a algún agente sea interpretado como expresivo de su propia identidad. De esto depende la legitimidad de un reproche jurídico-penal, en cuanto estrictamente *referido* a una instancia particular de

---

[194] Véase FERNÁNDEZ FIKS, «Retribucionismo y liberalismo en la teoría de Carlos Nino», *En Letra: Derecho Penal*, (6-9), 2019, pp. 105 ss., 111 ss., 123 ss. Para una convincente reconstrucción, igualmente crítica, de la objeción «antiperfeccionista» que NINO pretende dirigir contra las concepciones retribucionistas de la pena estatal, en referencia específica a su pretendido compromiso con una forma especialmente extrema de subjetivismo y con un modelo de culpabilidad por el carácter, véase BEADE, *Inculpación y castigo*, 2017, pp. 44 ss., 46 ss., 50 ss.

[195] En detalle al respecto, MAÑALICH RAFFO, *Revista de Ciencia Política*, (38), 2018, pp. 512 ss., 517 ss., con referencias ulteriores.

[196] Véase MAÑALICH RAFFO, «Azar, control e imputación. El derecho penal ante la suerte moral», *Política Criminal*, (17-35), 2023, pp. 231 ss., a propósito del problema de la «suerte consecuencial».

[197] Véase NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, pp. 351 ss.; también NINO, *Introducción a la filosofía de la acción humana*, 1987, pp. 101 ss.

quebrantamiento del derecho, aunque *fundado* en el reconocimiento de la autonomía agencial manifestada en esa misma instancia de quebrantamiento del derecho[198]. Así, la persona contra quien se dirige la respectiva reacción punitiva es declarada culpable *de* un hecho (delictivo), mas *en virtud de* que el hecho le es atribuido como suyo, en el sentido de que el hecho, en la medida en que le es imputable, ha de ser interpretado como una expresión, puntual y acotada, de su propia identidad[199]. Este es precisamente el sentido en el cual, según BINDING, todo delito en general sería una «autorrealización de la culpabilidad»[200].

Pero el argumento así apenas esbozado se encontraría indefectiblemente incompleto si no se explicitara que, bajo un modelo de derecho penal que honre el llamado «mandato de neutralidad del derecho»[201], semejante autorrealización de la culpabilidad exhibe un valor declarativo puramente *negativo*. La culpabilidad jurídico-penal no consiste más que en el *déficit* de fidelidad al derecho expresado a través del respectivo quebrantamiento de la norma en cuestión. Desde este punto de vista, la imputación jurídico-penal asume la forma de un programa de racionalización negativa, cuya estructura queda definida por lo que BINDING aptamente denominara la «psicología esotérica del derecho»[202]. De esto se sigue, empero, que los partidarios de semejante concepción retribucionista de la pena *no* podemos «apoyar[nos] únicamente en las actitudes subjetivas del sujeto activo»[203]. Pues, *pace* NINO[204], la intención positivamente perseguida por el potencial autor, así como los motivos por los cuales se haya formado, eventualmente, semejante intención, carecen de toda relevancia como factor de imputación[205]. Bajo una concepción como la aquí delineada, lo único susceptible de ser jurídico-penalmente reprochado a una persona es no haber transformado la norma en motivo dominante para evitar el comportamiento que ella de hecho no evitó, pero que habría podido evitar si hubiera reconocido esa norma como premisa vinculante[206]. Así, en consideración tanto a su contenido como a sus presupuestos, semejante reproche fundado en la correspondiente atribución de culpabilidad no exhibe connotación perfeccionista alguna.

En lo que aquí interesa, la fisonomía de un modelo de derecho penal retributivo así orientado se adecua sin más a la siguiente descripción ofrecida por BELING:

> «En las manos del Estado, la retribución, que según su propia idea es "ética", necesariamente tiene que transformarse en retribución "jurídica". Pues el Estado como tal no es un guardián de la virtud, sino que sólo regula —en una tendencia socialmente eudemonística— la coexistencia exterior de los sujetos de derecho (*Rechtsgenossen*).

---

[198] Al respecto, MAÑALICH RAFFO, *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena*, 2018, pp. 45 ss., con referencias ulteriores.

[199] En detalle sobre esto, MAÑALICH RAFFO, «El concepto de acción y el lenguaje de la imputación», *Doxa*, (35), 2012, pp. 677 ss., 682 ss.

[200] BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. 2, 2ª ed., 1914, p. 293.

[201] Fundamental al respecto, KINDHÄUSER, «La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad», en KINDHÄUSER/MAÑALICH RAFFO, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, 2ª ed., 2011, pp. 68 ss., 75 ss., 82 ss.

[202] Véase BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. 2, 2ª ed., 1914, pp. 3 ss.

[203] En la dirección opuesta, NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 77.

[204] Véase NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, pp. 76 ss.

[205] Acerca de la conexión que se deja establecer entre los conceptos de intención y de motivo, desde el punto de vista de la filosofía de la acción, véase *supra*, nota 92.

[206] En detalle al respecto, MAÑALICH RAFFO, *Norma, causalidad y acción*, 2014, pp. 23 ss.

> Con ello, para el Estado queda desde ya descartada toda reacción contra un actuar éticamente defectuoso como tal; por vía de retribución él solamente reacciona contra un actuar contrario al Estado = estatalmente prohibido = antijurídico»[207].

Ello vuelve indubitable que una concepción retribucionista de la pena jurídica como la aquí bosquejada presupone una forma de iuspositivismo «teórico» *à la* BOBBIO[208], que más rigurosamente habría que caracterizar en la forma de un iuspositivismo *ontológico*: el conjunto de normas y estándares que son identificados como los ítems que conforman un sistema jurídico cualquiera es un conjunto cuyos componentes satisfacen una «condición de pedigrí» asociada a su producción o reconocimiento estatal[209]. Pero sería un error manifiesto confundir esto último con la supuesta validación de una forma de iuspositivismo *ideológico*, a saber: con la tesis de que el hecho de que una norma exhiba validez jurídica conllevaría, *eo ipso*, la existencia de un «deber moral» de obedecerla[210]. Pues, según ya mostrara, esta conclusión presupone la aceptación del postulado de la unidad del razonamiento práctico, que precisamente se distingue por negar la autonomía de la normatividad jurídica como una normatividad irreductible tanto al dominio de la racionalidad prudencial como al dominio del razonamiento moral.

Desde el punto de vista aquí asumido, es imprescindible diferenciar el hecho de que las normas de comportamiento punitivamente reforzadas bajo algún sistema jurídico en efecto lleguen a estar revestidas de autoridad, por un lado, del hecho de que ellas meramente pretendan estar revestidas de autoridad, por otro. Según RAZ, este último es un rasgo definitorio de lo que identificamos como un conjunto de normas jurídicas. Pero de ello ciertamente no se sigue que semejante pretensión de autoridad se encuentre efectivamente justificada. La propuesta que RAZ mismo nos ofrece para determinar las condiciones bajo las cuales esa pretensión estaría justificada consiste en su célebre concepción de la autoridad «como servicio», que descansa en la tesis de la «justificación normal», según la cual

> «la manera normal para establecer que una persona tiene autoridad sobre otra persona supone mostrar que el presunto súbdito probablemente vaya a atenerse mejor a las razones que le son aplicables (distintas de las directivas de la presunta autoridad) si él acepta las directivas de la

---

[207] BELING, *Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht*, 1908, p. 50. En detalle acerca de la variante de concepción retribucionista de la pena estatal defendida por BELING, véase MAÑALICH RAFFO, *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena*, 2018, pp. 38 ss., 50 ss.

[208] Véase BOBBIO, *El problema del positivismo jurídico*, 1991, p. 49: «Por positivismo jurídico como teoría entiendo aquella concepción particular del derecho que vincula el fenómeno jurídico a la formación de un poder soberano capaz de ejercitar la coacción: el Estado. Se trata de aquella común identificación del positivismo jurídico con la teoría estatal del derecho». Que semejante aproximación a la ontología del derecho no ha devenido enteramente implausible, aun en un contexto cultural favorable al paradigma del llamado «pluralismo jurídico», lo muestra el análisis que SHAPIRO ha ofrecido de la capacidad de «autocertificación» —fundante de una correspondiente «presunción de validez— como marca de juridicidad: se trataría de una propiedad graduable que, con todo, tendería a ser exhibida en una magnitud particularmente elevada por aquellos sistemas de normas cuya producción o reconocimiento es imputable a una organización que tiene forma de Estado; véase SHAPIRO, *Legality*, 2011, pp. 217 ss., 220 ss., 223 ss.

[209] Que, en particular referencia al positivismo jurídico asumido por BINDING, ello no puede ser confundido con una forma de iuspositivismo «legalista», ha sido concluyentemente demostrado por ORTIZ DE URBINA GIMENO, *La excusa del positivismo jurídico*, 2007, pp. 115 ss., 139 ss.

[210] Tal es la orientación de la caracterización (peyorativa) ofrecida por BOBBIO, *El problema del positivismo jurídico*, 1991, pp. 52 ss. Para una reconstrucción crítica del planteamiento de BOBBIO a este respecto, véase ATRIA LEMAITRE, *La forma del derecho*, 2016.

> presunta autoridad como autoritativamente vinculantes y trata de seguirlas, en vez de intentar seguir directamente las razones que le son aplicables»[211].

Esta concepción se distingue por ser insensible al modo de producción de las normas que exhiben la correspondiente pretensión de autoridad, por cuanto ella ignora, más básicamente, la significación política del desacuerdo potencialmente existente entre los ciudadanos de una democracia en cuanto a cómo ha de organizarse la forma de vida que ellos comparten[212]. En contraste con esto, una reformulación de la pregunta por la obligatoriedad del derecho como una pregunta concerniente a la justificación propiamente *política* de su pretensión de autoridad lleva a atender, crucialmente, al modo de producción de las normas en cuestión, en la medida en que esa justificación política sea redefinida como una justificación estrictamente democrática.

En efecto, si se satisfacen las condiciones de las cuales depende que la producción legislativa de una norma confiera a esta el carácter de una resolución públicamente aceptable de un desacuerdo concerniente al estatus normativo de la forma de comportamiento sometida a esa misma norma, en la medida en que el proceso resultante en su puesta en vigor haya honrado la posibilidad de igual participación en la correspondiente toma de decisión, entonces esa norma justificadamente exhibirá la pretensión de vincular, en lo inmediato, a todos aquellos a quienes se reconoce dicha posibilidad de igual participación, aun en caso de su eventual falta de adhesión sustantiva a la norma así producida. Justamente en esto descansa la manera en que el proceso democrático contribuye a materializar la posibilidad de que las normas que exhiben validez jurídica lleguen a obligar *con independencia de su contenido*[213].

4.3. La tensión entre liberalismo y democracia

Es claro que un enfoque como el recién bosquejado no podría recibir el beneplácito de NINO. Pues este, analizando la concepción tradicionalmente atribuida a ROUSSEAU, rechaza incondicionalmente la aceptabilidad de un modelo soberanista de democracia, esto es, un modelo de democracia erigido sobre la noción de soberanía popular[214]. Especial importancia tiene aquí el hecho de que NINO conceda que un modelo soberanista de la democracia popular en efecto lograría superar «la paradoja de la superfluidad del derecho»[215]. Su rechazo de tal modelo remite, más bien, a una preocupación marcadamente liberal, fundada en que «la visión de la democracia que la asocia a la soberanía popular puede sólo ser entendida a través de [una] concepción orgánica o colectivista del pueblo»[216], la cual dependería de una muy problemática «ontología colectivista», a la vez que sería tendencialmente favorable a la emergencia de «prácticas autoritarias»[217].

---

[211] RAZ, *The Morality of Freedom*, 1986, p. 53 (con supresión de las cursivas del original).

[212] Sobre esto, MAÑALICH RAFFO, *Rechtsphilosophie*, (4), 2022, pp. 432 ss.

[213] Más detenidamente sobre esto, MAÑALICH RAFFO, *Rechtsphilosophie,* (4), 2022, pp. 425 ss.

[214] Véase NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, 1997, pp. 133 ss.

[215] NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, 1997, p. 136.

[216] NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, 1997, p. 136.

[217] NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, 1997, p. 137.

De esta manera, NINO identifica la tensión, infrecuentemente advertida por los cultores de la teoría jurídica[218], entre el compromiso liberal con el resguardo de la libertad negativa a través de los arreglos institucionales definitorios de un Estado de derecho, por un lado, y el compromiso democrático con la práctica del autogobierno, por otro. Que frente a esa tensión NINO indudablemente haga prevalecer el primero de esos dos compromisos[219], quizá en parte se explique por su problemática asunción de que el camino opuesto no podría más que descansar en una concepción «orgánica» —esto es: esencialista— del pueblo. Pero al asumir esto último, NINO deja completamente inexplorada la posible articulación de un concepto (políticamente) «constructivista» de pueblo, que identifique este con un sujeto colectivo cuya existencia sea ininteligible al margen de una praxis *representacional*, al interior de la cual el pueblo no es más que la entidad a cuyo nombre alguien habla cuando habla, exitosamente, a nombre «de todos», lo cual quiere decir: de un modo que somete la formulación de la correspondiente manifestación de voluntad política a un cuantificador universal[220].

De acuerdo con la tesis aquí favorecida, una justificación retribucionista de la punición jurídica, en cuanto inmediatamente orientada a la reafirmación de la pretensión de autoridad de la norma quebrantada, tiene exactamente la misma plausibilidad que la justificación política de esa pretensión de autoridad. Un planteamiento semejante se encuentra muy lejos de la caracterización de «la relación entre un sistema democrático de gobierno y el contenido de Derecho Penal» que NINO entiende acertada[221]. Pues, en su reinvindicación del valor epistémico de la democracia, NINO llega a la conclusión, considerablemente más modesta, de que

> «el origen del Derecho Penal es relevante para la justificación de la pena desde que fundamenta una presunción de que los actos que tiende a prevenir son equivocados y que la pena implica daños sociales menores que los implícitos en dichos actos»[222].

Aun cuando uno no esté disponible para acompañar a NINO en esta propuesta de justificación, sería intelectualmente deshonesto no reconocer la elevadísima medida de coherencia con la que él llega a presentarnos una imagen suficientemente depurada de un modelo de derecho penal asentado en un programa de filosofía política que, en último término, reposa en una tan ambiciosa como refinada estrategia de fundamentación moral. Por eso debemos seguir analizando su obra como una que todavía nos interpela, y ello nos obliga a usar el tiempo gramatical del presente cuando hablamos de ella, como aquí se ha hecho.

---

[218] Lo cual se muestra en la manera en que suele ser usada, como si no entrañara tensión alguna, la expresión «democracia liberal». Críticamente al respecto, MAÑALICH RAFFO, «¿Democracia liberal o libertad democrática?», *Estudios Públicos*, (134), 2014, pp. 157 ss.

[219] Sobre esto, véase especialmente BEADE, *Inculpación y castigo*, 2017, pp. 75 ss., 80 ss.

[220] Véase MAÑALICH RAFFO, *Estudios Públicos*, (134), 2014, pp. 161 ss., 164 ss.

[221] Así, NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, p. 13.

[222] NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, pp. 21 s. La constatación de esta explícita toma de posición de NINO tendría que llevar a relativizar, a lo menos, el potencial que Gargarella cree poder atribuir a su particular versión de una concepción deliberativa de la democracia para sustentar una concepción comunicativa de la pena; véase GARGARELLA, *Castigar al prójimo*, pp. 128 ss., 132 ss., 136 ss., quien llega a sugerir que, sobre la base de esa concepción de la democracia, NINO tendría que haberse acercado a defender una teoría de la pena próxima a los «enfoques comunicativos sobre el castigo», según los cuales el punto de la punición consistiría en «entablar un diálogo moral con [el ofensor], a fin de comunicarle el reproche social hacia lo que hizo» (*ibid*., p. 139). Como ha sugerido BEADE, *Inculpación y castigo*, pp. 50 ss., 54, semejante concepción comunicativa de la pena es manifiestamente incompatible con el compromiso (inalterado) de NINO con el pretendido constreñimiento antiperfeccionista que una justificación moralmente admisible de la punición estatal tendría, inexorablemente, que observar.

5. Bibliografía

ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1975.

ATRIA LEMAITRE, *La forma del derecho*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2016.

BAYÓN MOHINO, «Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico», *Isonomía*, (13), 2000, pp. 87-117.

———, *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

BEADE, *Inculpación y castigo: ensayos sobre la filosofía del Derecho Penal*, Universidad de Palermo, Buenos Aires, 2017.

BECCARIA, *De los delitos y las penas*, trad. por De las Casas, Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 2000.

BELING, *Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht*, Wilhelm Engelmann, Leipzig, 1908.

BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. 1, 4ª ed., Felix Meiner, Leipzig, 1922.

———, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. 3, Felix Meiner, Leipzig, 1918.

———, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. 2, 2ª ed., Felix Meiner, Leipzig, 1914.

———, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, t. 1, 2ª ed., Wilhelm Engelmann, Leipzig, 1902.

BOBBIO, *El problema del positivismo jurídico*, trad. por Garzón Valdés, Fontamara, Ciudad de México, 1991.

BRANDOM, *Making it Explicit*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.)-London, 1994.

CANALE/POGGI, «Pragmatics Aspects of Legislative Intent», *The American Journal of Jurisprudence*, (64), 2019, pp. 125-138.

DE LA VEGA MARTINIS, *Transparenz und Undurchsichtigkeit*, tesis doctoral, Universidad de Bonn, 2016.

DIAS, «Carlos Nino y la provocación intencional de la legítima defensa», *Enfoques Penales*, (noviembre), 2019.

FEINBERG, *Harm to Self*, Oxford University Press, New York-Oxford, 1986.

FERNÁNDEZ FIKS, «Retribucionismo y liberalismo en la teoría de Carlos Nino», *En Letra: Derecho Penal*, (6-9), 2019, pp. 103-143.

FRISTER, *Derecho Penal. Parte General*, trad. por Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2016.

GARGARELLA, *Castigar al prójimo*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2016.

HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1994.

HART/HONORÉ, *Causation in the Law*, 2ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1985.

HART, *Punishment and Responsibility*, Clarendon Press, Oxford, 1968.

JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, t. IV, Losada, Buenos Aires, 1952.

KAGAN, *Death*, Yale University Press, New Haven-London, 2012.

KINDHÄUSER, «La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad», trad. por García Cavero, en KINDHÄUSER/MAÑALICH RAFFO, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, 2ª ed., BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2011, pp. 67-114.

———, «Objektive und subjektive Zurechnung beim Vorsatzdelikt», en BYRD/JOERDEN (coords.), *Philosophia Practica Universalis. Festschrift für Joachim Hruschka*, Duncker & Humblot, Berlin, 2005, pp. 527-542.

———, *Gefährdung als Straftat*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1989.

LUDWIG, «The Social Construction of Legal Norms», en GARCÍA-GODINEZ/MELLIN/HEIKKI TUOMELA (eds.), *Social Ontology, Normativity and Law*, De Gruyter, Berlin-Boston, 2020, pp. 179-207.

MACKIE, *The Cement of the Universe*, Clarendon Press, Oxford, 1980.

MALEM SEÑA, «In Memoriam: Carlos Santiago Nino. Apuntes bio-bibliográficos», *Derechos y libertades*, (2-3), 1994, pp. 17-75.

MAÑALICH RAFFO, «Azar, control e imputación. El derecho penal ante la suerte moral», *Política Criminal*, (17-35), 2023, pp. 214-245.

———, «Norms, Authority, and Practical Reason. On Raz's Conception of Legal Normativity», *Rechtsphilosophie*, (4), 2022, pp. 406-435.

———, «Peligro concreto y peligro abstracto. Una contribución a la teoría general de la parte especial del derecho penal», *Revista Chilena de Derecho*, (48), 2021, pp. 79-100.

———, «La clausura de los sistemas de normas de sanción penal como sistemas de reglas constitutivas», *Revus*, (44), 2021, pp. 27-55.

———, «Tentativa, error y dolo. Una reformulación normológica de la distinción entre tentativa y delito putativo», *Política Criminal*, (14-27), 2019, pp. 296-375.

———, «Respeto y retribución. La pena jurídica en la *Metafísica de las Costumbres*», *Revista de Ciencia Política*, (38), 2018, pp. 507-526.

———, *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2018.

———, *Norma, causalidad y acción*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2014.

———, «Omisión del garante e intervención delictiva. Una reconstrucción desde la teoría de las normas», *Revista de Derecho (Coquimbo)*, (21-2), 2014, pp. 225-276.

———, «Normas permisivas y deberes de tolerancia», *Revista Chilena de Derecho*, (41), 2014, pp. 473-522.

———, «Merecimiento, distribución y teodicea: el derecho penal en la teoría rawlsiana de la justicia», en GREZ/WILENMANN/FUENZALIDA (coords.), *Una vida en la Universidad de Chile: celebrando al profesor Antonio Bascuñán Valdés*, Legal Publishing/Thomson Reuters, Santiago, 2014, pp. 389-415.

———, «¿Democracia liberal o libertad democrática?», *Estudios Públicos*, (134), 2014, pp. 155-167.

———, «La exculpación como categoría del razonamiento práctico», *InDret*, (1), 2013.

———, «El concepto de acción y el lenguaje de la imputación», *Doxa*, (35), 2012, pp. 663-690.

MONTI, «La paradoja de la superfluidad del derecho y el valor epistémico de la democracia», *Análisis Filosófico*, (35-1), 2015, pp. 133-157.

NEUMANN, «El principio de proporcionalidad como principio limitador de la pena», trad. por SÁNCHEZ-OSTIZ, en ROBLES PLANAS (ed.), *Límites al Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 201-212.

NINO, *Juicio al mal absoluto*, trad. por Böhmer, 2ª ed., Siglo XXI, Buenos Aires, 2015.

———, *Fundamentos de Derecho Penal*, Gedisa, Buenos Aires, 2008.

———, *La legítima defensa. Fundamentación y régimen jurídico*, Astrea, Buenos Aires, 2005.

———, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2003.

———, *La validez del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2000.

———, *La constitución de la democracia deliberativa*, trad. por Saba, Gedisa, Barcelona, 1997.

———, *Algunos modelos metodológicos de "ciencia" jurídica*, 2ª ed., Fontamara, Ciudad de México, 1993.

———, *Ética y derechos humanos*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1989.

———, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 1989.

———, *Introducción a la filosofía de la acción humana*, Eudeba, Buenos Aires, 1987.

———, *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, trad. por Navarro, Astrea, Buenos Aires, 1980.

———, *El concurso en el derecho penal*, Astrea, Buenos Aires, 1972.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, *La excusa del positivismo jurídico*, Thomson/Civitas, Madrid, 2007.

PARMIGIANI, «El alcance justificatorio del consentimiento tácito. El problema de Locke y la lógica del beneficio», *Doxa*, (43), 2020, pp. 103-132.

RAWLS, *A Theory of Justice*, 2ª ed., The Belknap Press, Cambridge (Mass.), 1999.

RAZ, *Practical Reason and Norms*, 2ª ed., Princeton University Press, Princeton (N.J.), 1990.

———, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986.

REDONDO, *Positivismo jurídico interno*, Revus, Ljubljana, 2018.

RODRÍGUEZ, «Lagunas axiológicas y relevancia normativa», *Doxa*, (22), 1999, pp. 349-369.

ROXIN, *Strafrechtliche Grundprobleme*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1973.

SCANLON, *Being Realistic about Reasons*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

SHAPIRO, *Legality*, The Belknap Press, Cambridge (Mass.)-London, 2011.

SILVA OLIVARES, «Imputación y causas de justificación», *Revista de Estudios de la Justicia*, (18), 2013, pp. 25-58.

TORRES ORTEGA, «Subjetivismo y objetivismo en el derecho penal según Carlos Santiago Nino», *Ciencia Jurídica*, (3-5), 2014, pp. 85-103.

VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Duncker & Humblot, Berlin, 1993.

VON WRIGHT, *Norm and Action*, Routledge & Kegan Paul, London, 1963.

YAFFE, «*Legal* Reasons, *Legal* Desert, *Legal* Culpability: Reply to Guerrero, Kelly and Mendlow», *The Journal of Ethics*, (24), 2020, pp. 295-306.

———, *The Age of Culpability*, Oxford University Press, Oxford, 2018.

InDret
2.2024

Ana Belén Valverde-Cano
Universidad Complutense de Madrid
-

Violación grupal: ¿tantos delitos como intervinientes?

Criterios para contar acciones en agresiones sexuales con múltiples participantes

Sumario

-

En violaciones grupales, una interpretación muy extendida es que hay «tantos delitos como intervinientes». En la práctica, esto se traduce en que se castiga como autor al que realiza directamente el acto sexual y como coautores o cooperadores necesarios a los demás; y que, si intercambian roles, hay un nuevo delito del que los demás nuevamente participan. En este trabajo defiendo que este criterio para individualizar acciones típicas no es adecuado porque está basado en premisas incorrectas (como que las violaciones deben realizarse «de propia mano») o porque conduce a resultados desproporcionados. Estos escenarios donde, pese a que intervienen varios sujetos, puede identificarse una unidad espacio-temporal y unidad de injusto, deberían considerarse supuestos de «unidad de acción» en los que hay una sola acción colectiva agravada por el actuar conjunto, y castigarse como tal.

Abstract

-

In gang rapes, a widely held interpretation is that there are «as many offenses as there are participants». In practice, this translates into punishing the person who directly commits the sexual act as the principal offender and the others as necessary accomplices. Moreover, if they switch roles, a new offense emerges in which the others once again participate. In this paper, I argue that this approach to dividing actions is not appropriate because it is based on incorrect premises (such as viewing sexual offenses as «de propia mano» crimes) or because it leads to unreasonable outcomes. In these scenarios a spatio-temporal unity and unity of wrongdoing can be identified, even with the involvement of multiple individuals. Therefore, they should be considered «unity of action» scenarios in which there is a single collective action aggravated by joint participation and should be penalised accordingly.

Zusammenfassung

-

Bei Gruppenvergewaltigungen ist die Auslegung weit verbreitet, dass es „so viele Straftaten wie Beteiligte" gibt. In der Praxis bedeutet dies, dass die Person, die die sexuelle Handlung unmittelbar vornimmt, als Täter bestraft wird und die anderen als notwendige Beteiligte; und dass, wenn sie die Rollen tauschen, eine neue Straftat vorliegt, an der die anderen wiederum beteiligt sind. In dem vorliegenden Beitrag vertrete ich die Auffassung, dass dieser Ansatz zur Individualisierungen der tatbestandsmäßigen Handlungen unangemessen ist, entweder weil er auf falschen Voraussetzungen beruht (z. B. dass Sexualstraftaten „eigenhändige" Delikte sind) oder weil er zu unverhältnismässigen Ergebnissen führt. Diese Konstellationen, in denen trotz der Beteiligung mehrerer Subjekte sich eine räumlich-zeitliche Einheit und eine Einheit des Fehlverhaltens feststellen lässt, sollten als Fälle von „Handlungseinheit" betrachtet werden, in denen eine einzige kollektive Handlung ausgeführt wird, die durch gemeinsames Handeln schwerwiegender wird, und als solche bestraft werden soll.

Title: *Gang rape: Are there as many offenses as participants? Criteria for counting actions in sexual assaults involving multiple participants*

Titel: *Gruppenvergewaltigung: so viele Taten wie Teilnehmer? Kriterien für die Bestimmung der Anzahl von Handlungen bei Vergewaltigungen mit mehreren Beteiligten*

-

Palabras clave: Unidad de acción; continuidad delictiva; violación grupal.
Keywords: *Unity of action; criminal continuity; gang rape.*
Stichwörter: *natürliche Handlungseinheit; rechtliche Handlungseinheit; Gruppenvergewaltigung.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2024.i2.08

-

InDret

2.2024

Recepción
09/11/2023
-
Aceptación
25/02/2024
-

Índice

-

1. ***Introducción***
2. ***Cómo se cuentan las acciones en los delitos sexuales***
   - 2.1. Cómo se individualizan las acciones en general: los sentidos de la palabra «acción»
   - 2.2. Cómo individualizan los tribunales las acciones en los delitos sexuales
     - a. Agresiones individuales: un mismo sujeto activo en un único evento
     - b. Agresiones grupales: tantos delitos como intervinientes que acceden directamente
   - 2.3. Cómo se individualizan doctrinalmente las acciones en delitos sexuales
     - a. Agresiones individuales: un mismo sujeto activo en un único evento
     - b. Agresiones grupales: tantos delitos como intervinientes
     - c. Agresiones grupales: un único evento, un único delito (con independencia del número de participantes)
3. ***Cómo deberían individualizarse las acciones en los delitos sexuales***
   - 3.1. Crítica a lo anterior
     - a. Crítica a la interpretación de que cada intervención renueva el dolo sexual
     - b. Crítica a la interpretación que reconduce las agresiones sexuales a infracciones personales de deber
   - 3.2. Unidad de acción
     - a. ¿El factor «actuación en grupo» añade lesividad a una violación?
     - b. Por qué abordar el plus de gravedad a través de la agravante
   - 3.3. Ya tenemos el número de acciones: ¿cómo las agrupamos?
     - a. Concurso real
     - b. Delito continuado
     - c. Un nuevo marco para la discusión
4. ***Conclusiones***
5. ***Bibliografía***

-

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

1. Introducción*

La experiencia nos dice que, si una persona se encuentra sola frente a varias y estas le piden que haga algo que no quiere hacer, es más fácil que oponga menos resistencia o que no oponga ninguna en absoluto. O que suele ser más degradante que sean varias personas, y no sólo una, las que presencien unos hechos si estos tienen que ver con la intimidad. Estas máximas de la experiencia tienen consecuencias en el plano normativo, al menos, en cuanto a delitos sexuales se refiere: por un lado, la presencia de más de un agresor en una violación es un elemento que se puede tener en cuenta para calificarla como intimidatoria a efectos de la agresión sexual[1]. Y, por otro, abre la puerta a la aplicación de agravantes como la de actuación conjunta[2].

---

* Autora de contacto: Ana Belén Valverde-Cano (anabeval@ucm.es). Esta publicación se ha elaborado en el marco de mi contrato Juan de la Cierva-Formación (FJC2020-043812-I) y el proyecto de investigación «Repensando el modelo de sanciones penales: de la entropía a la ordenación sistemática de las respuestas frente al delito (REPENSANCIONES)» (referencia SI3/PJI/2021-00222, IIPP: Daniel Rodríguez Horcajo y Gonzalo J. Basso), financiado por la Consejería de Ciencia, Universidades e Innovación de la Comunidad de Madrid (V-PRICIT) y la Universidad Autónoma de Madrid a través de la Convocatoria 2021 de ayudas a Proyectos de I+D para jóvenes investigadores de la Universidad Autónoma de Madrid. Agradezco muy especialmente al Área de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid, porque sin ellos este trabajo no existiría, y en particular a Blanca Mendoza, Enrique Peñaranda, Fernando Molina, Mercedes Pérez y Sebastián Figueroa, por sus valiosos comentarios en el Seminario de lectura del 27 de octubre de 2023, donde pude discutir en profundidad el texto. También estoy en deuda especial con Alejandra Castillo, Esteban Pérez Alonso e Inmaculada Ramos Tapia, y muy especialmente con Carlos Castellví, Leopoldo Puente y Nicolás Cantard, por sus incisivas observaciones a la versión inicial (y no tan inicial) de este texto. Quiero que conste que esto no es una manera de colectivizar lo malo que haya en el artículo, sino lo bueno.

[1] En la jurisprudencia, la presencia de varios intervinientes se valoraba para afirmar la existencia de una «intimidación ambiental» que convertía el abuso (cualquier atentado contra la libertad sexual) en agresión sexual (atentado contra la libertad sexual *con intimidación*), al menos, antes de la reforma operada por la Ley Orgánica 10/2022, de Garantía Integral de la Libertad Sexual. Así, en la STS 344/2019, Penal, de 4 de julio (ECLI:ES:TS:2019:2200), del caso de *la Manada*, el hecho de que fueran cinco varones «de edades muy superiores y de fuerte complexión» los que rodearon a la víctima en un lugar recóndito, fue fundamental para determinar que había habido un error de subsunción jurídica por parte de la Audiencia Provincial de Navarra, y que se trataba de un agresión y no un abuso (FJ 5). Encontramos otros ejemplos en la STS 744/2004, Penal, de 14 de junio (ECLI:ES:TS:2004:4075) —un caso estructuralmente muy parecido al de *la Manada*—, donde también se tiene en cuenta la pluralidad de atacantes y las circunstancias del hecho para decir que la situación era intimidatoria, incluso aunque no hubiera una amenaza explícita (FJ 3); o, más recientemente, en la STS 108/2023, Penal, de 16 de febrero (ECLI:ES:TS:2023:534), donde se afirma que: «aun no existiendo un plan preordenado, se produce la violación en presencia de otros individuos sin previo acuerdo, pero *con conciencia de la acción que realiza*. En estos casos *el efecto intimidatorio puede producirse por la simple presencia o concurrencia de varias personas*, distintas del que consuma materialmente la violación, ya que *la existencia del grupo puede producir en la persona agredida un estado de intimidación ambiental*» (FJ 2, cursivas propias). Inciden también en la superioridad numérica como elemento fundamental para constatar la existencia de intimidación: CUERDA ARNAU, «Agresión y abuso sexual: violencia o intimidación vs. consentimiento viciado», en FARALDO CABANA/ACALE SÁNCHEZ (dirs.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, 2018, pp. 118, 130; y, en esa misma obra colectiva, FARALDO CABANA/RAMÓN RIBAS, «La sentencia de la Manada y la reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales en España», en FARALDO CABANA/ACALE SÁNCHEZ (dirs.), *La Manada,* 2018, p. 264; y RAMÓN RIBAS, «La intimidación en los delitos sexuales: entre las agresiones y los abusos sexuales», en FARALDO CABANA/ACALE SÁNCHEZ (dirs.), *La Manada,* 2018, pp. 162-163. También ACALE SÁNCHEZ, «La intimidación en los delitos sexuales: entre las agresiones y los abusos sexuales», en MONGE FERNÁNDEZ (dir.), *Mujer y derecho penal ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, 2019, p. 246; y, en este mismo libro colectivo: MONGE FERNÁNDEZ, «Los delitos de agresiones y abusos sexuales a la luz del caso de "La Manada" ("sólo sí es sí")», en LA MISMA (dir.), *Mujer y derecho penal*, 2019, pp. 355-356.

[2] En ocasiones, la presencia de varias personas en una agresión sexual también se tiene en cuenta para aplicar la agravación del art. 180.1.2º CP (antiguo art. 180.1.1º CP), por entender que son actos que revisten «un carácter particularmente degradante o vejatorio», como en la STS 11/2006, Penal, de 19 de enero (ECLI:ES:TS:2006:312), donde se advierte que «la víctima fue dispuesta como objeto de placer durante toda la noche a disposición de satisfacer los apetitos sexuales de los autores, tratándose de una acción en la que todos los condenados, junto a

Pero, además, la presencia de varios intervinientes nos obliga a tomar otra decisión normativa fundamental: *qué y cuánto imputamos recíprocamente*, especialmente si uno participa de alguna manera en la creación de un contexto intimidatorio para la víctima, pero no en el acto estrictamente sexual. ¿Hay una sola acción o hay varias –tantas como intervinientes– que constituyen delitos independientes que se imputan recíprocamente?

Creo que el problema se ve mejor con los siguientes ejemplos:

1) Caso de *la Manada*, de la STS 344/2019, Penal, de 4 de julio de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:2200): cinco hombres acceden sexualmente a una mujer de 18 años en un portal durante la festividad de los San Fermines. No se preocuparon de recabar su consentimiento en ningún momento y de los hechos podía inferirse que se trataba de una situación objetivamente intimidante. Los cinco acusados fueron condenados como autores de un delito *continuado* de agresión sexual[3].

2) Caso de *la violación de año nuevo*, de la STS 20/2022, Penal, de 13 de enero (ECLI:ES:TS:2022:10): dos adultos abordan a una menor en la madrugada del 1 de enero y se la llevan al piso de uno de ellos, reteniéndola allí y turnándose para agredirla sexualmente durante varias horas. Son condenados, respectivamente, como autores de un delito continuado de agresión sexual (el que realizan de propia mano) y como cooperadores necesarios de un delito continuado de agresión sexual del compañero, en *concurso real*.

3) Caso de *la violación de los animadores*, de la STS 1295/2006, Penal, de 13 de diciembre (ECLI:ES:TS:2006:8772): cuatro adultos, que habían sido contratados como animadores de un evento, detienen con grilletes a un varón adulto en un edificio cerrado destinado a sus camerinos, inmovilizándolo, y se turnan para realizarle felaciones hasta que eyacula. Se les condena como coautores de *un único delito* de agresión sexual agravado por la actuación conjunta.

Estos casos tienen en común tres variables: hay una sola víctima, intervienen varios sujetos y, además, participan corporalmente en el acceso. La determinación de qué concurso concurre, no obstante, cambia radicalmente. En el caso de *la Manada* se aplica la continuidad delictiva, en el de *la violación de año nuevo* el concurso real, y, en *la violación de los animadores*, se castiga por un solo delito. En cada una de estas soluciones subyacen dos decisiones, aunque sea implícitamente: la primera sobre qué es una acción a efectos del delito sexual (es decir, qué hechos pueden atribuirse a una acción en sentido jurídico, cuándo empieza y cuándo acaba), y la segunda sobre cómo se agrupan y castigan, si es que se han identificado varias acciones.

El que en *la violación de los animadores* se condene por un único delito significa que, en ese caso, el Tribunal entendió que la acción agrupaba los distintos hechos que realizaron de propia mano cada uno de los intervinientes. Es decir, que estos no rompían la unidad de la acción. Por el contrario, en los casos de *la Manada* y de *la violación de año nuevo* –y, en realidad, en la abrumadora mayoría de resoluciones–, la participación personal o «de propia mano» (normalmente, del «propio miembro») parece ser el ingrediente fundamental para la

---

otros, participan, y que revela una particular degradación y vejación de la víctima» (FJ 7); o la STS 1005/2009, Penal, de 9 de octubre (ECLI:ES:TS:2009:6443).

[3] Aunque la sentencia da a entender que no debería haberse aplicado la continuidad delictiva, sino el concurso real (FJ 6.5.3). Así lo entiende también FARALDO CABANA, «La intervención de dos o más personas en las agresiones sexuales. Estado de la cuestión», *Revista de Derecho Penal y Crimonología*, (22), 2020, p. 403; y BOCANEGRA MÁRQUEZ, «Análisis de los argumentos empleados para negar la aplicación del delito continuado en las violaciones en grupo. Reflexiones al hilo del caso de "La Manada"», en GARCÍA ÁLVAREZ/CARUSO FONTÁN (coords.), *La perspectiva de género en la Ley del «solo sí es sí». Claves de la polémica*, 2023, pp. 211-212.

individualización, lo que en última instancia implica que hay tantas acciones como personas participen directamente en el acto (y no de cualquier manera, pues la participación debe implicar acceso de algún tipo)[4]. Una vez se cuentan las acciones de esta manera, debe decidirse cómo se agrupan a efectos de pena: si pueden acumularse conforme a los parámetros del art. 74.1 y 3 CP, se aplica la continuidad delictiva, y si no, el concurso real[5].

Esta manera de individualizar acciones contrasta con la respuesta que ofrecemos en otro tipo de delitos que se realizan de manera conjunta. Piénsese, por ejemplo, en un caso en el que varios individuos intimidan a una chica en las fiestas de los San Fermines para robarle el móvil, o en el de dos personas que se turnan para pegar a otra, sujetando primero y pegando después. Se castigaría, respectivamente, por *un* delito de robo con intimidación y por *un* delito de lesiones, atendiendo al daño final ocasionado. ¿Por qué entonces en las violaciones se modifica el criterio

---

[4] Esta idea se expresa de forma meridianamente clara en la STS 744/2004, Penal, de 14 de junio (ECLI:ES:TS:2004:4075): «Los accesos carnales de cada uno de estos constituyen un delito diferente de agresión sexual. [...] Es cierto que la repetición de penetraciones por parte de un solo sujeto activo (o de varios) no multiplica el número de delitos de esta clase cuando todos ellos se realizan en un mismo ámbito espacial y temporal. *Pero habrá siempre tantos delitos como sujetos activos de los actos de contenido sexual*» (FJ 4). Y luego es reiterada con cierta frecuencia, como en la STS 786/2017, Penal, de 30 de noviembre (ECLI:ES:TS:2017:4380), FJ 3; o en la STS 488/2021, Penal, de 3 de junio (ECLI:ES:TS:2021:2327), donde se indica que «debemos recordar la consolidada doctrina de esta Sala que en relación a estos delitos contra la libertad sexual en caso de pluralidad de partícipes viene atribuyendo a cada uno de ellos *no solo la acción ejecutada por ellos mismos, sino además la del resto de los participantes*» (FJ 2).

[5] Encontramos resoluciones en los dos sentidos. Jara BOCANEGRA MÁRQUEZ identifica tres etapas en la aplicación de los concursos por parte de la jurisprudencia: una primera en la que casi todas las sentencias aprecian concurso real de delitos; una segunda en la que coexiste esta interpretación con otra que admite la continuidad delictiva; y una tercera (en la que nos encontraríamos) que vuelve a ser más reticente a admitir la continuidad delictiva: BOCANEGRA MÁRQUEZ, en GARCÍA ÁLVAREZ/CARUSO FONTÁN (coords.), *La perspectiva de género en la Ley del «solo sí es sí»*, 2023, pp. 210-211; y también en BOCANEGRA MÁRQUEZ, «Unidad de acción y continuidad delictiva en los delitos contra la libertad sexual con acceso carnal», *Revista General de Derecho Penal*, (33), 2020, pp. 11 ss. No obstante, yo no he sido capaz de corroborar esta afirmación sobre la etapa actual en la que nos encontramos, ya que las resoluciones se distribuyen indistintamente en uno y otro sentido. Por ejemplo, entienden que debe castigarse como delito continuado, además de la sentencia del caso de *la Manada*: la STS 349/2023, Penal, de 11 de mayo (ECLI:ES:TS:2023:2133), donde cinco adultos agreden sexualmente a una menor de dieciséis años que se encontraba en estado de semiinconsciencia por el alcohol, a veces de manera sucesiva y otras conjuntamente; la STS 444/2022, Penal, de 5 de mayo (ECLI:ES:TS:2022:1734), sobre la violación sucesiva de una mujer en estado de embriaguez a la que introducen en un coche por parte de tres adultos; la STS 987/2021, Penal, de 15 de diciembre (ECLI:ES:TS:2021:4621), sobre una violación grupal de una menor de edad en una masía abandonada, en la que participan directamente cuatro personas (dos adultos y dos menores) ante la presencia de un mínimo de diez menores más; la STS 644/2020, Penal, de 27 de noviembre (ECLI:ES:TS:2020:4158), sobre la violación de una menor entre cinco personas en un portal; la STS 520/2019, Penal, de 30 de octubre (ECLI:ES:TS:2019:3450), donde tres adultos violan sucesivamente a una mujer que aceptó subirse al coche de uno de ellos; o la STS 849/2009, Penal, de 27 de junio (ECLI:ES:TS:2009:5096), un supuesto en el que dos personas abordan a una pareja, le roban a él y a la chica se la llevan a otro lugar y la agreden sexualmente en distintos momentos. Por otro lado, aplican concurso real: la STS 10/2023, Penal, de 11 de mayo (ECLI:ES:TS:2023:188), donde violan sucesivamente a una mujer que había aceptado mantener relaciones sexuales con uno de ellos, pero no con sus tres amigos; la STS 108/2023, Penal, de 16 de febrero (ECLI:ES:TS:2023:534), sobre la violación efectuada por tres personas, que se turnaban, de una chica a la que habían llevado a un local; la STS 488/2021, Penal, de 3 de junio (ECLI:ES:TS:2021:2327), sobre la violación de una mujer que se encontraba bajo los efectos del consumo de drogas por parte de dos de los acusados, aunque logra escapar del tercero que se disponía a agredirla sexualmente también; la STS 687/2017, Penal, de 19 de octubre (ECLI:ES:TS:2017:3691), donde cuatro personas roban a una chica empleando un cuchillo y la acaban violando conjuntamente; la STS 786/2017, Penal, de 30 de noviembre (ECLI:ES:TS:2017:4380), supuesto en el que dos adultos, tras convencer a la víctima de que se subiera en el coche para acercarla a un sitio, la llevan a un descampado y la violan sucesivamente; o la STS 338/2013, Penal, de 19 de abril (ECLI:ES:TS:2013:2080), donde dos adultos abordan a una mujer, la llevan a un parque y la violan sucesivamente. En la STS 351/2018, Penal, de 11 de julio (ECLI:ES:TS:2018:2661) se aplica, por un lado, un delito continuado (entre dos delitos de agresión sexual que tienen lugar en momentos cercanos en el tiempo) y, por otro, un concurso real (con una tercera agresión que tiene lugar un mes más tarde).

de individualización y el número de sujetos pasa a ser un aspecto central? Creo que esto se debe a que, aunque en teoría está desterrada la vieja concepción de las agresiones sexuales como delitos «de propia mano», en la práctica no se ha abandonado por completo, al menos algunos de sus efectos. Al menos eso es lo que se deduce de la manera en la que se cuentan acciones en los delitos sexuales, tanto jurisprudencial (2.2) como doctrinalmente (2.3). Después de reflexionar sobre cómo se individualizan las acciones en general (2.1) y, tras criticar las razones que se encuentran detrás de esta manera de contar delitos o individualizar hechos (3.1), argumento en qué casos es más correcto hablar de una unidad jurídica de acción, que ya adelanto que son la mayoría que actualmente se consideran múltiples delitos y que se castigan en concurso real o como delitos continuados (3.2). Por último, planteo en qué afecta esta interpretación a la discusión tradicional sobre concurso real *vs* delito continuado en delitos sexuales (3.3), y finalizo con algunas consideraciones a modo de conclusión (4).

2. Cómo se individualizan las acciones en los delitos sexuales

2.1 Cómo se individualizan las acciones en general: los sentidos de la palabra «acción»

NINO tenía razón cuando decía que «en el ámbito del derecho penal existe la imperiosa necesidad de *contar* acciones»[6] (aunque podría hablarse, más bien, de hechos), especialmente si ello va a conllevar sustanciales diferencias de pena derivadas de la aplicación de las distintas modalidades de concurso[7]. En su monografía sobre concursos en Derecho Penal, donde desarrolla los criterios para hablar de varios hechos o de varias normas en la calificación penal de una conducta, NINO emprende la tarea de establecer los criterios que gobiernan el uso de la palabra «acción» (en el sentido de «cierto tramo de actividad humana») en el lenguaje ordinario[8]. Creo que, para responder adecuadamente a la pregunta con la que abro este apartado, debo realizar esa misma tarea preliminar, aunque, en lugar de centrarme en el lenguaje ordinario, que puede ser equívoco[9], voy a referirme a su uso normativo en Derecho Penal.

Como mínimo, hay dos sentidos (o descripciones) que otorgamos los penalistas a la palabra «acción»: al primero lo voy a llamar «acción como garantía», y al segundo «acción como unidad de valoración jurídica»[10]. El primer sentido es al que se refiere el art. 10 CP («Son delitos las

[6] NINO, *Introducción a la filosofía de la acción humana*, 1987, p. 45.

[7] Da cuenta también de la importancia de este aspecto pragmático (por encima del ontológico) del contaje de delitos MAÑALICH RAFFO, «El concurso aparente como herramienta de cuantificación penológica de hechos punibles», en CÁRDENAS ARAVENA/FERDMAN NIEDMANN (coords.), *El Derecho Penal como teoría y como práctica. Libro en homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy*, 2016, pp. 502-503.

[8] NINO, *El concurso en el Derecho Penal*, 1972, en el Capítulo II. Advierte FIGUEROA RUBIO que, para ser precisos, es necesario tener en cuenta que el pensamiento de NINO cambió con el transcurso de los años, de manera que es posible hablar de *dos Ninos*, en FIGUEROA RUBIO, «Entre verbos y eventos. Acción y omisión en las filosofías de Carlos S. Nino», en SIERRA SOROCKINAS/ARIEL RAPETTI (eds.), *Introducción al pensamiento de Carlos S. Nino. Reflexiones en torno a la obra de un pensador variopinto*, 2024, *passim*. Similarmente, este enfoque de «sentido común» para extraer reglas aplicables a decisiones sobre causalidad jurídica lo adoptaron HART/HONORÉ, *Causation in the Law*, 1959, especialmente en el Capítulo II (*Causation and Common Sense)*; y, mucho más recientemente, lo han revitalizado (al menos, en la esfera angloamericana) autores como SUMMERS, «Common-Sense Causation in the Law», *Oxford Journal of Legal Studies*, (38-4), 2018, pp. 794 ss.

[9] Esa es la principal crítica que le dirige CARRIÓ a NINO nada menos que en el Prólogo de su libro (NINO, *El concurso en el Derecho Penal*, 1972, pp. 9-15).

[10] Sobre esta idea, véase también: CARUSO FONTÁN, «Sobre la realización iterativa de tipos penales y la necesaria delimitación entre la "unidad natural de acción" y el delito continuado», *Revista Penal*, (36), 2015, p. 37; JAKOBS, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., 1997, p. 1074 («El concepto de acción de la doctrina del concurso es distinto al del de la doctrina del tipo»); JOSHI UBERT, «Unidad de hecho y concurso medial de delitos», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (45-2), 1992, p. 613; MALDONADO FUENTES, «Unidad de acción, unidad de hecho y unidad de delito en el concurso de delitos», *Revista Chilena de Derecho*, (47-3), 2020,

acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley») y con el que comenzamos el análisis de la teoría jurídica del delito. Este concepto de acción, vinculado a los cambios –o la ausencia de los mismos–, que producimos en el mundo, es una garantía porque excluye la intervención estatal cuando no se ha exteriorizado de ningún modo la conducta humana, es decir, permite hacer realidad el aforismo *cogitationis poenam nemo patitur* (el pensamiento no delinque)[11]. Las características o condiciones que debe tener este tipo de acción (por ejemplo, que debe ser consciente y no la consecuencia de un acto reflejo) están referidas principalmente al sujeto que las emite y no incluyen hechos externos y ajenos al propio actuar, como el resultado producido[12]. Este concepto, que al ser la base del delito debe incluir todos sus elementos, no puede ser idéntico al delito en sí. Esto también se deja formular como sigue: todos los delitos, al menos en su modalidad no omisiva, presuponen una acción, pero no todas las acciones son delitos[13].

El segundo sentido es muy dependiente de la Parte Especial y en ocasiones se utiliza indebidamente como sinónimo de infracción o de delito[14], aunque se trata más bien de un «hecho», y es al que me voy a referir principalmente en este trabajo. Lo que determina que haya unidad o pluralidad de acciones en sentido jurídico no es el número de acciones en sentido natural, sino cómo estén redactados los tipos penales[15]. Atendiendo al número de actos

---

p. 735; PEÑARANDA RAMOS, «¿Unidad o pluralidad de "hechos" en caso de producción de una pluralidad de resultados mediante una sola "acción"? Una pieza de Derecho español y comparado en honor de Alfonso Reyes Echandía», en OROZCO LÓPEZ/REYES ALVARADO/RUIZ LÓPEZ (eds.), *Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía en el nonagésimo aniversario de su nacimiento*, 2022, p. 819; SANZ MORÁN, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, 1986, p. 146; VIVES ANTÓN, *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, 1981, p. 12.

[11] MOLINA FERNÁNDEZ, «Acción y tipicidad en los delitos activos», en EL MISMO (ed.), *Memento Práctico Penal 2023*, 2022, nm. 1162, lo explica de una forma particularmente lúcida: «Al Derecho penal no le interesan las acciones en sí, sino en cuanto puedan afectar a intereses de terceros, y por ello el componente material de la acción requiere una actividad o pasividad corporal que tenga o pueda tener conexión causal con resultados lesivos para bienes jurídicos».

[12] Estos resultados «extraordinarios» podrían tenerse en cuenta en el ámbito civil, pero no así en el penal. *Vid*., muy amplia y fundadamente sobre esto: PANTALEÓN DÍAZ, *Delito y responsabilidad civil extracontractual. Una dogmática comparada*, 2022, pp. 82-83, 108-111, 362-369 y *passim*. Esto es así porque el Derecho penal tiene una finalidad eminentemente preventiva, lo que, como explica SANCINETTI, implica que el modelo de disuasión se limita a la descripción del comportamiento que puede conllevar un perjuicio para terceros. De eso no se deriva ninguna conclusión de la relevancia del resultado posterior, sino todo lo contrario: «Un modelo de norma que pretende motivar sólo puede hablar en favor de una relación de oposición entre norma y acción, una oposición que, a más tardar, rige hasta el último instante en que el autor puede tomar aún una decisión de acción. Cuando ya no puede influir más sobre el suceso, ya no hay nada que imputar, porque al autor no le queda nada por hacer»: SANCINETTI, *Ilícito personal y participación*, 1997, p. 23.

[13] En palabras de MALDONADO FUENTES, *RChD*, (47-3), 2020, p. 734: «Delito solo es acción en cuanto la presupone, lo que en modo alguno implica que ambos conceptos se identifiquen».

[14] Digo indebidamente porque puede que concurran en un mismo supuesto unidad de acción y multiplicidad de infracciones legales: si la relación entre ellas no es alguna de las que menciona el art. 8 CP (sobre todo consunción o especialidad), son los presupuestos que dan lugar a la aplicación del concurso ideal de delitos. En este sentido, también CARUSO FONTÁN, *RP*, (36), 2015, p. 37.

[15] La discusión alemana sobre el número de acciones implicadas en la producción de hechos ha estado tradicionalmente marcada por las aproximaciones de la *unidad típica de acción*, la *unidad natural de acción* y la *relación de continuidad*. Son especialmente interesantes las dos primeras, ya que la *unidad típica de acción* se refiere a los delitos que requieren varios actos que se valoran unitariamente (es decir, determinada por los tipos penales), mientras que la *unidad natural de acción* alude a la agrupación de hechos por circunstancias que no tienen que ver con la descripción típica, sino con una misma valoración social. Véase la revisión de EL-GHAZI, *Revision der Konkurrenzlehre, Unrechts- und Schulddivergenzen zwischen Ideal- und Realkonkurrenz*, 2020, pp. 335 ss., 419 ss. Esta discusión ha sido asumida y desarrollada por la doctrina española, que acertadamente las considera simplemente herramientas para restringir el ámbito del *ius puniendi* «allí donde la individualización de acciones excedería el sentido teleológico de las normas concursales»: CANTARD, «Unidad de conducta y resultados múltiples como concurso "real". Observaciones críticas a los fundamentos del Acuerdo de Pleno del Tribunal Supremo de

requeridos por el delito concreto, pueden diferenciarse en este punto tres clases de situaciones: a) aquellas en la que la redacción del tipo penal requiere *necesariamente* que existan varias manifestaciones de voluntad aunque se trate de un único tipo penal; b) aquellas en las que la redacción del tipo incorpora distintas maneras en las que puede infringirse la norma y que *alternativamente* admiten uno o varios actos; y c) aquellas en las que el tipo *no exige* varias manifestaciones de voluntad, pero en las que si las hay, las agrupamos igualmente por motivos de proporcionalidad o de justicia material.

a) El primer grupo de situaciones es reconducible a la clasificación habitual de delitos complejos, delitos permanentes y delitos habituales. En los delitos complejos es imprescindible que haya varios comportamientos concatenados o simultáneos. Un ejemplo es el robo con fuerza en las cosas (art. 237 CP), cuya acción (robar), requiere, además de la conducta de apoderamiento de cosa ajena, que se haya materializado antes otra orientada a producir alguno de los resultados a los que alude el art. 238 CP, como el rompimiento de pared. En los delitos permanentes quedan englobados en el mismo tipo penal tanto los actos que contribuyen a la creación del estado antijurídico como aquellos que ayudan a mantenerlo, como ocurre con el delito de detención ilegal del art. 163 CP[16]. De esta manera, si durante el transcurso del delito permanente se realizan otros tipos delictivos contra el mismo sujeto pasivo, la unidad típica de acción puede conducir a un concurso ideal de delitos[17]. Por último, los delitos habituales exigen reiteración en la realización de la conducta a lo largo de tiempo (porque en esa suerte de acumulación de actos reside su gravedad), como los delitos de acoso laboral (art. 173.1 CP) o sexual (art. 184 CP), o el de maltrato habitual (art. 173.2 CP).

b) El segundo grupo de situaciones se reconducen a los tipos mixtos alternativos. En estos casos un mismo precepto reúne varias modalidades típicas y admite la realización de uno o varios actos, sin que ello suponga la multiplicación de los delitos. Por ejemplo, en el delito de tráfico de drogas es indiferente que la persona realice únicamente los actos de cultivo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o también los de elaboración y de tráfico. Tanto si ha llevado a cabo un único acto o varios, habrá cometido un único delito de tráfico

---

2015», *InDret*, (3), 2023, pp. 528 ss. («En otras palabras, son conceptos para filtrar acciones que, pese a existir en el plano pre-típico o natural, no se tendrán en cuenta de conformidad con valoraciones normativas, considerando como una sola acción a circunstancias que se presentan como una multiplicidad», p. 529). Véase también: CHOCLÁN MONTALVO, *El delito continuado*, 1997, pp. 110 ss., 120 ss.; JOSHI JUBERT, *ADPCP*, (45-2), 1992, pp. 613-614; SANZ MORÁN, *El concurso de delitos,* 1986, pp. 115 ss., 129 ss.; CARUSO FONTÁN, *Unidad de acción y delito continuado,* 2018, pp. 20 ss.

[16] Si se dan las circunstancias del art. 164 CP (secuestro), el delito adquiere un doble carácter como delito complejo y delito permanente, ya que, para la realización del tipo, debe efectuarse la detención ilegal de una persona y exigirse además una condición para ponerla en libertad.

[17] A esto se le conoce como el «efecto abrazadera» (*Klammerwirkung*): EL-GHAZI, *Revision der Konkurrenzlehre*, 2020, pp. 458 ss. CARUSO FONTÁN, *Unidad de acción y delito continuado*, 2018, p. 22, también incluye los *delitos con conceptos globales o descripciones globales de acción*, como serían los delitos de organización, donde la «descripción de la conducta realizada en el tipo consiste en una actividad genérica y comprende todos aquellos comportamientos que se verifiquen en el ámbito del rol que la misma determina»; LA MISMA, *RP*, (36), 2015, p. 41. La principal consecuencia que extrae de esta consideración es que «todos los delitos cometidos en el marco de una organización delictiva podían ser considerados como una única acción y entrar en concurso real con el delito del artículo 570 bis CP (es el caso del miembro de una banda delictiva que da muerte a varios sujetos para dar cumplimiento a los fines de la organización)» (nota al pie 25). Creo, no obstante, que es necesario adoptar una postura extremadamente cautelosa en relación con el «efecto abrazadera» y los delitos permanentes o los delitos de organización, puesto que se corre el riesgo de beneficiar al delincuente que se vale de un medio «englobador» para cometer delitos graves. Por ejemplo, no tendría sentido castigar menos al que viola repetidamente a su víctima mientras la mantiene privada de libertad (aplicando un concurso ideal entre los delitos de agresión sexual y el de privación de libertad) que el que hace lo mismo, pero sin restringirle la libertad deambulatoria. En este sentido, véase: EL-GHAZI, *Revision der Konkurrenzlehre*, 2020, pp. 661 ss.; JESCHEK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., 1993, pp. 659-660; ROIG TORRES, *El concurso ideal de delitos*, 2012, pp. 48-49.

de drogas del art. 368 CP. Sucede lo mismo con el delito de tráfico de órganos del art. 156 bis CP, el de trata de personas del art. 177 bis CP (que también es a su vez un delito complejo), o con el delito de blanqueo de capitales del art. 298 CP[18]. Si se tiene en cuenta la multiplicidad de acciones en sentido natural es a efectos de pena, pero no para contar delitos.

c) En el tercer grupo de situaciones se incluyen los supuestos en los que el delito admite su consumación mediante un único acto (por ejemplo, una única lesión o un único atentado contra la libertad sexual), y donde, por lo tanto, la sucesión de ataques podrían contabilizarse como ataques autónomos. No obstante, por razones de proporcionalidad, si los ataques se reiteran en un muy reducido espacio temporal y lo son contra un mismo bien jurídico, se castigan como un único delito[19]. Aquí encajan dos tipos de supuestos: los de realización sucesiva o progresiva del tipo penal, y los de realización iterativa del mismo tipo legal. Los primeros aluden a las tentativas fallidas que acaban finalmente en la consumación del delito (disparar varias veces hasta que se atina en una persona, provocándole la muerte); y los segundos a los hechos que, individualmente considerados, dan lugar a la realización de varios tipos delictivos, pero que se valoran una sola vez. Por ejemplo, una agresión sexual en la que la persona accede carnalmente a otra a través de varias vías. En ambos casos el transcurso global del hecho aparece como el resultado de una misma situación de motivación del autor.

En los dos primeros grupos de situaciones, la unificación de la acción es una consecuencia de cómo está redactado el tipo penal, pero no así en el tercer grupo de casos, donde parece más bien una herramienta para restringir el ámbito del *ius puniendi* en situaciones donde la multiplicación de delitos resultaría desproporcionada o artificiosa. Por ejemplo, si una persona, pretendiendo dar su merecido a otra, le propina siete bofetadas, cuatro patadas en el abdomen y un puñetazo en el ojo, no habría cometido doce delitos de lesiones. Tampoco se suman aritméticamente si sostiene a la víctima mientras su compañero le pega y después intercambian roles. Por el contrario, se tiene en cuenta el resultado final y se califica atendiendo a la gravedad de la lesión globalmente considerada[20].

Es necesario, no obstante, hacer una precisión. La regla general es que la redacción del tipo penal delimita qué actos concretos están englobados bajo una única acción. Pero esta afirmación no es impermeable a consideraciones de proporcionalidad: también en esos casos es posible añadir otro delito al cómputo global si la aplicación de un único delito complejo parece insuficiente. Por ejemplo, aunque el delito de robo con violencia o intimidación absorbe algunas lesiones o maltratos de obra, si el daño es *excesivo* se castigan de manera independiente. Lo mismo ocurre con una violación que se impone empleando medios intimidatorios y que se alarga en el tiempo,

---

[18] Véase CARUSO FONTÁN, *Unidad de acción y delito continuado*, 2018, pp. 93 ss. (sobre el delito de tráfico de drogas), 107 ss. (sobre el delito de blanqueo de capitales).

[19] Son las situaciones que mejor se corresponden con la tradicional *unidad natural de acción* (*Natürliche Handlungseinheit*): EL-GHAZI, *Revision der Konkurrenzlehre*, 2020, pp. 354 ss.; MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, 1964, p. 113; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito continuado*, 1997, pp. 110 ss. También se incardinan aquí los «actos posteriores copenados o impunes»: GARCÍA ALBERO, "*Non bis in idem" material y concurso de leyes penales*, 1995, pp. 392 ss. CARUSO FONTÁN, *Unidad de acción y delito continuado*, 2018, p. 29, incluye en este grupo los supuestos de identidad total o parcial en la ejecución de los hechos, que son los casos en los que, al menos una parte de la conducta descrita en el tipo, satisface las exigencias de otro tipo delictivo, como por ejemplo, cuando se comete un delito de robo con violencia del cual deriva un delito de lesiones. Creo, no obstante, que esos casos se encuentran en la constelación de los delitos complejos. El juez deberá valorar en ese caso si el daño a la integridad física es excesivo, en cuyo caso castigará el concurso de delitos, o no, apreciando entonces concurso aparente.

[20] Véase, por ejemplo, la STS 630/2023, Penal, de 19 de julio (ECLI:ES:TS:2023:3539), donde al sujeto pasivo «lo rodearon y comenzaron a propinarle, al mismo tiempo, patadas y puñetazos por diversas partes del cuerpo, logrando que cayera arrodillado al suelo». A los tres agresores los acaban castigando como autores de *un* delito de lesiones del art. 149.1 CP.

donde se castiga también la detención ilegal[21]. Esto es así porque, si las soluciones de concurso de normas tratan de evitar la desproporción por exceso (y los casos de realización sucesiva o iterativa del tipo serían, en la mayoría de ocasiones, concursos de normas homogéneas), algunos concursos de delitos son soluciones para evitar la desproporción por defecto[22].

En definitiva, la agrupación de actos en una unidad de acción está muy influenciada por la semántica de la redacción de los delitos, es decir, por las interpretaciones que admite una determinada estructura lingüística[23], pero también por consideraciones de proporcionalidad, y para esto es imprescindible tener en cuenta la pena asignada al delito[24]. De esto se deriva que, para el contaje del número de acciones, deberemos efectuar una doble operación: *prima facie* debe atenderse a cómo está redactado el tipo en concreto, y, si su semántica lingüística lo admite, podremos tener en cuenta otros criterios materiales para la valoración –unificada o plural– de la acción. PEÑARANDA RAMOS lo explica de forma especialmente clara cuando recuerda que «el concepto de unidad o pluralidad de acción debería estar guiado por el específico propósito jurídico-penal al que en este ámbito pretende servir tal distinción: un propósito que no puede ser muy diferente que el de procurar una determinación de la pena adecuada al contenido de desvalor de los delitos concurrentes y a la responsabilidad en que en cada caso haya incurrido el sujeto al cometerlos[25]».

Si el tipo ineludiblemente apunta a que un único acto equivale a una infracción, deberán castigarse tantas acciones como actos se produzcan sin que podamos unificarlos. Por ejemplo, el delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP es inequívoco en su formulación: se refiere a la emisión de *una* resolución arbitraria en un asunto administrativo[26], por lo que, si se emiten varias, habrá tantos delitos de prevaricación administrativa como resoluciones (aunque sea aplicando la regla del delito continuado). No obstante, si la descripción se refiere a un concepto más amplio, como los hechos que atenten contra la libertad sexual a los que se refieren los arts. 178 y 180.1.1º CP, no habrá obstáculo legal para –en principio– agrupar varios actos como una única acción, salvo que haya buenas razones para sostener que hay más de una y que deben castigarse por separado.

---

[21] Así la STS 342/2023, Penal, de 10 de mayo (ECLI:ES:TS:2023:2152); y la STS 48/2012, Penal, de 1 de febrero (ECLI:ES:TS:2012:810).

[22] SÁNCHEZ-OSTIZ, *A vueltas con la Parte Especial (Estudios de Derecho Penal)*, 2020, p. 78.

[23] Es jurisprudencia consolidada del Tribunal Constitucional que el tenor literal de la norma sancionadora excluye interpretaciones que no quepan en lo admisible por los términos lingüísticos: véase, al respecto, LASCURAÍN SÁNCHEZ, «La tipicidad penal en la jurisprudencia constitucional», en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (ed.), *Derecho y justicia penal en el siglo XXI: liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García*, 2006, pp. 251-300.

[24] Ampliamente: BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, 2019, pp. 244 ss., 287 ss., *passim*; EL MISMO, «Proporcionalidad cardinal y proporcionalidad ordinal en la determinación judicial de la pena», *InDret*, (2), 2021, pp. 218 ss.

[25] PEÑARANDA RAMOS, en OROZCO LÓPEZ/REYES ALVARADO/RUIZ LÓPEZ (eds.), *LH Reyes Echandía*, 2022, pp. 821-822. Esta idea aparece también en su libro PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, 1991, p. 31, cuando critica la concepción naturalista del delito, que empaña en ocasiones el correcto entendimiento de la participación (básicamente, PEÑARANDA RAMOS sostiene que no se participa en el delito *tout court*, sino que se participa en el delito en cuanto a *hecho*). De manera muy atinada lo señala también MAÑALICH RAFFO en «El concurso de delitos: bases para su reconstrucción en el Derecho Penal de Puerto Rico», *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, (74-4), 2005, p. 1039 («el concepto de unidad de acción no es un concepto determinado, sino un concepto funcional a la adecuación de la determinación de la pena»). En el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, comparte similares premisas: FIGUEROA RUBIO, «Acciones, relaciones causales e imputación en el contexto de la atribución de responsabilidad extracontractual. Debilitando dos tesis», en BERNAL PULIDO/FABRA (eds.), *Fundamentos filosóficos de la causalidad en la responsabilidad civil*, 2024, *passim*.

[26] Distinto sería que hablara más genéricamente de defraudar los intereses de la Administración Pública. Eso es lo que permite, por otro, lado entender que la prevaricación omisiva admite varias «omisiones».

Estas razones tienen que ver sobre todo con la unidad espaciotemporal, la unidad de injusto (valoración donde la pena cobra un peso especial), y la unidad de culpabilidad[27]. En realidad, los dos últimos elementos dependen en gran medida del primero, ya que, ante una interrupción temporal relevante, difícilmente podrá hablarse de una única acción[28]. Lo fundamental es que los hechos puedan ser vistos como una unidad por un tercero imparcial y que sobre ellos haya una vinculación subjetiva global[29]. Su aplicación al caso concreto, no obstante, depende del tipo de delito de que se trate. A continuación examino cómo se emplean estos criterios para contar acciones en el régimen de delitos sexuales, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, para poder evaluar críticamente la coherencia en su aplicación y su adecuación al objetivo que pretende alcanzarse: una respuesta justa y proporcionada a la gravedad de los hechos, que trate de forma similar situaciones materialmente parecidas.

2.2 Cómo individualizan los tribunales las acciones en los delitos sexuales con penetración

Los tribunales no explicitan los criterios que utilizan para contar acciones, aunque es posible identificar algunos que emplean de manera más o menos constante. Cuando hay un único agresor, el criterio principal es que se trate de un único evento si los hechos no se extienden excesivamente en el tiempo. Cuando son varios los agresores, lo fundamental ya no es, sin más, el que se trate de un único evento, sino el número de individuos que acceden personalmente a la víctima, bien con su miembro o con un objeto, lo que se debe, creo, a la tradicional (y obsoleta) clasificación de los delitos sexuales en la categoría de delitos de propia mano.

a. Agresiones individuales: un mismo sujeto activo en un único evento

Habrá una única acción si se trata de un único sujeto activo y los hechos no se extienden excesivamente en el tiempo, con independencia de que puedan identificarse múltiples movimientos corporales o accesos a través de distintas vías. Esta interpretación (ahora consolidada), que incorpora los presupuestos de la unidad de acción, vino a enmendar una línea jurisprudencial que identificaba tantas acciones como vías a las que se accedía. Por ejemplo, en un caso en el que una persona primero intentó penetrar a la víctima por la vía anal (sin lograrlo), y después la obligó a realizarle una felación, la Audiencia de instancia lo condenó como autor de dos delitos de violación, uno consumado y otro en grado de tentativa. El Tribunal Supremo casa esta resolución argumentando que las circunstancias del caso apuntaban, en realidad, a la existencia de un único delito y que se trataba de un escenario de realización progresiva del fin de la acción. Sostuvo que, en los casos donde es posible identificar una única motivación «de alcanzar el sentido final que la conducta pretende» y unas mismas coordenadas de espacio y

[27] CARUSO FONTÁN, *Unidad de acción y delito continuado*, 2018, pp. 26-28; EL-GHAZI, *Revision der Konkurrenzlehre*, 2020, p. 355; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito continuado*, 1997, p. 112.

[28] Esto, posiblemente, tenga que ver con la dimensión *social* de la acción, que es una de las muchas «caras» o dimensiones que se le atribuyen a la acción humana. GONZÁLEZ LAGIER, *Las paradojas de la acción. Una introducción a la teoría de la acción humana desde el punto de vista del Derecho y de la filosofía*, 2ª ed., 2013, pp. 113 ss., 121 ss., hace una –a mi juicio– certera clasificación de la acción humana, que divide en el «acto básico», que serían los movimientos corporales que realizamos cada vez que actuamos y que se corresponden con la «dimensión natural»; un «acto-resultado» que tiene que ver con la dimensión subjetiva y lo que hacemos intencionalmente; y un «acto-consecuencia», definido por el sentido o el significado social de aquello que hacemos. Véase también PEÑARANDA RAMOS, en OROZCO LÓPEZ/REYES ALVARADO/RUIZ LÓPEZ (eds.), *LH Reyes Echandía*, 2022, p. 821.

[29] MALDONADO FUENTES, *RChD*, (47-3), 2020, p. 734; CHOCLÁN MONTALVO, *El delito continuado*, 1997, pp. 112 ss. No obstante, en delitos de extraordinaria lesividad, también se tiene en cuenta el número de resultados típicos (por ejemplo, cuando a través de una única acción se provocan varias muertes). Crítico con esta solución es CANTARD, *InDret*, (3), 2023, pp. 523 ss.; EL MISMO, «El "matar dos pájaros de un tiro" y su mutación de virtud a demérito. Sobre la relevancia del resultado material en la concurrencia delictiva», en LASCURAÍN SÁNCHEZ/PEÑARANDA RAMOS (coords.), *Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Julio Díaz-Maroto y Villarejo*, 2023, pp. 137 ss.

tiempo, «no cabe valorar cada acto aisladamente, como distintas formas imperfectas o perfectas del tipo, sino que deben serlo desde el punto de vista del conjunto de lo actuado sin solución de continuidad, bajo el mismo fin y con voluntad única»[30].

A esto se refiere el Tribunal Supremo cuando, en su sentencia STS 5/2019, Penal, de 15 de enero (ECLI:ES:TS:2019:80), señala que estamos ante delitos integrados por varios actos en los que resulta indiferente la utilización de una o más modalidades comisivas para conseguir el resultado –acercándolos al concepto de tipos mixtos alternativos–, porque «el efecto o resultado de estos delitos estaría integrado por la "instrumentalización sexual de la víctima sometiéndola a la satisfacción sexual del sujeto o sujetos agresores", resultando irrelevante que a esa situación interpersonal hayan coadyuvado uno o varios actos sexuales, *siempre que estén abarcados por un mismo y persistente dolo y que el resultado producido no se descontextualice de algún modo*. Consiguientemente [...] la realización reiterada de los elementos integrantes del comportamiento típico dentro del *mismo contexto circunstancial* no es obstáculo para calificar el conjunto como una única infracción»[31]. Apoyándose en un argumento literal, en la STS 994/2011, Penal, de 4 de octubre (ECLI:ES:TS:2018:4212), el Tribunal además apunta que el art. 180 CP alude a «las conductas», por lo que no necesariamente cada conducta del art. 179 constituye un delito independiente[32].

De acuerdo con esta interpretación, la unidad de acción tiene dos límites, uno que se aplica con cierta consistencia, de carácter objetivo (espaciotemporal); y otro cuya aplicación es mucho más difícil de predecir, de carácter subjetivo («dolo renovado»). El primer límite tiene que ver con la duración de los hechos y el lugar donde se producen: estos deben ser de tal naturaleza que no descontextualicen el resultado y que no lleven a que un tercero imparcial identifique dos momentos distintos o dos eventos[33]. Si los hechos se producen, por ejemplo, en días distintos,

---

[30] STS 568/1995, Penal, de 16 de febrero (ECLI:ES:TS:1995:7260), en el FJ 1. También, en este sentido, la STS 5854/1995, Penal, de 20 de noviembre (ECLI:ES:TS:1995:5854), casa una resolución de instancia que calificaba como delito continuado de violación unos hechos en los que, nuevamente, no era posible hacer una escisión frente a un espectador objetivo (al menos, desde la perspectiva de la lesión al bien jurídico), aunque se accediese a la víctima por vía vaginal y anal: «Hubo sí, dos penetraciones del pene en las cavidades vaginal y anal, pero ello fue realizado en una misma ocasión, con unidad de sujeto activo y pasivo, en el mismo lugar y sin otra interrupción temporal que la necesaria para cambiar de posición en el interior de la furgoneta, todo ello bajo un solo dolo y obedeciendo a una única intención libidinosa del autor que no se vio satisfecho con el primer acceso carnal» (FJ 4). Encontramos otros ejemplos parecidos en las SSTS 5/2019, Penal, de 15 de enero (ECLI:ES:TS:2019:80); 42/2007, Penal, de 16 de enero (ECLI:ES:TS:2007:840); 895/2001, Penal, de 21 de mayo (ECLI:ES:TS:2000:2770); 1855/2000, Penal, de 4 de diciembre (ECLI:ES:TS:2000:8913); 553/2000, Penal, de 4 de abril (ECLI:ES:TS:2000:2770); 773/1996, Penal, de 26 de octubre (ECLI:ES:TS:1996:5871), FJ 3; 5718/1995, Penal, de 13 de noviembre (ECLI:ES:TS:1995:5718); 1930/1993, Penal, de 24 de marzo (ECLI:ES:TS:1993:1930); 4016/1988, Penal, de 27 de mayo (ECLI:ES:TS:1988:4016).

[31] STS 5/2019, Penal, de 15 de enero (ECLI:ES:TS:2019:80), FJ 1. Para que haya unidad de acción debe darse la «concurrencia (simultánea o sucesiva) de varias acciones u omisiones que se hallan en estrecha conexión espacial y temporal, que puedan reconocerse objetivamente, y que con una vinculación de significado, se las puede considerar como unidad de valoración jurídica y ser juzgadas como una sola acción». Es decir, que el concepto de unidad de acción exige manejar consideraciones normativas y no se trata simplemente de un concepto prejurídico. En un sentido muy parecido, también las SSTS 935/2006, Penal, de 2 de octubre (ECLI:ES:TS:2006:5836); 1295/2006, Penal, de 13 de diciembre (ECLI:ES:TS:2006:8772) (*violación de los animadores*); 820/2005, Penal, de 23 de junio (ECLI:ES:TS:2005:4147). En sentido contrario, cuando se aprecia una ruptura temporal suficiente y podemos hablar de dos o más episodios, se rompe también la unidad de acción: SSTS 560/2014, Penal, de 9 de julio (ECLI:ES:TS:2018:4212); 739/2011, Penal, de 14 de julio (ECLI:ES:TS:2018:4212); y 994/2011, Penal, de 4 de octubre (ECLI:ES:TS:2018:4212).

[32] Véase la ya mencionada STS 994/2011, Penal, de 4 de octubre (ECLI:ES:TS:2018:4212), FJ 7.7.

[33] Esta es la idea que traslada la STS 994/2011, Penal, de 4 de octubre (ECLI:ES:TS:2018:4212), cuando afirma que «con expresiones tales como "secuencias ininterrumpidas", "ataques progresivos", "encadenamiento sucesivo de agresiones" o "iteración inmediata" por designar algunas, esta Sala II sigue asumiendo la doctrina de la "unidad

no hay problema en admitir la desconexión[34], pero si estos se prolongan durante varias horas, o tienen lugar en distintos lugares, la respuesta de los tribunales deja de ser uniforme: hay una línea jurisprudencial que opta por entender que entonces hay varias acciones y que estas deben castigarse como delito continuado[35], pero es relativamente sencillo encontrar supuestos donde también se castiga como una única infracción[36], o como un delito en concurso con otro de detención ilegal[37].

El segundo límite subjetivo («dolo renovado») parece referirse al discutible ánimo libidinoso[38]. No obstante, en realidad puede reconducirse casi por completo al límite objetivo, ya que opera exclusivamente en situaciones donde ya pueden diferenciarse momentos o lugares distintos. Por ejemplo, en la STS 125/2018, Penal, de 15 de marzo (ECLI:ES:TS:2018:896), un supuesto donde se agrede sexualmente a la víctima en dos lugares diferentes entre las 2 y las 5 de la madrugada, el Tribunal estimó que podía apreciarse un «dolo renovado en su comportamiento delictivo» que impedía integrar los actos del segundo episodio en los del primero porque estos constaban «ejecutados a merced de *decisiones subjetivas claramente discernibles* y que han de atribuirse separadamente a cada grupo o conjunto de actos, sin que pueda por consiguiente apreciarse un

natural de acción"». Aunque poco después añade que es preciso recurrir a otros «criterios que permitan completar o contribuir a discernir hipótesis de posible "concurso interno" entre las diversas modalidades comisivas del art. 179 CP» (FJ 7.6).

[34] Como es el caso de la STS 4650/1995, Penal, de 22 de septiembre (ECLI:ES:TS:1995:4650), donde se constatan tres violaciones de una misma víctima en tres días determinados.

[35] Véase la nota 5 para supuestos de violaciones grupales. En casos donde hay un único agresor, también encontramos múltiples ejemplos, como la STS 125/2018, Penal, de 15 de marzo (ECLI:ES:TS:2018:896); 125/2017, Penal, de 27 de febrero (ECLI:ES:TS:2015:2599); 573/2017, Penal, de 18 de julio (ECLI:ES:TS:2017:3187); o la 355/2015, Penal, de 28 mayo (ECLI:ES:TS:2015:2599).

[36] Por ejemplo, las SSTS 127/2023, Penal, de 27 de febrero (ECLI:ES:TS:2023:557); 930/2022, Penal, de 30 de noviembre (ECLI:ES:TS:2022:4489) (*caso de los exjugadores del Arandina*); 351/2021, Penal, de 28 de abril (ECLI:ES:TS:2021:1732) —la continuidad delictiva lo es por haberse producido otra agresión en otro día distinto, pero los hechos que tienen lugar entre las 7 de la tarde y las 5 de la mañana se agrupan normativamente como un único hecho—; o 145/2020, Penal, de 14 de mayo (ECLI:ES:TS:2020:882).

[37] Por ejemplo, la STS 342/2023, Penal, de 10 de mayo (ECLI:ES:TS:2023:2152). Respecto a los problemas concursales con el delito de detención ilegal, que acompaña en muchas ocasiones al ataque sexual, las sentencias suelen referirse a una doctrina jurisprudencial reiterada: si la privación de libertad no constituye el medio comisivo de la agresión sexual, cabe su punición autónoma en concurso real. Si la detención ilegal es instrumental a la agresión sexual, pero tiene una duración *excesiva* en relación con lo estrictamente necesario para ejecutar el acto, puede aplicarse un concurso medial. Por último, si coincide temporalmente con el delito principal, y no tiene una duración excesiva, entonces se aprecia concurso aparente de normas. Véase, por todas, la mencionada STS 125/2018, Penal, de 15 de marzo (ECLI:ES:TS:2018:896). GARCÍA RIVAS y TARANCÓN GÓMEZ critican una aproximación excesivamente rígida a lo que constituye *lo estrictamente necesario* a efectos de castigarse autónomamente, aunque sea recurriendo al concurso medial: «Valorar como antijurídicamente autónomo un ataque a la libertad deambulatoria que está directamente relacionado con la agresión sexual, sin la cual no existiría, por mucho que la víctima esté un tiempo más privada de ella, consideramos que no constituye una valoración global del hecho sino parcelada y poco satisfactoria en el prisma de la proporcionalidad de la pena. Esa relación de medio a fin (y la consiguiente aplicación del art. 77.3 CP) solo se debería descartar cuando existiese un atentado serio y realmente autónomo a la libertad deambulatoria, cifrado en tiempo (no en unos pocos minutos) y en intensidad (no es lo mismo permanecer diez horas amordazado que encerrado en algún lugar poco inhóspito)»: GARCÍA RIVAS/TARANCÓN GÓMEZ, «Agresión y abusos sexuales», en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Tratado de Derecho penal español: parte especial (I). Delitos contra las personas*, 3ª ed., 2021, pp. 1152 ss. (también refiriéndose a la relación entre el delito de detención ilegal y el de robo con intimidación).

[38] Así parece entenderlo una parte de la doctrina, como explico con más detenimiento *infra*, en el apartado 2.3.b. Las palabras que utiliza BOCANEGRA MÁRQUEZ, «Tratamiento jurídico-penal de las comúnmente llamadas "violaciones múltiples"», en ACALE SÁNCHEZ/MIRANDA RODRÍGUES/NIETO MARTÍN (coords.), *Reformas penales en la península ibérica: A «jangada de pedra»?*, 2021, p. 306, son ilustrativas de esta posición: «si el sujeto, tras eyacular, continúa accediendo a la víctima habrán de apreciarse dos acciones típicas: la anterior a la eyaculación, que culminó con ella, y la posterior a la eyaculación, en tanto cada una de ellas se orienta a la satisfacción de ánimos libidinosos distintos».

único dolo extensible a todos los actos sexuales perpetrados por el acusado en la fecha de los hechos»[39]. Pero, también, en un caso en el que podían apreciarse dos decisiones subjetivas distintas (después de agredirla y eyacular en un primer momento, la libera, pero decide agredirla nuevamente tras el visionado de una película pornográfica), el Tribunal unifica igualmente las conductas bajo el paraguas de un solo delito de agresión sexual porque los hechos se produjeron en el mismo lugar y en un periodo relativamente reducido de tiempo. Es decir: que el elemento subjetivo, sin un soporte objetivo que lo respalde, es irrelevante para la parcelación de una acción, lo que es congruente, por otro lado, con la interpretación consolidada de que el momento en que se produce la eyaculación forma parte del agotamiento del delito, pero no tiene efectos en la tipicidad[40].

En definitiva, cuando se produce un evento de agresión sexual que implica a dos personas (víctima y agresora), la jurisprudencia considera por defecto que hay una única acción en sentido jurídico, y que, por tanto, debe castigarse como un único delito. Esta regla general se rompe cuando hay elementos (cambio de lugar y/o duración prolongada) que impiden hablar de un solo evento. En esos casos, el percibido incremento de injusto se aborda entendiendo que no hay una, sino varias acciones.

b. Agresiones grupales: tantos delitos como intervinientes que acceden directamente

Cuando participan varias personas en una agresión sexual, la respuesta jurisprudencial se vuelve mucho menos predecible. La usual afirmación de que «hay tantos delitos como intervinientes en

[39] Por esta razón, concluye: «Y es que el componente de normatividad que alberga el concepto de unidad natural de acción no tiene un margen de operatividad suficiente para unificar o fusionar dos voluntades o decisiones delictivas que presentaban una autonomía propia a la hora de ejecutar los dos episodios. De modo que si bien el segundo de ellos -en el que hubo hasta dos accesos carnales por vías diferentes- si ha de ser comprendido como una unidad natural de acción- no ambos conjuntamente que es lo que sostiene erróneamente la tesis del recurso. La progresividad previa de la unidad natural de acción ha quedado, pues fragmentada en este caso»: STS 125/2018, Penal, de 15 de marzo (ECLI:ES:TS:2018:896), FJ 7.

[40] STS 773/1996, Penal, de 26 de octubre (ECLI:ES:TS:1996:5871). La independencia de la acción sexual y la eyaculación —es decir, la inidoneidad de la eyaculación como criterio para parcelar la acción— se reconoce expresamente, si bien de manera algo ambigua, en sentencias como las mencionadas SSTS 5/2019, Penal, de 15 de enero (ECLI:ES:TS:2019:80); 125/2018, Penal, de 15 de marzo (ECLI:ES:TS:2018:896); o 994/2011, Penal, de 4 de octubre (ECLI:ES:TS:2018:4212), que sostiene que esta «ilícita satisfacción del ánimo lúbrico» pertenece a la fase de agotamiento del delito: «Es interesante tomar en consideración este dato [la eyaculación], como circunstancia fáctica, *sin influencia en la tipicidad*, ya que en muchas ocasiones podremos diferenciar el agotamiento de un delito o el surgimiento o nacimiento de un dolo renovado para cometer otro. Así, frente a una interacción agresiva sexual en el contexto de una misma ocasión de entorno, ambiente, lugar y circunstancias, el lapso de tiempo que transcurre entre el primer ataque sexual y el coito consumado y agotado *no permite dotar de significación jurídica a las diversas agresiones progresivas, encadenadas, sucesivas o de iteración inmediata, como respuesta individualizada a impulsos eróticos diferentes*»: FJ 7.8. CARUSO FONTÁN, «Reflexiones en torno a la aplicación de la continuidad delictiva en el caso de la Manada», en FARALDO CABANA/ACALE SÁNCHEZ (dirs.), *La Manada,* 2018, p. 232, de hecho, interpreta esta afirmación de la sentencia en sentido completamente opuesto: «De acuerdo con el criterio del Tribunal, estaríamos frente a delitos "de tendencia interna intensificada", por lo que a pesar de que para la consumación del delito alcance con la realización del comportamiento de naturaleza sexual, será necesaria la "ilícita satisfacción de un ánimo lúbrico" para llegar a la fase de agotamiento del delito. *Este elemento permitiría, por tanto, diferenciar la fase de terminación de un delito del nacimiento de un dolo renovado para cometer otro*». Es cierto que la forma en la que se describe por la jurisprudencia el papel de la eyaculación es algo equívoco, sobre todo cuando indica que puede servir para diferenciar el agotamiento de un delito y el nacimiento de otro (esta equivocidad es especialmente acusada en la STS 5/2019, Penal, de 15 de enero [ECLI:ES:TS:2019:80], FJ 1). No obstante, la afirmación de que, por sí sola, la eyaculación no dota de significación jurídica al hecho de que haya agresiones sexuales sucesivas, me parece determinante.

el acto sexual (penetren o no)»[41], encuentra tantas excepciones en las sentencias, que me atrevería a afirmar que ni siquiera es una regla general.

El número de participantes, en realidad, no parece ser un criterio concluyente. Más bien, el *acceso corporal inconsentido de cada individuo* es el evento determinante para conformar una acción en delitos sexuales para los tribunales. Por ejemplo, en la STS 10/2023, Penal, de 19 de enero (ECLI:ES:TS:2023:188), donde una chica acepta mantener relaciones sexuales con uno de los miembros de un grupo, pero no con otros dos, y que es forzada después de forma sucesiva y en connivencia con el primero, se condena a los tres intervinientes por *dos* delitos de agresión sexual (como autores o cooperadores necesarios). De manera parecida, en el caso de la STS 108/2023, Penal, de 16 de febrero (ECLI:ES:TS:2023:534), en el que una adulta es llevada a un local donde seis personas ayudan a crear una situación intimidatoria, y son tres los que acceden carnalmente de manera sucesiva, se les condena por *tres* acciones en calidad de autor o de partícipe, en lugar de seis que eran los que estaban presentes[42]. En la STS 987/2021, Penal, de 15 de diciembre (ECLI:ES:TS:2021:4621), aunque son diez los menores que presencian los hechos y que participan en la creación de la situación intimidatoria, se les condena por *dos* delitos de agresión sexual con acceso carnal que ejecutaron el acusado y otro menor[43]. En otro caso descrito en la STS 757/2011, Penal, de 12 de julio (ECLI:ES:TS:2011:5357), donde entre tres obligan a un menor a practicar a uno de ellos una felación, a este último se le condena como autor de un delito de agresión sexual y al resto como cooperadores necesarios de esa *única* agresión[44]; y en la STS 998/2007, Penal, de 28 de noviembre (ECLI:ES:TS:2007:8324), en la que tres adultos abordan a una mujer extranjera y la llevan a otro lugar para agredirla sexualmente por dos de ellos, mientras el tercero la sujeta y vigila, se castiga por *dos* delitos en calidad de autores o de cooperadores necesarios[45].

Salvo contadas excepciones[46], las sentencias sobre violaciones o agresiones sexuales grupales siguen de forma bastante uniforme este criterio. Esta afirmación puede testarse fácilmente

---

[41] Entre otras: las SSTS 444/2022, Penal, de 5 de mayo (ECLI:ES:TS:2022:1734); 369/2020, Penal, de 3 de julio (ECLI:ES:TS:2020:2490); 585/2014, Penal, de 14 de julio (ES:TS:2014:3129); o la 829/2010, Penal, de 30 de septiembre (ECLI:ES:TS:2010:5596).

[42] STS 108/2023, Penal, de 16 de febrero (ECLI:ES:TS:2023:534): una adulta es abordada por un hombre y llevada a un local, donde había seis personas (dos no identificadas, una declarada en rebeldía y los tres acusados). Dentro de un reducido habitáculo es accedida carnalmente en sucesivas ocasiones por dos de los adultos no identificados y uno de los acusados. Los dos acusados restantes no accedieron personalmente a la víctima, pero tampoco hicieron nada para evitar las agresiones de los demás. El acusado que participó directamente es condenado como autor material de un delito de agresión sexual y como cooperador necesario de dos agresiones (en concurso real), y los otros dos son condenados como cooperadores necesarios de las tres agresiones sexuales en concurso real.

[43] STS 987/2021, Penal, de 15 de diciembre (ECLI:ES:TS:2021:4621): dos adultos llevan a una menor a una masía abandonada, seguidos por diez menores más. Una vez allí, uno de ellos la accede carnalmente y la obliga a practicarle una felación. El otro colabora agarrándole las manos, aunque también la manosea en varios momentos. Al que accede carnalmente se le condena como autor de un delito de agresión sexual continuado, y al otro como cooperador necesario de un delito de agresión sexual continuado.

[44] STS 757/2011, Penal, de 12 de julio (ECLI:ES:TS:2011:5357).

[45] Pueden ponerse otros muchos ejemplos: como el caso de la *violación y el puño americano* (STS 127/2023, Penal, de 27 de febrero [ECLI:ES:TS:2023:557]); la STS 804/2022, Penal, de 6 de octubre (ECLI:ES:TS:2022:3658), donde uno introduce unos dedos en la vagina de la víctima mientras otro sujeta; otro supuesto de hecho estructuralmente idéntico en la STS 460/2022, Penal, de 11 de mayo (ECLI:ES:TS:2022:1863); la STS 488/2021, Penal, de 3 de junio (ECLI:ES:TS:2021:2327), donde una mujer es accedida sexualmente (directamente) por dos hombres, aunque son tres los que participan, y se acaban imputando *dos* delitos de agresión sexual; o la STS 190/2010, Penal, de 10 de marzo (ECLI:ES:TS:2010:994), en el que tres sujetos abordan a un chico en una carretera y uno de ellos lo viola mientras los otros dos lo sujetan, se les condena como autores/cooperadores necesarios de *un* delito de agresión sexual.

[46] Es representativo el caso de la *violación de los animadores* (STS 1295/2006, Penal, de 13 de diciembre [ECLI:ES:TS:2006:8772]); pero encontramos otros ejemplos en la STS 339/2023, Penal, de 10 de mayo

examinando la respuesta de los tribunales cuando se trata de agresiones sexuales *sin acceso*, carnal o de otro tipo, donde varios participantes atenten directamente contra la libertad sexual de la víctima. Si es cierto que «hay tantos delitos como intervinientes», entonces cada intervención se consideraría una acción independiente y se castigaría también la participación en las acciones de los demás (como ocurre cuando hay accesos inconsentidos). Si no, entonces estaré en lo cierto y será necesario cambiar, o completar, esa regla general. En ese tipo de casos la agresión sexual colectiva sin acceso sexual se castiga como un único delito con independencia del número de participantes: por ejemplo, así ocurre en los casos que describen las SSTS 544/2023, Penal, de 5 de julio (ECLI:ES:TS:2023:2973)[47], 456/2022, Penal, de 10 de mayo (ECLI:ES:TS:2022:3036)[48], 281/2022, Penal, de 6 de julio (ECLI:ES:TS:2022:2690)[49] y 1462/2005, Penal, de 11 de noviembre (ECLI:ES:TS:2005:7475)[50], donde todos los que intervienen participan directamente en el atentado específicamente sexual no agravado.

A modo de resumen, puede concluirse que el criterio que tradicionalmente se menciona de que «hay tantos delitos como intervinientes», como modo de reflejar la práctica de los tribunales para contar acciones en delitos sexuales, resulta equívoco, y debería sustituirse por el de «hay tantos delitos como intervinientes que acceden corporalmente a la víctima mediante penetración». Cuestión distinta es si luego efectúan su acumulación material, castigando los hechos como concurso real, o si aplican el régimen de la continuidad delictiva, donde encontramos resoluciones en uno y otro sentido[51].

2.3 Cómo se individualizan doctrinalmente las acciones en delitos sexuales

La pregunta de a partir de qué momento puede romperse la unidad de los actos delictivos en delitos sexuales también ha preocupado a la doctrina, aunque, a mi juicio, el debate ha estado muy influido por la pregunta (que, en realidad, debía ser respondida *a posteriori*) de si era aceptable la aplicación del beneficio de la continuidad delictiva a los delitos sexuales en los que mediaba violencia o intimidación. De esta manera, la discusión se ha orientado desde el principio no a determinar el número de acciones que concurrían en violaciones múltiples, o a criticar los criterios de individualización, sino a discutir su consecuencia penológica[52]. Es decir, se responde

(ECLI:ES:TS:2023:2090) –dos personas agreden sexualmente a una persona abusando de su trastorno mental–; o la STS 145/2020, Penal, de 14 de mayo (ECLI:ES:TS:2020:882) –violación conjunta de una chica en el piso de uno de los agresores–.

[47] STS 544/2023, Penal, de 5 de julio (ECLI:ES:TS:2023:2973), un supuesto en el que tres hombres atentan directamente contra la libertad sexual de la víctima, sin llegar al acceso sexual.

[48] STS 456/2022, Penal, de 10 de mayo (ECLI:ES:TS:2022:3036), donde varias personas molestan en el metro a una señora y atentan repetidamente contra su libertad sexual, sin acceso sexual de ningún tipo.

[49] STS 281/2022, Penal, de 6 de julio (ECLI:ES:TS:2022:2690), en el que tres sujetos tocan las nalgas de una mujer intimidándola a ella y a la pareja que la acompañaba.

[50] STS 1462/2005, Penal, de 11 de noviembre (ECLI:ES:TS:2005:7475), donde una menor de edad es llevada a una casa donde empiezan a tocarla sexualmente. Ella, envuelta en pánico, se acaba tirando por la ventana.

[51] Véanse las referencias de la nota 5.

[52] Creo que son especialmente representativos de este problema los excelentes trabajos de BOCANEGRA MÁRQUEZ, CARUSO FONTÁN, y FARALDO CABANA, posiblemente influenciados por el marco en el que estaba teniendo lugar la discusión en la jurisprudencia: BOCANEGRA MÁRQUEZ, en GARCÍA ÁLVAREZ/CARUSO FONTÁN (coords.), *La perspectiva de género en la Ley del «solo sí es sí»*, 2023, pp. 203-230; LA MISMA, en ACALE SÁNCHEZ/MIRANDA RODRÍGUES/NIETO MARTÍN (coords.), *Reformas penales en la península ibérica: A «jangada de pedra»?*, 2021, pp. 295-320; CARUSO FONTÁN, en FARALDO CABANA/ACALE SÁNCHEZ (dirs.), *La Manada,* 2018, pp. 217-246; FARALDO CABANA, *RDPC*, (22), 2020, pp. 381-420. Esta tendencia también se observa, a mi juicio, en la forma de exponer la problemática en los manuales de Parte Especial de Derecho Penal: GARCÍA RIVAS/TARANCÓN GÓMEZ, en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Tratado de Derecho penal español*, 3ª ed., 2021, pp. 1151 ss.; ORTS BERENGUER, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales », en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Derecho. Penal Parte Especial*, 7ª ed., 2022, pp. 238 ss.; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español. Parte especial*, 7ª ed., 2022, pp. 209 ss.

principalmente a la pregunta de «¿cómo castigamos estas tres acciones?», en lugar de «¿por qué hay tres acciones y no sólo una?». La premisa que abre la puerta al debate sobre el castigo de las distintas acciones acumuladas (por qué había varias acciones en primer lugar), por tanto, ha permanecido insuficientemente discutida. A pesar de esto, pueden distinguirse unos criterios similares a los que ha elaborado la jurisprudencia, salvo por una línea doctrinal claramente minoritaria que sostiene (en la misma línea de lo defendido en este trabajo) que la presencia de varios intervinientes no es un impedimento insalvable para apreciar una única acción (siempre que concurran el resto de requisitos necesarios).

a. Agresiones individuales: un mismo sujeto activo en un único evento

Cuando se trata de una agresión sexual en un contexto no grupal, no hay mucha controversia cuando se afirma que, si un mismo sujeto realiza varias acciones típicas (de las que admiten los art. 178 y 179 CP) en un contexto temporal unitario, deberá calificarse el hecho como un único delito de agresión sexual o de violación. En este sentido, señala GARCÍA RIVAS que estos tipos ofrecen varias conductas alternativas, de tal forma que si el autor realiza varias de ellas en un mismo contexto espaciotemporal, hay razones jurídicas para considerar que existe un solo delito y no tantos como acciones se hayan llevado a cabo[53]. Por lo tanto, la principal pauta para contabilizar acciones para una gran parte de la doctrina (que coincide con la visión jurisprudencial) es que los hechos puedan presentarse objetivamente –es decir, espaciotemporalmente– como un único evento ante un tercero imparcial[54]. No obstante, es

[53] GARCÍA RIVAS, «Agresión y abusos sexuales», en GARCÍA ÁLVAREZ (dir.), *Tratado de Derecho penal español: parte especial (I). Delitos contra las personas*, 1ª ed., 2011, p. 604. En la edición de 2021, con la colaboración de TARANCÓN GÓMEZ, sostienen que esto debe ser así porque «el ataque típico constituye en realidad una sola acción en sentido material, lo mismo que ocurriría cuando se propinan varios puñetazos o se asestan varias puñaladas en un solo acto»: GARCÍA RIVAS/TARANCÓN GÓMEZ, en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Tratado de Derecho penal español*, 3ª ed., 2021, p. 1154. En un sentido similar, afirma DÍEZ RIPOLLÉS, «De las agresiones sexuales», en DÍEZ RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA (coords.), *Comentarios al Código Penal: parte especial*, t. II, 2004, pp. 379-380, que estos delitos se encuadran dentro de los denominados delitos *de varios actos*, que son aquellos que abarcan dentro de sí dos o más actos con significación social autónoma: «en estos delitos que la realización reiterada de los elementos integrantes del comportamiento típico dentro de un mismo contexto circunstancial no es obstáculo para calificar el conjunto como una única infracción». Por lo tanto, la sucesión de comportamientos atentatorios contra la libertad sexual no da lugar a tantos supuestos típicos como tocamientos, amenazas o violencias sean identificables, sino que por lo general se podrá hablar de un único delito sexual. Sostiene el autor que el fundamento de este punto de vista se encuentra en la estructura típica que hemos atribuido a estas conductas: «Efectivamente, nucleadas en torno a un resultado de instrumentalización sexual de la víctima, es irrelevante para la producción de esa situación interpersonal que a ella hayan coadyuvado uno o varios actos sexuales o atentatorios a la libertad, siempre que estén abarcados por un mismo y persistente dolo y que el resultado producido no se descontextualice de algún modo».

[54] CANCIO MELIÁ, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en MOLINA FERNÁNDEZ (ed.), *Memento Práctico Penal 2023*, 2022, nm. 9265; ORTS BERENGUER, en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 7ª ed., p. 226: «Contra la libertad sexual de una persona se puede atentar de muchas maneras y, en principio, todas tienen cabida en el delito de agresiones sexuales»; MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexual», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 10ª ed., 2016, pp. 307 ss.; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 25ª ed., 2023, p. 254; ESQUINAS VALVERDE, «Delitos contra la libertad sexual (I)», en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS (dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª ed., 2022, pp. 179 ss.; CARUSO FONTÁN, *Unidad de acción y delito continuado*, 2018, pp. 65-69; BOCANEGRA MÁRQUEZ, *RGDP*, (33), 2020, pp. 3-6; ACALE SÁNCHEZ, «Capítulo I. De las agresiones sexuales», en CUERDA ARNAU (dir.), *Comentarios al Código Penal,* t. I, 2023, pp. 1216-1217; BOIX REIG, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (1): Agresiones sexuales», en EL MISMO (dir.), *Derecho Penal. Parte Especial,* t. I, 2ª ed., 2016, p. 364; ASÚA BATARRITA, «El significado de la violencia sexual contra las mujeres y la reformulación de la tutela penal en este ámbito. Inercias jurisprudenciales», en LAURENZO COPELLO/MAQUEDA ABREU/RUBIO (coords.), G*énero, violencia y Derecho*, 2008, pp. 162 ss.; CARMONA SALGADO, *Los delitos de abusos deshonestos*, 1981, p. 253. QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, 7ª ed., 2022, p. 209, se muestra manifiestamente en contra de esta interpretación: «*resulta inadmisible* que se considere delito continuado y no dos delitos una penetración vaginal y otra bucal por el mismo acusado *en un mismo lugar y con proximidad temporal inmediata*. [...] En este contexto parece incasable la doctrina tradicional que

preciso mencionar que doctrina muy cualificada añade como límite subjetivo el del impulso sexual o la eyaculación, de modo que la unidad de acción se rompe si el sujeto reitera el ataque tras haberse satisfecho sexualmente[55].

b. Agresiones grupales: tantos delitos como intervinientes

En agresiones sexuales múltiples, lo más frecuente es que se considere esta circunstancia (intervención de varios sujetos activos) como un elemento que impide apreciar la unidad delictiva. Aunque no siempre se explicitan las razones de esta exclusión[56], pueden identificarse fundamentalmente dos: que la participación de otras voluntades impide que haya unidad de culpabilidad, y, por tanto, que no se satisfaga uno de los requisitos de la unidad de acción; y el hecho de que las consideren infracciones de carácter personal, de modo que cada uno responde por la que efectúe directamente.

Cada nueva intervención implica un «dolo renovado»

Creo que a esto se refiere DÍEZ RIPOLLÉS cuando indica que la pluralidad de sujetos activos incidentes en la víctima crea «diversas situaciones interpersonales de dominación», que descontextualizan el resultado producido por no estar abarcado por un mismo y persistente dolo, lo que impide agrupar las conductas en una unidad típica. Por esta razón, concluye, en tales casos «habrá tantos delitos como sujetos activos o como víctimas»[57].

---

refleja la S 16-1-2007 (diversas penetraciones por distintas vías constituyen un solo delito); entre el artificioso delito continuado y apreciar un único delito se encuentra la solución correcta: el concurso real de delitos»; CASTELLVÍ MONSERRAT, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, t. I, 2023, p. 274.

[55] CARUSO FONTÁN, *Unidad de acción y delito continuado*, 2018, pp. 68-69; LA MISMA, en FARALDO CABANA/ACALE SÁNCHEZ (dirs.), *La Manada,* 2018, pp. 232 ss.; ORTS BERENGUER/SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, 2002, p. 93 (que especifica que esta interpretación se ciñe a los accesos carnales, no cuando el acceso se realice mediante objetos o consista en obligar a realizar una felación); BOCANEGRA MÁRQUEZ, en ACALE SÁNCHEZ/MIRANDA RODRÍGUES/NIETO MARTÍN (coords.), *Reformas penales en la península ibérica: A «jangada de pedra»?*, 2021, pp. 305 ss.; LA MISMA, *RGDP*, (33), 2020, p. 7: «El primer elemento que llevaría a apreciar el inicio de una nueva acción típica se relacionaría así con el elemento subjetivo específico del injusto que caracteriza a estos delitos, definido comúnmente como el ánimo de satisfacer ilícitamente el deseo sexual. Parece coherente que una vez satisfecho dicho ánimo, con la eyaculación, la reanudación posterior del acceso carnal constituya una nueva acción típica, en tanto que orientada hacia la satisfacción de un nuevo ánimo libidinoso, distinto del anterior».

[56] Así CANCIO MELIÁ, en MOLINA FERNÁNDEZ (ed.), *Memento Práctico Penal 2023*, 2022, nm. 9265: «nunca puede apreciarse unidad delictiva cuando sean varios los sujetos que hayan realizado las agresiones»; FARALDO CABANA, *RDPC*, (22), 2020, pp. 392-394; BOIX REIG, en EL MISMO (dir.), *Derecho Penal. Parte Especial,* t. I, 2ª ed., 2016, p. 365; MUÑOZ CONDE, *PE*, 25ª ed., 2023, p. 254; GARCÍA RIVAS/TARANCÓN GÓMEZ, en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Tratado de Derecho penal español*, 3ª ed., 2021, p. 1156; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I)», en MORILLAS CUEVA (dir.), *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª ed., 2020, p. 272; LAMARCA PÉREZ, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en LA MISMA (coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, 7ª ed., 2022, p. 195; BOLDOVA PASAMAR, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales I», en ROMEO CASABONA/SOLA RECHE/BOLDOVA PASAMAR (coords.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª ed., 2022, p. 206; EL MISMO, «Presente y futuro de los delitos sexuales a la luz de la STS 344/2019, de 4 de julio, en el conocido como "caso de La Manada"», *Diario La Ley*, (9500), 2019, pp. 8-9.

[57] DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA (coords.), *Comentarios al Código Penal: parte especial*, t. II, 2004, p. 381. Como me ha señalado Carlos Castellví Monserrat, esto en realidad supondría una importante diferencia con el resto de autores, ya que, al poner el énfasis en las «situaciones interpersonales de dominación», se llega a una consecuencia distinta: en lugar de entender que hay tantos delitos como sujetos que acceden directamente, DÍEZ RIPOLLÉS parece estar sugiriendo que hay tantos delitos como intervinientes, penetren o no. De acuerdo con esta interpretación, si hay tres sujetos que intimidan, aunque sólo uno lleve a cabo la penetración, habría tres delitos de agresión sexual, tantos como situaciones interpersonales de dominación generadas.

También, en congruencia con su postura de que la acción individual en los delitos sexuales tiene como límite subjetivo la eyaculación o satisfacción del apetito sexual, CARUSO FONTÁN defiende que en las agresiones sexuales colectivas hay un «dolo renovado» por el cambio de circunstancias: varias subjetividades conforman varias unidades de culpabilidad, y esto impide que pueda hablarse siquiera de unidad de acción[58]. Al partir de idéntica premisa, BOCANEGRA MÁRQUEZ alcanza la misma consecuencia, que es la de que habrá tantas acciones típicas de acceso carnal como sujetos participantes, o, más bien, que habrá tantas acciones típicas como eyaculaciones[59].

Hay tantos delitos sexuales como intervinientes que acceden personalmente

Aunque la categoría de delitos de propia mano es una muy discutida, y, de hecho, ampliamente excluida en general (y en delitos sexuales en particular)[60], su sombra sobre estos últimos es alargada[61]. Este presupuesto parece estar detrás de afirmaciones como las de MORALES PRATS y

---

[58] En realidad, CARUSO FONTÁN no utiliza las palabras de «nuevas subjetividades» o «unidades de culpabilidad». Pero creo que es a lo que se refiere afirma que: «El cambio de circunstancias [refiriéndose al cambio de sujeto] que se presenta en estos casos impediría la apreciación de una "unidad natural de acción"» (CARUSO FONTÁN, *Unidad de acción y delito continuado*, 2018, p. 70), después de haber afirmado en el apartado anterior que el momento en el que se produce el orgasmo o la eyaculación es el que permite diferenciar la fase de terminación de un delito del nacimiento de un dolo renovado para cometer otro, y que: «De todo lo dicho hasta el momento se desprende que una serie de hechos delictivos podrán conformar una "unidad natural de acción" mientras tanto se mantenga la unidad de culpabilidad. Dicha culpabilidad unitaria se rompería en aquel momento en que el sujeto lograra satisfacer su apetito sexual, de forma que los actos sexuales posteriores responderían a un "dolo renovado"» (p. 68). Esto lo complementa con otros criterios objetivos, de carácter espaciotemporal, que también determinan el cese de la unidad de acción (p. 69).

[59] BOCANEGRA MÁRQUEZ defiende que, puesto que el proceso que lleva a la eyaculación equivale a una acción, y que un nuevo ánimo libidinoso hace nacer otra nueva, la consecuencia es que cada interviniente (portador o emitente de ánimo libidinoso, por no decir «eyaculador») realiza una acción independiente cada vez que satisface su apetito sexual (de forma concreta) (BOCANEGRA MÁRQUEZ, *RGDP*, [33], 2020, p. 20). Aunque no explica las razones por las que le otorga a la eyaculación un papel tan central, entiendo que se adhiere a la posición de CARUSO FONTÁN de que cada eyaculación implica un dolo renovado que impide apreciar unidad de acción. Otra interpretación supondría revivir el ánimo lúbrico como elemento subjetivo del injusto.

[60] Son determinantes los trabajos de MAQUEDA ABREU, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES y GÓMEZ-MARTÍN a este respecto, aunque se trata ahora de una afirmación bastante *mainstream*: MAQUEDA ABREU, *Los delitos de propia mano: críticas a su fundamentación desde una perspectiva dogmática y político-criminal*, 1992, *passim*; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *El denominado "delito de propia mano": respuesta a una situación jurisprudencial*, 2004, *passim*; GÓMEZ-MARTÍN, «Pertenencia del hecho, instrumento doloso no cualificado y delitos de propia mano», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (17), 2006, pp. 11-42; ESQUINAS VALVERDE, en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS (dir.), *PE*, 3ª ed., 2022, pp. 180 ss.; ACALE SÁNCHEZ, en MONGE FERNÁNDEZ (dir.), *Mujer y derecho penal*, 2019, p. 246; DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA (coords.), *Comentarios al Código Penal: parte especial*, t. II, 2004, pp. 276, 339; LAMARCA PÉREZ, en LA MISMA (coord.), *Delitos*, 7ª ed., 2022, p. 193; POZUELO PÉREZ, «La agresión sexual en autoría mediata. Proxenetas, clientes y violación de personas prostituidas», *InDret*, (1), 2022, pp. 210- 211; CARUSO FONTÁN, *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, 2006, p. 239; GONZÁLEZ TASCÓN, «Aspectos jurídicopenales de la explotación sexual de las personas adultas en la prostitución y de otras conductas relacionadas», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (22-10), 2020, p. 40; ORTS BERENGUER/SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, 2002, p. 58; CANCIO MELIÁ, en MOLINA FERNÁNDEZ (ed.), *Memento Práctico Penal 2023*, 2022, nm. 9269.

[61] Por ejemplo, QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, 7ª ed., 2022, p. 203, utiliza esta categoría para excluir conductas que no impliquen comportamiento corporal directo y personal del sujeto activo del ámbito del art. 178 y 179 CP: «sostener concebido este delito como de propia mano (S 25-3-2014), comprenderá todos aquellos comportamientos en los que a la víctima se le exija violentamente o con intimidación la realización de acciones de índole sexual que no comporten penetración, como queda dicho; por ejemplo, tocamientos. Pero, por no existir un comportamiento corporal directo y personal del sujeto activo, no constituirán este delito ni el exhibicionismo ni la provocación sexual o el voyerismo; desde el punto de vista de los delitos contra la libertad sexual, la conducta será impune, lo cual, ciertamente, no parece satisfactorio. Esta laguna requiere ser cubierta con prontitud por el legislador». De acuerdo con esta interpretación, no obstante, deberían excluirse también los tocamientos que el sujeto activo

GARCÍA ALBERO en sus comentarios al art. 180 CP: «La existencia de esta agravación no supone una excepción a las reglas generales sobre la unidad o pluralidad delictiva, *en el sentido de impedir que los sujetos respondan por los contactos sexuales realizados "propria manu" por los restantes coautores*, fundidos ahora en la amalgama de una sola agresión sexual con pluralidad de intervinientes». De este modo, concluyen, cada interviniente responderá por su propio contacto sexual en concurso real con las agresiones realizadas por los restantes miembros, si es que llegan a producirse[62].

BOIX REIG también parte de este punto cuando manifiesta que «la conducta típica de acceso carnal comporta la necesaria actividad sexual que permite calificar a estos delitos como de propia mano». Esto le lleva a sostener que, si la implicación de una persona en la agresión sexual se limita a la práctica de intimidación o violencia, deberá considerarse como un cooperador necesario de la acción que ha efectuado el que ha llevado a cabo *directamente* la conducta sexual[63]. Y también a la consecuencia (coherente por otro lado con su postura) de que en los casos de agresiones sexuales con múltiples intervinientes «habrá tantos delitos de agresión sexual como conductas sexuales se realicen –una por cada sujeto– y en cada delito serán cooperadores necesarios el resto de intervinientes»[64].

c. Agresiones grupales: un único evento, un único delito (con independencia del número de participantes)

La tesis que comparten SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO y DE MOSTEYRÍN SAMPALO es que la participación colectiva no es un elemento de peso para fraccionar la acción. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO argumenta que, como en estos supuestos hay unidad espacio temporal, unidad de injusto –que define como resultado delictivo conjunto– y unidad de situación motivacional por parte de los copartícipes, nada impide que se agrupen como unidad natural de acción[65]. DE MOSTEYRÍN SAMPALO coincide, llegando a decir que «el concierto entre los autores y la unidad espaciotemporal *obliga* a que la violación grupal se considere un único delito», y añade otro argumento de carácter sistemático, y es que el Código Penal prevé una agravación cuando actúan varios conjuntamente en el art. 180.1.1º CP. Después lo compara con las soluciones a las que se

---

obligue a realizar a la víctima sobre sí misma o empleando a otra persona que, por algún motivo (por ejemplo, por error) no sabe que la víctima no está consintiendo a la relación sexual. Seguramente esta sea la razón por la que entiende que la solución correcta en las violaciones colectivas deba ser el concurso real (p. 209, véase también la nota 54).

[62] MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 10ª ed., 2016, p. 319-320.

[63] BOIX REIG, en EL MISMO (dir.), *Derecho Penal. Parte Especial,* t. I, 2ª ed., 2016, p. 362, aunque admite a continuación el castigo como autor mediato al que instrumentaliza a un tercero para llevar a cabo el acceso carnal (pp. 362-363). Por el contrario, y al hilo de un supuesto de violación efectuada directamente por el padre de la víctima en connivencia con su otra progenitora, MONGE FERNÁNDEZ, «¿Las agresiones sexuales cualificadas como delito de propia mano? Reflexiones en torno a la STS de 6 de junio de 2000, RJ 2000\5247», *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, (13), 2009, p. 198, sostiene que, puesto que la madre no había participado en el acto propiamente sexual, no debería ser calificada como coautora sino como cooperadora necesaria. Esta autora distingue entre actos nucleares, que serían los que tienen carácter propiamente sexual, y los actos periféricos (p. 193). De modo que, aunque mantiene tajantemente que los delitos sexuales no son delitos «de propia mano» (p. 192), las consecuencias a las que llega son similares (sólo puede ser autor quien realiza *de propia mano* el acto de acceso sexual).

[64] BOIX REIG, en EL MISMO (dir.), *Derecho Penal. Parte Especial,* t. I, 2ª ed., 2016, p. 363.

[65] SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, «La violación por "actuación conjunta" (art. 180.2ª CP)», *Cuadernos de Política Criminal*, (135), 2021, pp. 77-78. Creo que también deja traslucir cierta simpatía por esta posición CASTELLVÍ MONSERRAT, en CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, t. I, 2023, p. 275, cuando sostiene que «no resulta evidente por qué unas lesiones cometidas conjuntamente por varias personas dan lugar a un único delito (del que todos ellos responderán como coautores) y, en cambio, una violación grupal comporta tantos delitos como autores».

llegan en otros grupos de casos que también son susceptibles de cometerse colectivamente, como los de robo con violencia, las lesiones o el asesinato, donde no se multiplican las acciones en función del número de intervinientes[66].

Creo que lo que dicen estos autores es, en esencia, correcto. Pero conviene examinar con atención los argumentos de la doctrina mayoritaria que apuntan en otro sentido, por tratarse de voces tan cualificadas y ser tan robustos normalmente sus planteamientos.

3. Cómo deberían individualizarse las acciones en los delitos sexuales con penetración

3.1 Crítica a las posturas que defienden una pluralidad de acciones aunque sea un único evento

a. Crítica a la interpretación de que cada intervención renueva el dolo del delito sexual

Hay dos variantes de este argumento que merecen consideración. La primera, que la presencia de varias subjetividades impide que se forme un dolo unitario (DÍEZ RIPOLLÉS). La segunda, que la unidad de culpabilidad viene determinada por la satisfacción del apetito sexual individual (eyaculación), por lo que, por cada persona que lo satisfaga indebidamente, hay una acción que debe castigarse de manera independiente (CARUSO FONTÁN/BOCANEGRA MÁRQUEZ).

En relación con la primera variante del argumento, es necesario recordar que la multiplicidad de subjetividades sólo obliga a castigar por varios delitos cuando esta pluralidad se refiere a las víctimas, pero no a los autores, y se trate de atentados contra bienes jurídicos personalísimos (art. 74.3 CP)[67], y, en cualquier caso, presupone la concurrencia de varias acciones. Ante la ausencia de un límite normativo expreso, DÍEZ RIPOLLÉS sostiene que la pluralidad de agresores descontextualiza el resultado porque se crean «diversas situaciones interpersonales de dominación»[68]. Aunque se trata de un idea poderosa[69], deja sin explicar por qué no puede ejercerse la situación de dominio colectivamente o por qué el criterio oportuno para parcelar la situación de dominio debe ser el sujeto individual, a pesar de que haya casos en los que la creación del ambiente intimidatorio o de dominación no puede atribuirse por completo a un único individuo. Lo que parece latir en esta interpretación, en realidad, es la idea de que cada agresor tiene un deber *personal e indivisible* de no interferir indebidamente o dañar la esfera sexual de la víctima. En otras palabras: que se trata de un deber que no se puede compartir,

[66] DE MOSTEYRÍN SAMPALO, «Las tres formas de punir las violaciones grupales», *Diario La Ley*, (10288), 2023, pp. 1-22.

[67] De hecho, el art. 74.3 CP excluye la aplicación del beneficio penológico del delito continuado en tales supuestos (cuando son varios sujetos pasivos los afectados), pero nada dice sobre los escenarios en los que los delitos se cometen conjuntamente. Dice expresamente: «Quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales *que afecten al mismo sujeto pasivo*. En estos casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva».

[68] DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA (coords.), *Comentarios al Código Penal: parte especial*, t. II, 2004, p. 381.

[69] Y, de hecho, es coherente con su temprano rechazo a considerar los delitos sexuales como delitos «de propia mano» (temprano porque lo sostuvo en un contexto en el que la noción de agresiones sexuales como delitos de propia mano estaba muy extendida): DÍEZ RIPOLLÉS, *La protección de la libertad sexual: insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, 1985, pp. 102 ss. También es coherente con la noción de instrumentalización como principal daño o interés jurídico en jaque en este tipo de delitos al que aluden en su famoso artículo GARDNER/SHUTE «The Wrongness of Rape», en HORDER (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence, Fourth Series*, 2000, pp. 193-217. Esta idea la desarrollo con más detenimiento *infra*, en el apartado 3.2.a, y a él me remito.

equivalente al que tiene, por ejemplo, cada omitente de un deber de socorro *ex* art. 195 CP que no auxilia al desamparado. De otro modo, no se entiende que llegue a la tajante conclusión de que «habrá tantos delitos como sujetos activos»[70]. Se le pueden hacer las mismas críticas que a los que defienden que cada actuar (mediante penetración) incrementa el injusto, que realizo en el siguiente apartado y al que me remito.

La segunda variante del argumento, que desarrollan detenidamente CARUSO FONTÁN y BOCANEGRA MÁRQUEZ, es problemática porque, a mi juicio, otorga un peso excesivo a una circunstancia coyuntural (la eyaculación), que puede ser sustituida fácilmente por otro criterio que incrementa objetivamente el injusto (el transcurso del tiempo). Como elemento que, según la experiencia, concluye normalmente un acto sexual y sirve a su vez como punto de partida para empezar a contabilizar otro, la referencia a la eyaculación cumple de manera eficaz su propósito comunicativo. No obstante, el traslado sin más de esta referencia lingüística al lenguaje jurídico nos obligaría, por ejemplo, a castigar por varios delitos en el supuesto (admito, improbable) de que la persona eyacule en varias ocasiones aunque sea en un corto espacio de tiempo; o como un único delito de violación, aunque la situación se extienda durante varios días, si la persona no eyacula (por ejemplo, porque no puede)[71]. La solución no nos parece adecuada porque está fundada en un criterio que *materialmente* no añade injusto a los hechos: la gravedad del atentado contra la libertad sexual de la víctima depende sobre todo de las condiciones que reúnen los hechos –*v. gr*. si se emplea violencia excesiva– y de las características y posición de la víctima en relación con el autor. Desde esta perspectiva, nada añade o resta a la antijuridicidad material de las agresiones sexuales la eyaculación del agresor (o su ausencia)[72].

b. Crítica a la interpretación de que cada actuar (mediante penetración) genera un injusto específico

La utilización del adjetivo «de propia mano» para los delitos sexuales no tiene hoy los costes que se le atribuían cuando era una categoría dogmática que, al relacionar directamente la ejecución material con el mayor injusto, excluía la autoría mediata, la coautoría, la comisión por omisión, o, incluso, su aplicación en los casos de *actio libera in causa*[73]. Esto podía crear situaciones de impunidad en supuestos en los que no hubiera hecho típico y antijurídico del que participar –por

[70] DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA (coords.), *Comentarios al Código Penal: parte especial*, t. II, 2004, p. 381, aunque debe tenerse en cuenta, esto es cierto, que la falta de desarrollo de esta idea puede deberse a que se trata de un manual.

[71] O, como me señaló Alejandra Castillo Ara, generaría unas diferencias de trato entre hombres y mujeres difícilmente justificables.

[72] Tendríamos que decir que parte del injusto reside en la gratificación sexual del autor (que objetiviza más intensamente así a la víctima) para sostener otra cosa. Es cierto que el «ánimo libidinoso» juega un papel relevante a la hora de determinar qué actos tienen *socialmente* una naturaleza sexual, y, por tanto, deben analizarse (al menos, *prima facie*) en el contexto de los delitos sexuales, como muestra el brillante análisis de PÉREZ ALONSO, «Concepto de abuso sexual: contenido y límite mínimo del delito de abusos sexuales», *InDret*, (3), 2019, pp. 11 ss. No obstante, una vez determinado objetivamente que un hecho merece ser tratado como un acto sexual, el «ánimo lúbrico» no debería tener mayor trascendencia porque no modifica sustancialmente la experiencia de la víctima (en un sentido contrario, ORTS BERENGUER/SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, 2002, p. 93). En este sentido, no puedo estar más de acuerdo con ASÚA BATARRITA, en LAURENZO COPELLO/MAQUEDA ABREU/RUBIO (coords.), G*énero, violencia y Derecho*, 2008, p. 162, cuando sostiene que el «ultraje a la libertad y la dignidad de la víctima no depende del número de "impulsos", sino de la forma concreta de manipulación, de la mayor o menor duración temporal del sometimiento, y del conjunto de circunstancias vejatorias».

[73] Y tenían estos costes porque la ejecución material se relacionaba con el mayor injusto, de manera similar a como ocurre ahora con los delitos especiales: GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en el Derecho Penal*, 1966, pp. 242 ss. (aunque sin posicionarse claramente en el caso de los delitos sexuales); GÓMEZ BENÍTEZ, «El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (37-1), 1984, pp. 119 ss.

ejemplo, porque se hubiera instrumentalizado a una persona que no podía saber que el acto sexual no era consentido para llevar a cabo una agresión sexual[74]–, razón que posiblemente inspiraba los esfuerzos doctrinales para no llevar hasta sus últimas consecuencias la afirmación usual de que los delitos sexuales eran casos paradigmáticos de delitos de propia mano. Se dividía el delito en dos, distinguiendo entre lo que tiene de imposición de fuerza e intimidación y lo que tiene de corporal (específicamente sexual), para decir que los coautores materiales eran los que participaban en el primer aspecto y los coautores principales en el segundo[75]. De esta manera, se eludía el efecto fundamental de considerar un delito de propia mano, que era precisamente el de restringir el círculo de autores a aquellos que tenían una relación (muy) determinada con el hecho delictivo, concretamente, la de ser sus ejecutores principales. Como sagazmente advirtió DÍEZ RIPOLLÉS, esto significaba simple y llanamente negar su carácter de delitos de propia mano[76].

Excelentes trabajos posteriores, como los de MAQUEDA ABREU[77], SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES[78] y GÓMEZ MARTÍN[79], terminaron de dar el golpe de gracia a una categoría que ofrecía poco rendimiento y muchos problemas, y ahora, a los delitos que se fundamentan o agravan por una relación especial entre el autor y el hecho se les encuadra dentro de los delitos especiales o los de infracción de deber.

¿A qué se refieren entonces los autores que, como vimos, clasifican las agresiones sexuales como delitos de propia mano? Puesto que no los consideran delitos especiales o delitos de infracción de deber, creo que simplemente certifican una característica evidente de las agresiones sexuales, que es que hay una circunstancia («lo sexual») que, siempre que esté presente, configura un régimen especial y preferente al general de delitos contra la libertad de obrar[80]. Y que esta

---

[74] Por ejemplo: A convence a B para que mantenga relaciones sexuales con una familiar menor (C) que aparenta muchos más, a sabiendas de que B no adivinaría su verdadera edad. Además, para dar una mayor credibilidad a la situación, modifica su carnet de identidad. Si A sólo puede ser cooperador necesario de B, la conducta quedaría impune, ya que en el aspecto específicamente sexual no habría hecho típico y antijurídico del que participar. Pueden ponerse supuestos parecidos en los que el autor *no tenga forma de saber* que C había consentido, o sustituyendo a B por una persona que actúa en estado de necesidad justificante. Así lo hace POZUELO PÉREZ, *InDret*, (1), 2022, p. 210.

[75] Así lo hacían, por ejemplo, CARMONA SALGADO, *Los delitos de abusos deshonestos*, 1981, pp. 204 ss.; GONZÁLEZ RUS, *La violación en el Código Penal español*, 1982, pp. 411 ss.; BOIX REIG, *El delito de estupro fraudulento*, 1979, p. 351. Luego es cierto que el propio Código Penal de 1973 extendía el castigo a personas que no ejecutaban los actos sexuales por sí mismas, pero que tenían una posición especial en relación con la víctima, equiparándolas a los autores. En concreto, a «[l]os ascendientes, tutores, maestros o cualesquiera personas que, con abuso de autoridad o encargo, cooperaren como cómplices a la perpetración de los delitos comprendidos» (art. 445, aunque esta disposición tiene su origen en el Código Penal de 1848).

[76] DÍEZ RIPOLLÉS, *La protección de la libertad sexual*, 1985, pp. 105-106. Por esta razón, entiende que debería tipificarse expresamente la autoría mediata de este tipo de delitos (pp. 109-110). VIVES ANTÓN, *Libertad de prensa y responsabilidad criminal*, 1977, pp. 180-181, también había señalado con anterioridad la incongruencia que suponía poder dividir los delitos de propia mano en dos actos, uno que podía ser cometido por el *extraneus* y otro que no.

[77] MAQUEDA ABREU, *Los delitos de propia mano*, 1992, *passim*, desde la perspectiva del dominio del hecho.

[78] SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *El denominado "delito de propia mano"*, 2004, *passim*.

[79] GÓMEZ MARTÍN, *RDPC*, (17), 2006, pp. 11-42.

[80] Esta relación género-especie (se dan los tipos de los dos delitos, pero la norma de sanción nos indica que debemos castigar sólo por el delito especial) es lo que nos permite castigar por el delito genérico residualmente. O, en otras palabras: que el aspecto sexual es una circunstancia preeminente porque es la que determina que entre un atentado genérico contra la libertad de obrar y un atentado específico contra la libertad sexual debamos preferir el castigo por estos últimos. Aunque este sea un lugar común en la doctrina (creo que es representativa la afirmación de DÍEZ RIPOLLÉS, *La protección de la libertad sexual*, 1985, p. 218, de que «el concepto de "libertad sexual" posee unas matizaciones valorativas a añadir al juicio de valor genéricamente referido a la "libertad personal"»), es sugerente la observación de MAÑALICH RAFFO, «La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno. Una reconstrucción desde la teoría de las normas», *Revista Ius et Praxis*, (20-

característica implica un *contacto* físico de algún tipo, ya que si este no existe nos encontramos ante otros delitos, como el de exhibicionismo o coacciones genéricas[81].

Hasta aquí estamos de acuerdo. Así utilizado, el adjetivo «de propia mano» lleva a una consecuencia razonable, que es la de distinguir entre atentados contra la libertad que merecen respuestas distintas porque hay una circunstancia (obligar, o no, a soportar un contacto físico) que gradúa al injusto. Sin embargo, creo que, inadvertidamente o no, el elemento «de propia mano» produce actualmente unos efectos jurídicos que van mucho más allá y que tienen origen en la categoría «de propia mano» tal y como se entendía históricamente: en esos casos, y específicamente en las agresiones sexuales grupales, parece que se ha configurado un deber intransferible, que sólo se puede quebrantar personalmente, de no acceder sexualmente a otra persona de manera directa[82]. Hasta donde alcanzo, es la única interpretación que explica cómo se cuentan las acciones en las agresiones sexuales, multiplicándose en función del número de accesos no consentidos: si la expresión «de propia mano» se refiere únicamente a la necesidad de contacto físico, nada impide que se pueda imputar a otro participante que no efectúe el contacto por sí mismo.

Esta interpretación, de largo recorrido, podía tener más sentido en el Código Penal de 1973, que configuraba el delito de violación como un delito especial (sólo podía cometerse por un varón) y que no contenía una agravación por la actuación conjunta. No obstante, disponiendo de esa agravación por la actuación de dos o más personas, la interpretación de «tantos delitos como intervinientes» parece arbitraria: si tiene origen en un deber de naturaleza personal, debería poder aminorar la responsabilidad de los partícipes *ex* art. 65.3 CP o directamente excluirla cuando no hubiera hecho típico o antijurídico (por ejemplo, por error invencible de quien accede sobre el consentimiento de la víctima). Tampoco se entiende que afecte únicamente a las agresiones sexuales agravadas por el acceso del art. 179 CP, y no a las «básicas» del artículo 178 CP. La razón por la que nadie en la doctrina, creo, defiende estas consecuencias, se debe posiblemente a que tal deber personal e intransferible de no acceder sexualmente de forma directa (más allá del deber genérico de no dañar) simplemente no existe, y se ha mantenido la interpretación actual sobre el contaje de acciones por tradición y por la percepción de que las violaciones grupales son eventos muy graves que merecen la respuesta penal más severa que podamos otorgarles. Estas no son buenas razones porque ante todo se debe atender a cómo están redactados los tipos penales, y, sobre todo, porque se deben evitar las respuestas que valen únicamente *ad hoc*.

---

2), 2014, pp. 33 ss., que apunta que esta concreta relación género/especie es más compleja de lo que puede parecer a simple vista: «sólo resultaría prohibida sub especie violación una acción consistente en la imposición coercitiva del padecimiento de un acceso carnal, en la forma de un menoscabo de la "libertad sexual negativa" de la víctima, pero no así una acción consistente en el impedimento coercitivo del padecimiento, o el goce, de un acceso carnal, en la forma de un menoscabo de la "libertad sexual positiva de la víctima"».

[81] Así también QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, 7ª ed., 2022, p. 203; MONGE FERNÁNDEZ, *"Las manadas" y su incidencia en la futura reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales*, 2020, pp. 71 ss. Por el contrario, CANCIO MELIÁ, en MOLINA FERNÁNDEZ (ed.), *Memento Práctico Penal 2023*, 2022, nm. 9269, pensando en los medios de comunicación digital, parece sugerir que no es necesario ningún tipo de contacto físico. Así lo afirma también DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, «Delitos contra la libertad sexual: agresiones y abusos sexuales, de exhibicionismo y provocación sexual y relativos a la prostitución», en BAJO FERNÁNDEZ (dir.), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial),* t. II, 1998, p. 104, que incluye dentro del tipo de agresión sexual el obligar a alguien a contemplar actividades de tipo sexual; y, en un sentido similar, CASTELLVÍ MONSERRAT, «¿Violaciones por engaño? Sobre el concepto de consentimiento y el objeto del consentimiento sexual?», *InDret*, (4), 2023, p. 195.

[82] Esta, creo, sería una interpretación plausible de la siguiente afirmación de FARALDO CABANA, *RDPC*, (22), 2020, p. 404: «Al realizar estas consideraciones se olvida que al asesinar a una persona entre cinco solo se lesiona una vez el bien jurídico vida, pues estamos ante un solo delito cometido por una pluralidad de autores, mientras que la violación de una mujer por parte de *cinco hombres* da lugar a un concurso real de delitos en el que se lesiona *cinco veces* su libertad sexual».

3.2 La solución de la unidad de acción

Antes de seguir argumentando por qué deberían castigarse como un único delito las violaciones grupales, conviene reflexionar brevemente sobre cuándo podemos hablar de una sola acción o de una pluralidad en sentido jurídico. Algo que queda claro en este punto es que el sentido del concepto cotidiano de «acción» y su sentido jurídico-penal no tienen que coincidir exactamente. Es cierto que no deberían diferir demasiado ya que, al menos en teoría, el ordenamiento penal sirve para orientar comportamientos. Pero la variación no nos debería sorprender. Si le preguntamos a alguien «¿Qué está haciendo ese pintor callejero?», y la respuesta es «pintando un cuadro», posiblemente arquee las cejas cuando le sigamos inquiriendo «¿cómo estás tan seguro de que está pintando *un* cuadro?», y nos responda con desidia: «sólo se ve a un pintor con un lienzo y un caballete». No obstante, si a continuación le dijésemos que está prohibido pintar en la calle y que la multa se incrementa por cada cuadro pintado, seguramente la persona realice comprobaciones complementarias antes de seguir afirmando que lo que está viendo pintar es un único cuadro[83].

Puesto que las consecuencias que derivan del concepto de acción en sentido jurídico son más graves que las que normalmente le otorgamos al concepto cotidiano, debemos también tomar cautelas adicionales[84]. La misma frase, como por ejemplo, «A calumnió a B de manera continuada», lo más seguro es que tenga un significado distinto si la emite un juez que si lo hace un no-operador jurídico. Eso es porque en nuestro quehacer cotidiano es raro que tengamos que contar o inventariar acciones, para ver si lo que alguien está haciendo, o ha hecho, debe ser llamado «una sola acción» o «varias acciones», y normalmente esta vaguedad no tiene consecuencias. No obstante, a la afirmación practicada por el juez puede exigírsele más precisión, no sólo porque tiene un texto legal de referencia que define qué son las calumnias, sino porque tiene un deber/responsabilidad que el lego no tiene, que es el de dictar resoluciones conforme a la Ley y ajustadas a los principios constitucionales, y que pueden implicar el ingreso de alguien en prisión. En definitiva: las morfologías de los conceptos de «acción» en sentido jurídico y en sentido cotidiano (o, si se quiere, sentidos cotidianos) son necesariamente distintas.

Dicho esto, debe reconocerse que la redacción de algunos tipos hace que la definición jurídica de las acciones a las que se refieren sea muy oscura. El artículo 173 CP castiga con la pena de seis meses a dos años a quien «infligiera a otra persona un trato degradante», añadiendo, como única pista, un «menoscabando gravemente su integridad moral». La indeterminación de lo que es *un trato* –¿se refiere a un único evento? ¿a varios que acaban, como se dice informalmente, «minando la moral»?– hace que en la aplicación de este delito veamos una enorme casuística, como confiesan casi unánimemente los manuales de Parte Especial. Los criterios «unidad espaciotemporal», «unidad de injusto» y «unidad de culpabilidad», a los que se alude comúnmente para hablar de la existencia de una unidad natural o jurídica de acción (aunque dudo seriamente que exista tal cosa llamada «unidad *natural* de acción»), son herramientas conceptuales que sirven para fundamentar la agrupación de eventos bajo un mismo paraguas[85]. Pero al mismo tiempo son nociones terriblemente imprecisas que servirían para justificar no sólo la unidad de acción, sino también supuestos donde aplicamos delito continuado o, incluso,

[83] Este ejemplo es un guiño al que pone NINO, *El concurso en el Derecho Penal*, 1972, p. 35 (para exponer algo parecido a lo que yo quiero mostrar a continuación, que es que los recuentos de cosas, o acciones, se hacen *a unos efectos*: «Supongamos que a alguien le preguntemos: "¿Cómo sabe usted que delante suyo tiene un libro y no dos?". Seguramente esta persona nos miraría con compasión y contestaría: "Porque veo sólo un libro". Pero podríamos seguir preguntando: ¿Cómo sabe que eso que ve es un solo libro?»).

[84] Al menos, esto es lo que ocurre normalmente. Seguramente, en otros ámbitos donde el coste de la falta de precisión también sea muy alto, la comunicación tenderá a ser enormemente precisa. Se me ocurre que así será la que mantengan dos controladores aéreos durante una operación delicada.

[85] SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *CPC*, (135), 2021, pp. 77-78.

concurso medial o real. Piénsese, por ejemplo, en la propia definición legal de delito continuado, donde encontramos claramente al menos dos ingredientes (unidad de injusto y de culpabilidad), cuando se alude a la ejecución del plan preconcebido, a la idéntica ocasión o a la infracción de preceptos penales de similar naturaleza. El único requisito que parece ser más exigente en la unidad de acción que en el delito continuado es el de la unidad espaciotemporal, y, como demuestra de forma brillante CARUSO FONTÁN, también se tiende a flexibilizar enormemente[86].

Por otro lado, en un concurso medial, por ejemplo, entre un delito de trata de seres humanos y otro de prostitución coactiva –alguien emite una falsa oferta de trabajo en el extranjero que una mujer acepta, y acaban obligándola a prostituirse–, también es fácil identificar una unidad de injusto y de culpabilidad (incluso un nexo espaciotemporal, si los hechos se han ejecutado ininterrumpidamente); y asimismo ocurre en una agresión sexual que acaba produciéndole a la víctima unas graves lesiones psíquicas que se deciden castigar aparte, en concurso real[87].

En definitiva, no hay ni una sola característica que sea exclusiva de la «unidad de acción» y que no esté presente de alguna manera en situaciones de concursos que presuponen varias acciones diferenciadas. Por esta razón, tengo la sospecha de que el procedimiento que se suele seguir para delimitar las acciones es la abstracción y no la deducción. Es decir, no se razona de la siguiente manera: «como certificamos las unidades espaciotemporales, de injusto y de culpabilidad, esto lleva irremediablemente a que tengamos que determinar que existe una única acción». Más bien se opera en sentido contrario: se evalúan globalmente unos hechos, se decide que tiene sentido castigarlos conjuntamente (valoración en la que lógicamente influye el significado que se le otorgan a las acciones en el sentido cotidiano[88]), y se argumenta que es una única acción porque hay unidades espaciotemporales, de injusto y de culpabilidad –cuando no se dice que se trata de un concurso aparente de normas[89]–.

Honestamente, no se me ocurre una forma alternativa de operar que sea mejor, ya que renunciar a valoraciones globales y optar por criterios formalistas en exceso acaso llevaría a soluciones

---

[86] Así lo expone en relación con la aplicación de la doctrina de la unidad de acción en los delitos de tráfico de drogas y de blanqueo de capitales, que en ocasiones unifica normativamente hechos tienen lugar a lo largo de años en CARUSO FONTÁN, *Unidad de acción y delito continuado*, 2018, pp. 93 ss., 123 ss.

[87] Como ocurre, por ejemplo, cuando las agresiones psíquicas exceden lo que normalmente acompaña una agresión sexual, tal y como establece el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2003: «las alteraciones psíquicas ocasionadas a la víctima de una agresión sexual ya han sido tenidas en cuenta por el legislador al tipificar la conducta y asignarle una pena, por lo que ordinariamente quedan consumidas por el tipo delictivo correspondiente, por aplicación del principio de consunción del art. 8.3 CP , sin perjuicio de su valoración a efectos de la responsabilidad civil». Ahora bien, y como reconoce la STS 721/2015, Penal, de 22 de octubre (ECLI:ES:TS:2015:4705), esta regla general admite excepciones cuando «los resultados psíquicos de la agresión, abuso o acoso sexual superen la consideración normal de la conturbación anímica y *alcancen una naturaleza autónoma* como resultados típicos del delito de lesiones psíquicas, adquiriendo una magnitud desproporcionada a la que puede haber sido tomada en cuenta al penalizar el acto contra la libertad sexual y merecedora de reproche penal específico».

[88] Como hacen los operadores jurídicos cuando, en el ejemplo puesto anteriormente sobre los tratos inhumanos y degradantes, recurren al sentido que se les otorga en el lenguaje no jurídico. Esto, no obstante, tiene el coste de resoluciones menos predecibles y de una enorme disparidad en las penas.

[89] Esto simplemente muestra el hecho que la realización de un tipo penal es condición necesaria, pero no suficiente, de la aplicabilidad de la norma de sanción. No sólo deben reunirse otras condiciones (por ejemplo, de imputabilidad) para aplicarse esta última. Debe tenerse en cuenta que la norma de sanción finalmente aplicable sea *lo suficientemente expresiva* del reproche referido a uno o más de los restantes hechos punibles imputables al condenado, ya que, si así ocurre, la imposición de otras consecuencias supondría una redundancia punitiva. Asimismo, véase MAÑALICH RAFFO, en CÁRDENAS ARAVENA/FERDMAN NIEDMANN (coords.), *LH Alfredo Etcheberry Orthusteguy*, 2016, pp. 513 ss.

injustas por ser desmedidamente punitivas o inadecuadas[90]. Si una persona recibe dosis de veneno en seis ocasiones hasta que, en la séptima, muere[91], una concepción rígida de lo que es la unidad de acción (cada hecho en el que se certifique la unidad espaciotemporal, de injusto y de culpabilidad) nos obligaría a castigar de manera independiente cada tentativa de asesinato (o, como mínimo, de lesiones) que tiene lugar cada vez que se vierte el veneno y deja de controlarse la fuente de peligro. El hecho de que la solución nos parezca inadecuada[92] (o, como mínimo, poco satisfactoria, como muestra el persuasivo trabajo de MOLINA FERNÁNDEZ[93]), refleja otra propiedad

---

[90] Es una conclusión parecida a la que alcanza PEÑARANDA RAMOS, en OROZCO LÓPEZ/REYES ALVARADO/RUIZ LÓPEZ (eds.), *LH Reyes Echandía*, 2022, pp. 820-821, cuando sostiene que «ni la Filosofía de la acción, ni la dogmática del Derecho penal están en condiciones de ofrecer un concepto de acción a partir del cual quepa responder inequívocamente la cuestión de si es posible realizar varias acciones con un solo movimiento corporal».

[91] La doctrina ha propuesto variaciones bastante conocidas de estas constelaciones de casos que, como señala MOLINA FERNÁNDEZ, «Tentativa irreversible y desistimiento impropio», en CANCIO MELIÁ *et al.* (eds.), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, t. I, 2019, pp. 655 ss., aunque sean centrales en la teoría jurídica del delito (lo que apuntaría a que su solución debería ser también fácil), dividen radicalmente a la doctrina. El autor propone un caso base en el que una persona tiene la intención de disparar seis tiros con su revólver, pero, tras fallar (por poco) con el primero, decide voluntariamente no seguir disparando. También es muy célebre el caso que propone GIMBERNAT ORDEIG, «El ocasionamiento de muerte que empieza como asesinato y acaba como homicidio», en EL MISMO, *Estudios de Derecho Penal,* 3ª ed., 1990, pp. 266 ss.: un supuesto en el que un individuo, con voluntad de matar, realiza dos disparos alevosos fallidos y, sin solución de continuidad, realiza, en forma no alevosa, un tercer disparo que produce la muerte.

[92] En los textos doctrinales sobre la tentativa y su desistimiento esta tensión es particularmente evidente y las soluciones tienden a una valoración material o global: POZUELO PÉREZ, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, 2003, pp. 241 ss., por ejemplo, defiende que el desistimiento de la tentativa cumple la misma función que el deber de omitir realizar conductas típicas. O, en otras palabras: el hecho de que haya desistimiento equivale a la ausencia de tentativa. De esta manera, aunque los actos se hayan realizado, «no reciben, valorativamente, el calificativo de tentativa si ha mediado desistimiento». ALASTUEY DOBÓN, «Tentativa inacabada, tentativa acabada y desistimiento», *Revista de Derecho Penal y Criminología,* (5), 2011, pp. 50 ss., también se posiciona a favor de las tesis de la consideración global («Desde este planteamiento, se contempla el suceso como un todo unitario, que incluye tanto lo realizado como lo que es posible realizar; unos y otros actos formarían una unidad natural de acción, siempre que concurriese entre ellos una conexión espaciotemporal»); y así lo hacen también SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, «¿Tentativa fracasada existiendo posibilidades de realizar aún el tipo?», *Revista de Derecho Penal y Criminología,* (16), 2005, pp. 158 ss. (aludiendo sobre todo a razones preventivo-generales y especiales); y —al menos, parcialmente— GILI PASCUAL, «Pérdida del control sobre el riesgo creado y terminación del delito intentado», *InDret*, (2), 2012, pp. 29 ss. Este autor insiste, acertadamente, en que el criterio de la consideración global debe utilizarse únicamente con carácter retrospectivo, es decir, para determinar (y valorar) qué hechos formaron parte de lo que ya sucedió, pero no para agrupar lo sucedido, con carácter prospectivo, con otros actos hipotéticos o futuros que podrían haber tenido lugar, y deducir de ello que se desistió (por ejemplo, deducir del hecho de que se disponían de seis balas y se dispararon sólo dos que la persona desistió de la tentativa de homicidio). En cualquier caso, asume la valoración global para la evaluación de la tentativa: «[t]omando como telón de fondo uno de los ejemplos habituales en este campo: si "A" dispone de seis balas en su cargador, y dispara dos contra su víctima de forma consecutiva (sin cesura espaciotemporal y sin modificar el medio de ejecución), pero no alcanza con ninguna de ellas el blanco, la consideración global adaptada –si quiere, insisto, mantenerse esta denominación– nos dirá (debería decirnos) que se está ante una única tentativa, aunque externamente venga conformada por dos actos, dos fotogramas de un mismo suceso, que aisladamente considerados serían ya tenidos ex ante como suficientes para desencadenar el resultado (potencialidad lesiva plena)» (GILI PASCUAL, «Sobre los momentos inicial y final de la tentativa», *Estudios Penales y Criminológicos*, [41], 2021, pp. 884 ss.). El propio MOLINA FERNÁNDEZ, en CANCIO MELIÁ *et al.* (eds.), *LH Agustín Jorge Barreiro*, t. I, 2019, pp. 677 ss., aunque critica la teoría de la solución global (especialmente en pp. 667 ss.), propone que se le concedan efectos a lo que denomina *desistimiento impropio* (actos del sujeto posteriores a una tentativa irreversible que, de alguna manera, contrarresten en todo o en parte el mal del delito), lo que implica también una suerte de *valoración* global del hecho: en concreto, del castigo que merece el hecho globalmente considerado.

[93] Valiéndose de la gradualidad del tiempo, este autor plantea varios ejemplos donde A dispara con un rifle silenciado una primera vez, y luego, voluntariamente, deja de hacerlo en la segunda ocasión que tenía planeada [a) dos minutos, b) una hora, c) un día, d) una semana, e) un mes o f) un año después]. Con ellos se sirve para criticar la diferencia de tratamiento entre los supuestos b y c —el caso b podría agruparse como un supuesto de unidad de acción y no así el c—, en los que, a su juicio, no hay diferencia material apreciable. Más adelante les suma ingredientes subjetivos (como que A no era consciente de que tenía una segunda oportunidad), para criticar

del concepto jurídico de «acción»: no sólo es normativo, sino también gradual[94]. Aunque en los casos claros será sencillo distinguir una acción de otra (A agrede sexualmente a una persona, después le roba, y el episodio se repite en el siguiente mes), no ocurrirá así en los casos poco claros, que paradigmáticamente tendrán lugar cuando un evento se extiende ininterrumpidamente, cuando en la norma cabe agrupar varios sucesos indeterminados –por ejemplo, un supuesto de blanqueo de capitales– o cuando los hechos sean muy lesivos: creo que no es casualidad que los delitos de detenciones ilegales, tratos inhumanos y degradantes o lesiones actúen a veces como «comodines», es decir, que aparezcan o desaparezcan en función de las circunstancias. La razón está directamente relacionada, en la mayoría de los casos, con la percepción de que el castigo por la conducta principal es insuficiente[95].

La compartimentación de la realidad en eventos o sucesos (por ejemplo, el evento de un robo o una violación, que suele coincidir con lo que denominamos acción de robar y violar) tiene sentido en muchas ocasiones, desde la perspectiva del castigo, porque nos sirve entre otras cosas para graduar la necesidad de respuesta penal: una persona que falsifica un documento para cometer una estafa, seguramente merezca más pena (aunque poco más) que aquella que estafa sin falsificar ningún documento, pero menos que la que falsifica documentos por un lado y estafa

---

también el criterio del «horizonte de desistimiento»: MOLINA FERNÁNDEZ, en CANCIO MELIÁ *et al.* (eds.), *LH Agustín Jorge Barreiro*, t. I, 2019, pp. 664 ss. Efectivamente, son ejemplos que exploran los límites grises de la unidad de acción, es decir, de lo que consideraríamos un único evento frente a un espectador imparcial. Pero creo que esos ejemplos no demuestran que el criterio de la unidad de acción sea inservible, sino que, como ocurre con el resto de conceptos graduales, debe ponerse especial atención a las razones por las que se cambia de escalón para evitar diferencias de trato entre casos que merecen la misma respuesta. En cualquier caso, posiblemente los criterios de ruptura de la unidad de acción deban ser distintos a efectos del desistimiento de la tentativa, que es el ámbito al que se refiere concretamente MOLINA FERNÁNDEZ, que a efectos de los concursos, que es de lo que trata este trabajo, ya que las razones para distinguir (más énfasis en la necesidad de pena, en el primer caso, y más importancia de adaptar la respuesta al mayor o menor grado de afectación del bien jurídico, en el segundo), son diferentes.

[94] Me baso en el pensamiento de MOLINA FERNÁNDEZ, «La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y derecho penal», en BAJO FERNÁNDEZ/JORGE BARREIRO/SUÁREZ GONZÁLEZ (coord.), *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 691-742: para este autor, las dificultades de delimitación de algunos conceptos normativos se encuentran precisamente en su naturaleza gradual (por ejemplo, el dolo y la imprudencia). Puesto que no hay un momento en el que haya un cambio cualitativo (¿a partir de la caída de qué pelo una persona sin mucha densidad capilar pasa a ser calva?), defiende que la mejor manera de operar es tener más categorías intermedias que se hagan cargo de cada uno de los escalones valorativos, asumiendo que no somos capaces de determinar exactamente cuándo hay un cambio de escalón. Creo que al concepto de acción le ocurre algo parecido: podemos identificar que ha ocurrido una violación, y podremos estar de acuerdo en que debe castigarse además la detención ilegal si esta se extiende durante varias horas. Pero no hay un momento *evidente* e indiscutible a partir del cual la detención ilegal debe empezar a castigarse de manera adicional. Esto, ciertamente, y como me ha sugerido Nicolás Cantard, tiene que ver también con la *gradualidad de la lesión* del bien jurídico, pero creo que no se limita a eso. Los ejemplos de MOLINA FERNÁNDEZ mencionados en la nota anterior muestran de manera muy clara de que la determinación de lo que es un «evento único» ante un tercero imparcial no siempre es una cuestión sencilla. Y, de hecho, esta propiedad de la acción (jurídico-penalmente relevante, se entiende) tiene impacto en otros ámbitos, como por ejemplo, la discusión sobre cuándo se inician los actos de ejecución de un delito a efectos de la tentativa.

[95] Esto influye también a la hora de determinar también el objeto procesal, y la conveniencia de que lo sea con base en criterios materiales y jurídicos en lugar de criterios naturalísticos, como muestra PÉREZ MANZANO, «*The Spanish Connection:* los caminos del diálogo europeo en la configuración del alcance de la prohibición de incurrir en bis in idem», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (22), 2018, pp. 387, 390 ss. TURIENZO FERNÁNDEZ, «"Ojos que no ven, corazón que no siente": los llamados "casos puros"», *InDret,* (3), 2023, pp. 488-489, refiriéndose a las agresiones sexuales, acertadamente se sitúa a favor de consideraciones globales: «Cuando las repercusiones psíquicas del concreto acto delictivo no son meramente accesorias al hecho principal, sino que superan aquello que podemos calificar como frecuente o habitual, el daño psíquico deja de mostrarse como un simple efecto colateral para alcanzar sustantividad propia. [...] Por tanto, si las circunstancias del caso permiten advertir que la conducta del autor no sólo ha acarreado una lesión de la libertad ambulatoria, p. ej., sino también autónomamente de la salud mental del individuo, la fórmula del concurso de delitos será la más precisa respuesta legal con miras a captar el desvalor total del hecho».

por otro. Al mismo tiempo, para evaluar la gravedad de un *mismo* evento (desde la perspectiva de un observador que lo identifique como tal), donde se reiteran actos que por sí mismos podrían constituir delitos independientes o donde hay varias personas que participan de alguna manera (cada una con una acción voluntaria independiente), es conveniente que se pueda matizar la respuesta con consideraciones normativas que pueden no estar expresamente previstas[96].

Por eso no puedo estar de acuerdo, sin más puntualización, con la afirmación de DE MOSTEYRÍN SAMPALO cuando dice que «el concierto entre los autores y la unidad espaciotemporal *obliga* a que la violación grupal se considere un único delito»[97]. Creo que esto, sencillamente, no es cierto. El que sea identificable un único evento –siempre de acuerdo con un tipo penal– es un buen punto de partida para establecer la presunción de que debe castigarse como un único delito (del que participaran todos, en una especie de *actuar colectivo*), pero esta presunción puede romperse cuando haya buenos argumentos para hacerlo, por ejemplo, si lleva a la aplicación de una respuesta penal desproporcionada (por insuficiente) o cuando haya infracciones personales de deber de por medio.

A continuación, explicaré las razones que fundamentan mi tesis principal, que es que el castigo como una única violación grupal es suficiente para dar cuenta de la gravedad de este tipo de abusos. O, en otras palabras: por qué en los supuestos de violaciones grupales debería considerarse *por defecto* que existe una única acción de la que todos participan, y no varias, tantas como sujetos que acceden sexualmente.

a. ¿El factor «actuación en grupo» añade lesividad a una violación?

¿Por qué es más grave una violación grupal que una que no lo es, al menos en principio? La respuesta está lejos de ser obvia, y, de hecho, pueden identificarse dos grandes posturas doctrinales sobre los fundamentos de la agravante por actuación conjunta: la que sostiene que es más grave porque la presencia de más personas ayuda a inocuizar a la víctima, disminuyendo o anulando sus posibilidades de defensa (lógica de la alevosía o de su hermano menor, el abuso

[96] En sentido similar también se posiciona PEÑARANDA RAMOS, en OROZCO LÓPEZ/REYES ALVARADO/RUIZ LÓPEZ (eds.), *LH Reyes Echandía*, 2022, pp. 817 ss. Es cierto que lo hace en relación con el concurso ideal homogéneo, en supuestos de lesiones graves de intereses eminentemente personales (p. ej., poner en marcha una bomba que acaba con la vida de varias personas). Pero creo que es aplicable a los supuestos que menciono. En concreto, sostiene que «la determinación del concepto de unidad o pluralidad de acción debería estar guiada por el específico propósito jurídico-penal al que en este ámbito pretende servir tal distinción: un propósito que no puede ser muy diferente que el de procurar una determinación de la pena adecuada al contenido de desvalor de los delitos concurrentes y a la responsabilidad en que en cada caso haya incurrido el sujeto al cometerlos» (pp. 821-822). CANTARD critica este razonamiento, entre otras razones, porque a su juicio los argumentos de proporcionalidad sirven para explicar una penalidad distinta, pero son incapaces de ofrecer una respuesta a la individualización de los hechos. Además, considera discutible que el rendimiento de la proporcionalidad sea el de llevar la consecuencia jurídica a un estadio más grave (CANTARD, *InDret*, [3], 2023, pp. 538 ss.; EL MISMO, en LASCURAÍN SÁNCHEZ/PEÑARANDA RAMOS [coords.], *Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Julio Díaz-Maroto y Villarejo*, 2023, p. 138). Si bien se refiere a supuestos de concurso ideal, que no estamos tratando aquí, creo que algunas de sus agudas críticas pueden extrapolarse a esta discusión. Existe acuerdo en que el juicio de desproporción puede arrojar resultados en un sentido (por exceso) y en otro (por defecto). El desacuerdo comienza con los *efectos* que le otorgamos a esta constatación: en relación con el primero (desproporción por exceso), no hay dudas de que debemos hacernos cargo. En relación con lo segundo (desproporción por defecto), si bien deja de ser tan perentorio, creo que también es preciso abordarlo —en este caso, en la medida de lo posible—, de manera que el resultado tienda a la *punición suficiente*, y así evitar quiebras en el principio de igualdad. La unidad y pluralidad de acciones, en definitiva, son herramientas normativas que pueden ser útiles a estos efectos, siempre teniendo como límite el tenor literal de los tipos.

[97] DE MOSTEYRÍN SAMPALO, *Diario La Ley*, (10288), 2023, p. 14.

de superioridad)[98]; y la que dice que se lesiona con más intensidad el bien jurídico, aunque en este caso no se suele explicitar qué es exactamente lo que se lesiona más[99].

Para responder adecuadamente, debemos plantear con carácter previo otras dos cuestiones: en primer lugar, si siempre que hay varios agresores se facilita la comisión del delito (bien sea porque se desarma más a la víctima o porque se «refuerza el designio criminal»); y, después, si esto es lo realmente decisivo. Lo primero nos dará pistas sobre el fundamento de la agravación[100], y lo segundo confirmará o desmentirá nuestras sospechas.

Como señala DÍEZ RIPOLLÉS, el hecho de que varios actúen conjuntamente no siempre supone una mayor facilidad para cometer el delito[101]. Baste con señalar los supuestos en los que la persona

---

[98] Así: ALCÁCER GUIRAO, *Delitos contra la libertad sexual: agravantes específicas*, 2004, pp. 36-37 (especificando que esta figura está más cerca del abuso de superioridad, que exige debilitamiento de las posibilidades de defensa, que de la alevosía, que exige un grado de indefensión mayor); ORTS BERENGUER/SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, 2002, pp. 109-110 (aunque reconocen que en estos casos es frecuente que se produzca una objetivización más intensa de la víctima, concluye que esto no explica por sí mismo la imposición de una penalidad agravada, y que «[s]ólo la desproporción entre el ataque y la defensa justifican el incremento de pena»); MORALES HERNÁNDEZ, «Análisis de los tipos penales cualificados relativos a las agresiones sexuales contenidos en el artículo 180 del Código Penal», en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS/ESQUINAS VALVERDE (dirs.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, 2022, pp. 101; ESQUINAS VALVERDE, en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS (dir.), *PE*, 3ª ed., 2022, p. 185; ACALE SÁNCHEZ, en MONGE FERNÁNDEZ (dir.), *Mujer y derecho penal*, 2019, pp. 247-248 (que sostiene que «[l]a actuación colectiva es una forma alevosa de atentar contra la libertad sexual de otra persona»); DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA (coords.), *Comentarios al Código Penal: parte especial*, t. II, 2004, p. 352; CARUSO FONTÁN, *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, 2006, p. 258; MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 10ª ed., 2016, p. 319; MONGE FERNÁNDEZ, *"Las manadas" y su incidencia en la futura reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales*, 2020, p. 185. Una variante de este fundamento sería la que apuntan ACALE SÁNCHEZ/FARALDO CABANA, «Circunstancias agravantes de los delitos contra la libertad sexual: actuación en grupo y condición de pareja o ex pareja», en MUÑOZ SÁNCHEZ *et al.* (dirs.), *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos. Libro Homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés*, 2023, pp. 1204-1205. Ellas sostienen que la presencia de varios intervinientes asegura especialmente el resultado, pero no por impedirle a la víctima defenderse, sino porque refuerza el designio criminal y dificulta el desistimiento del resto de intervinientes. Es decir, se agravaría por el influjo psíquico en el resto de agresores, no en la víctima.

[99] Así lo daba a entender, por ejemplo, ACALE SÁNCHEZ, en MONGE FERNÁNDEZ (dir.), *Mujer y derecho penal*, 2019, p. 247, cuando sostiene que las agresiones sexuales colectivas «causan como efecto la ampliación de la victimización y de la revictimización de la víctima»; o MORALES HERNÁNDEZ, en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS/ESQUINAS VALVERDE (dirs.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen*, 2022, p. 108, cuando dice que, a su modo de ver, «si bien es cierto que a través de las agravantes genéricas del abuso de superioridad y la alevosía podrían llegar a resultar castigado este tipo de conductas, resultaría conveniente mantener esta agravación específica [la de actuación conjunta], transformándolo, eso sí, *de lege ferenda*, en un subtipo hiperagravado aumentando, por ello, la pena a imponer. Y es que no olvidemos que se trata de una forma muy frecuente de ataque de agresión sexual hacia la víctima, *que es extraordinariamente lesiva para esta*». DÍEZ RIPOLLÉS, «Alegato contra un derecho penal sexual identitario», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (21-10), 2019, pp. 18 ss., también apunta a esta posibilidad (aunque no se posiciona sobre si es adecuada o no). A su juicio, si lo que se quiere valorar es el daño adicional que se causa a la dignidad de la víctima al ser abusada o agredida colectivamente —referencia que considera «merecedora de ser tenida en cuenta»—, esto debería realizarse mediante la circunstancia agravante del art. 180.1.1º CP (hechos con carácter particularmente degradante o vejatorio), que tiene un ámbito de aplicación mayor (p. 18).

[100] Como recuerda PUENTE RODRÍGUEZ, «En defensa de la prescripción del delito: Una crítica a la extensión de sus plazos en los delitos sexuales cometidos contra menores de edad», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (24-30), 2022, p. 6, cuando reflexiona sobre el fundamento de la prescripción, no debe confundirse el «fundamento» con la «regulación». El fundamento de una institución puede no estar presente en una determinada regulación *de lege lata*, y esto no impide que siga pudiéndose considerar su fundamento. Ahí, precisamente, reside su potencial crítico.

[101] DÍEZ RIPOLLÉS, *RECPC*, (21-10), 2019, p. 18. Además, como me ha apuntado Carlos Castellví Monserrat, este argumento tenía sentido cuando la agravante de actuación conjunta sólo iba referida a las antiguas agresiones sexuales, y no a los abusos, pues entonces era mucho más fácil sostener que la intervención de varias personas

no está consciente o tiene la voluntad completa o parcialmente anulada por cualquier razón, de manera permanente –por enfermedad o condición–, o momentánea –está dormida o noqueada por cualquier motivo–. En estos casos no hay una voluntad sobre la que surtir efectos, y, por tanto, la facilidad o dificultad para cometer el delito no se ve influida por la coyuntura de que haya más participantes. Si este fuera el único o principal fundamento de agravación, además, deberían emerger serias sospechas de bis in idem en los supuestos en los que la simple presencia ya fue un factor fundamental para calificar la situación de intimidatoria, con el correspondiente aumento de pena[102]. ACALE SÁNCHEZ y FARALDO CABANA le responden que lo importante no es que se desarme más a la víctima, sino «el refuerzo del designio criminal que se deriva de la actuación conjunta», que comparan a la que se produce en el seno de grupos u organizaciones criminales[103].

Sobre esto último, MARTÍNEZ SANROMÁ demuestra –de manera, a mi juicio, decisiva– lo problemático de fundar la responsabilidad en una supuesta participación psíquica[104]. Además, esta fundamentación llevaría a agravar sistemáticamente todos los delitos que se cometen de manera conjunta[105]. El hecho de que –salvo error por mi parte–, no estemos dispuestos a hacer algo así, apunta a lo débil del razonamiento[106]. Por otro lado, en relación con el argumento de que se agrava porque la presencia de más personas ayuda a inocuizar a la víctima, me parece concluyente la observación de DÍEZ RIPOLLÉS sobre los múltiples escenarios en los que la presencia de varias personas no disminuye las posibilidades de defensa de la víctima para demostrar que el mayor injusto no puede residir (al menos, no únicamente) en la mayor afectación de la libertad[107].

---

facilitaba el delito (porque, como mínimo, intimidaba más). Con la (no ya tan) nueva configuración de los delitos sexuales, que admite la aplicación de la agravante cuando la víctima está inconsciente, el argumento de que «es más grave porque varias personas intimidan más», funciona en aún menos casos.

[102] En este sentido, también ESQUINAS VALVERDE, en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS (dir.), *PE*, 3ª ed., 2022, pp. 185 ss.

[103] ACALE SÁNCHEZ/FARALDO CABANA, en MUÑOZ SÁNCHEZ/GARCÍA PÉREZ/CEREZO DOMÍNGUEZ/GARCÍA ESPAÑA (dirs.), *LH Díez Ripollés*, 2023,p. 1206: «El individuo solo tiene una pequeña fuerza de resistencia frente a una actitud criminal de grupo, lo que dificulta tanto el desistimiento como el eventual auxilio a la víctima. Ello supone un aseguramiento de la ejecución».

[104] MARTÍNEZ SANROMÀ, *Motivación e intervención delictiva. Una reestructuración de la «participación psíquica»*, 2023, *passim*. Basándose en una clasificación de LÓPEZ PEREGRÍN, este autor trata los problemas de la complicidad fundada en «mero estar presente». Sostiene que, a través de esta vía, la complicidad psíquica en realidad reconfiguraría lo que en apariencia supone la infracción de un deber positivo de solidaridad intersubjetiva en un deber negativo basado en el principio *neminem laedere*: «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. [...] Esta operación se realiza sobre la base del mero dato fáctico de estar presente en el mismo escenario que el autor, del que se desprende automáticamente un efecto motivacional determinado». Además, recuerda que tras este tipo de argumentaciones lo que se esconde es una reminiscencia a la construcción jurisprudencial del «acuerdo previo», hasta el punto de que ambas construcciones se acaban confundiendo. Y esto, concluye, permite conectar con el hecho delictivo a cualquier individuo: MARTÍNEZ SANROMÀ, «La complicidad psíquica», *InDret*, (4), 2023, pp. 240 ss.

[105] Además, como convenientemente me señaló Carlos Castellví Monserrat, el art. 181.5.h) CP prevé una agravación de las agresiones sexuales a menores «cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades». Si la agravación por la actuación conjunta tuviera ese mismo fundamento, esta última previsión sería inaplicable.

[106] Es más, esta misma observación de lo que suele ocurrir en las violaciones grupales podría orientar la respuesta penal en un sentido exactamente contrario: si el actuar colectivo obnubila a los que participan en él, hay más razones para decir que tenían una menor capacidad para dejarse influir por la norma, lo que los haría menos culpables, y, por tanto, que agravamos por algo que, en teoría, podría atenuar su responsabilidad penal.

[107] De hecho, que la libertad sexual (como especie del género «libertad de obrar») no es lo único que importa en los delitos sexuales, sino más bien la mayor instrumentalización o la mayor afectación de la indemnidad sexual, es algo que han demostrado hábilmente autores como CASTELLVÍ MONSERRAT, en CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, t. I, 2023, p. 274; GARDNER/SHUTE, en HORDER (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence,* 2000, pp. 1-42, especialmente, pp. 20 ss.; GREEN*, Criminalising Sex. A Unified Liberal Theory*, 2020,

En el castigo penal de las agresiones sexuales en general, y las violaciones en particular, pesan múltiples razones aparte de la lesión de la libertad sexual, entendida como *no involucramiento* en actos sexuales no consentidos[108]. Y una de esas razones, que justifica la agravación por el actuar conjunto, es que una violación grupal es *objetivamente* más lesiva, no porque afecte más a la libertad sexual, sino porque es más degradante y supone un ataque más incisivo a la intimidad de la víctima.

Aunque los daños relacionados con las lesiones físicas o la libertad deambulatoria no tienen que verse incrementados por la presencia de más personas, hay otros que sí, como los que afectan a la dignidad y a la intimidad de la víctima[109]. Que el actuar *colectivo* convierte una lesión en más degradante e invasiva creo que se desprende del examen de otros delitos del Código Penal que tienen que ver con la dignidad[110]: el que otras personas presencien los hechos se tiene en cuenta,

---

passim; MAÑALICH RAFFO, *Revista Ius et Praxis*, (20-2), 2014, pp. 33 ss.; TURIENZO FERNÁNDEZ, *InDret,* (3), 2023, pp. 494 ss. MAÑALICH RAFFO utiliza como ejemplo el de dos personas que se «han guardado» el uno para el otro hasta la noche de bodas, a las que un celoso pretendiente, apostado en la alcoba nupcial, les prohíbe mantener relaciones sexuales mediante amenazas. Este impedimento coercitivo sería constitutivo de dos delitos consumados de amenazas, pero no de dos delitos contra la libertad sexual, a pesar de que el impedimento se refiera fundamentalmente a la autodeterminación sexual. MAÑALICH RAFFO apunta a la asimetría en la protección y, sobre todo, a lo difícil que resulta explicarla si se sostiene que es la autonomía sexual lo que reclama una protección intensificada sobre la libertad general de acción. Por esta razón acaba reformulando el problema: «[e]l dilema no es otro, entonces, que el siguiente: bajo el *topos* de la protección de la libertad sexual, una violación tendría que ser enteramente equiparable a una coacción referida al ejercicio de la propia sexualidad. Mas como el caso ficticio recién considerado lo muestra, semejante concepción de la violación resulta radicalmente inverosímil, al menos de *lege lata*. Antes bien: la aparente restricción de la protección de la libertad sexual a su sola dimensión negativa sugiere, irónicamente, *que el concepto de libertad sexual no es idóneo para la determinación del bien jurídico de cuya protección se trata*», (MAÑALICH RAFFO, *Revista Ius et Praxis*, [20-2], 2014, p. 34). A esto se le podría añadir que la asimetría también se produce en sentido contrario: y es que por mor de la protección de la libertad sexual se prohíben comportamientos que admitiríamos sin problema en cualquier otro ámbito fuera de «lo sexual»: las interacciones cotidianas, normalmente, no requieren la emisión de un consentimiento en los términos a los que se refiere el art. 178.1 CP (aquel emitido mediante actos que expresen *de manera clara* la voluntad de la persona).

[108] *Vid*., también en este sentido, COCA VILA, «Agresión sexual por engaño, Hacia una teoría diferenciadora del engaño excluyente del consentimiento sexual», *InDret*, (3), 2023, p. 450. Estas razones se hacen patentes en la forma de aplicar los concursos: cuando en una agresión sexual se consideran absorbidos unos daños que de otro modo serían constitutivos de un delito de lesiones leves o de maltrato de obra, lo que se está diciendo es que en la tipificación del delito «principal» se tuvieron en cuenta los posibles atentados contra la integridad física que comporta, y esto mismo es aplicable a otros saldos relacionados con la dignidad (ciertas injurias y tratos degradantes) y la intimidad. Cuando se trata de daños *anormales*, es decir, que generalmente no acompañan al delito correspondiente —y, por tanto, no se tuvieron en cuenta a efectos de tipificación— o que se consideran *excesivos*, es cuando se empieza a recurrir a los concursos (normalmente ideales) con otros delitos: por ejemplo, una agresión sexual que se graba y difunde, o una en la que se aprovecha la situación en la que queda la víctima para apoderarse de sus cosas

[109] De hecho, como señalo anteriormente, DÍEZ RIPOLLÉS, *RECPC*, (21-10), 2019, p. 18, se plantea esta posibilidad, aunque concluye que en ese caso no era necesario incluir una agravante específica porque ya existe una agravante específica por hechos de carácter especialmente degradante que puede hacerse cargo de la mayor lesividad. Le asiste razón a DÍEZ RIPOLLÉS con que, si no tuviéramos la agravante específica del art. 180.1.1º CP, siempre nos quedaría la del apartado 2º («actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio»), pero en este punto, es preciso recordar que los ratios de aplicación de las circunstancias agravantes o atenuantes se solapan con frecuencia (piénsese, por ejemplo, en la agravante de alevosía y de abuso de situación de superioridad), y las más amplias no tienen obviamente un efecto oclusivo. En esos casos de solapamiento total o parcial, debe preferirse aquella que es más específica, que —al menos, en teoría— da mejor cuenta de las especialidades que el Legislador considera que deben valorarse adicionalmente. La relación de especialidad parcial entre las agravantes de los arts. 180.1º y 2º CP se certifica comprobando que todos los casos de actuación conjunta son especialmente degradantes, pero que no todos los actos que revisten un carácter particularmente degradante o vejatorio son actos que se efectúan conjuntamente.

[110] Aunque creo que el concepto dignidad sirve de muy poco para fundamentar delitos (lo desarrollo con más detenimiento en VALVERDE CANO, *Más allá de la trata: el derecho penal frente a la esclavitud, la servidumbre y los*

por ejemplo, para agravar las penas en el art. 209 CP, que castiga más las injurias graves hechas con *publicidad*; en el art. 199 CP sobre secretos que se poseen por una relación profesional; o en el art. 197 CP cuando se difunden, ceden o revelan *a terceros* ciertos datos de carácter personal o familiar obtenidos sin consentimiento (apdos. 3 y 4), o incluso con él (apdo. 7). Cuando estos datos afectan a ciertas esferas, como la *vida sexual*, se imponen las penas previstas en la mitad superior (apdo. 5)[111]. Es cierto que hay una diferencia, seguramente no menor, entre «actuar colectivamente» o simplemente «presenciar» unos hechos, pero creo que esto no desvirtúa el argumento principal, que es que el grado de instrumentalización es más intenso[112].

En definitiva: la intervención de más personas convierte ciertos hechos muy *relacionados con la dignidad* en algo más lesivo y digno de protección. Podría objetarse que, si esto es así, cómo es que no se castigan más las agresiones físicas que se cometen en grupo o, incluso, las muertes que se planean y ejecutan con la participación de varios. Ciertamente, la dignidad también se daña cuando se atenta contra el cuerpo del individuo mismo, y, de hecho, es un concepto que está muy presente en las disquisiciones sobre el aborto y los límites de la muerte digna[113]. Pero no está presente el ataque contra la intimidad. Además, más que como crítica a mi argumento, me parece que lo que cuestiona es la actual aplicación de los delitos contra la integridad física (no los de carácter sexual), hasta el punto de plantearse si son iguales unas lesiones que se infligen en un *vis a vis* que aquellas que se causan en grupo. Sobre esto, como es obvio, no estoy en condiciones de pronunciarme aquí.

En definitiva, puesto que las agresiones sexuales grupales son más lesivas porque el actuar colectivo daña especialmente la dignidad y la intimidad de la víctima, la agravación está perfectamente justificada, y la extensión de su aplicación a los delitos de abusos sexuales, operada por la LO 10/2022, debe ser bienvenida[114].

b. Por qué abordar el plus *de gravedad a través de la agravante específica y no recurriendo a la participación delictiva*

Recapitulando, hay dos ideas clave que quiero reflotar: la primera, que los delitos sexuales no son infracciones personales de deber, es decir, que no deben castigarse de manera independiente (una infracción por cada sujeto). Y, la segunda, que una agresión sexual realizada conjuntamente merece más castigo y que de este *plus* de lesividad se hace cargo la agravante del art. 180.1.1º CP. De estas dos ideas se deriva mi tesis central, que es que actualmente se multiplican

---

trabajos forzados, 2023, pp. 250 ss.), tiene cierta utilidad para dar cuenta de la gravedad de ciertos hechos o de su naturaleza especialmente instrumentalizadora o degradante (en el sentido de apta para alterar la concepción que tiene uno de sí mismo).

[111] TURIENZO FERNÁNDEZ, «¿Castigar o no castigar? Esa es la cuestión. Los consumidores de pornografía infantil en el punto de mira», en GÓMEZ MARTÍN *et al.* (dirs.), *Un modelo integral de Derecho penal. Libro Homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, 2022, pp. 1442 ss., mantiene la tesis de que el injusto de la pornografía infantil se encuentra en la vulneración de la intimidad de la persona que figura en las imágenes o los vídeos.

[112] De hecho, en la STS 11/2006, Penal, de 19 de enero (ECLI:ES:TS:2006:312), que trata un supuesto de violación grupal que se produjo públicamente, es decir, frente a personas que no intervinieron de ninguna forma, se aplicó la agravación del actual art. 180.2º (por tratarse de actos que revestían carácter particularmente vejatorio), precisamente por esta circunstancia.

[113] Véase PEÑARANDA RAMOS, «El consentimiento en las lesiones y el tratamiento médico-quirúrgico», en CANCIO MELIÁ *et al.* (eds.), *LH Agustín Jorge Barreiro*, t. I, 2019, pp. 707 ss.; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho penal*, 1999, *passim*.

[114] Como señalan ACALE SÁNCHEZ/FARALDO CABANA, en MUÑOZ SÁNCHEZ *et al.* (dirs.), *LH Díez Ripollés*, 2023, pp. 1207-1208, resultaba llamativo que no se previese específicamente para los delitos de abusos sexuales.

indebidamente las infracciones por las que se castigan a los que son realmente coautores (no cooperadores necesarios[115]) de una agresión sexual grupal.

Seguramente, y como indiqué antes, esta interpretación tenga origen en el anterior carácter de delito especial de la violación (sólo podía cometerse por un varón) y en la ausencia de una agravación específica, de la que quizás nacía a su vez la necesidad de castigar con más pena aquello que acertadamente se percibía como más grave. No obstante, ahora esta interpretación resulta arbitraria y artificiosa: no se trata de que cada sujeto que accede genere por sí mismo un injusto que merece ser castigado de forma independiente, sino que con el actuar colectivo configura un hecho más grave del que todos participan. Y este aspecto queda (a mi juicio) perfectamente cubierto con la aplicación de la agravante.

Podría rebatirse este planteamiento diciendo que no me estoy haciendo cargo del incremento del número de personas, y que entonces debería valorarse igual que una persona sea agredida colectivamente por dos personas o por quince. Posiblemente esta es la razón por la que FARALDO CABANA propone un criterio de tipo aritmético. Poniéndolo en relación con un atentado contra la vida, esta autora sostiene que «al asesinar a una persona entre cinco solo se lesiona una vez el bien jurídico vida, pues estamos ante un solo delito cometido por una pluralidad de autores, mientras que la violación de una mujer por parte de *cinco hombres* da lugar a un concurso real de delitos en el que se lesiona *cinco veces* su libertad sexual»[116]. Creo que el criterio aritmético, no obstante, no es un buen criterio en este caso porque no da cuenta del punto de *saturación* que se alcanza en el daño al bien jurídico: digamos que la diferencia entre la experiencia de una persona que no es agredida sexualmente a quien lo es por una o dos personas, es mucho mayor que la que se produce entre una que es agredida sexualmente por dos personas y otra que lo es por cinco[117]. La agravación por la actuación colectiva se haría cargo del *plus* de lesividad, sin llegar a una consecuencia desproporcionada, al igual que los límites del art. 76 CP mitigan la rígida respuesta que supone el concurso real teniendo en cuenta el fin preventivo de la pena. Por último, si hay un daño *excesivo*, incluso teniendo en cuenta la agravación de la actuación conjunta (por ejemplo, como reconozco que puede existir en los casos de violaciones grupales en las que interviene una gran cantidad de personas), esos daños pueden valorarse de otra manera, por ejemplo, recurriendo a otras agravantes o al concurso con otros delitos como la detención ilegal o las lesiones físicas o psíquicas.

---

[115] No voy a detenerme en este aspecto porque excedería los límites del trabajo. Únicamente apuntaré que en la actualidad hay dos líneas de interpretación sobre las formas de participación en una agresión sexual colectiva: una primera línea que es ampliamente mayoritaria en la jurisprudencia, pero minoritaria en la doctrina, que sostiene que el que realiza materialmente el acto debe ser castigado como autor y el que colabora de otra manera, por ejemplo, sujetando o intimidando, como cooperador necesario (en la doctrina lo defiende MONGE FERNÁNDEZ, *RDCP*, [13], 2009, pp. 183-202). A este último, por tanto, no se le aplica la agravante de actuación conjunta para no vulnerar el bis in idem (ALCÁCER GUIRAO, *Delitos contra la libertad* sexual, 2004, pp. 45-48, es muy crítico —de manera, a mi juicio, certera— con esta interpretación). La segunda línea, que es la que considero correcta, es mayoritaria en la doctrina y minoritaria en la jurisprudencia, y viene a defender que, puesto que los intervinientes realizan algunos elementos del tipo, aunque no realicen directamente el acto sexual, deberían considerarse coautores. Esto lo defienden, entre otros, BOCANEGRA MÁRQUEZ, en ACALE SÁNCHEZ/MIRANDA RODRÍGUES/NIETO MARTÍN (coords.), *Reformas penales en la península ibérica: A «jangada de pedra»?*, 2021, pp. 313 ss.; ACALE SÁNCHEZ, en MONGE FERNÁNDEZ (dir.), *Mujer y derecho penal*, 2019, p. 246; FARALDO CABANA, *RDCP*, (22), 2019, pp. 386 ss. Véase también, más generalmente, PÉREZ ALONSO, *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho Penal*, 2020, pp. 395 ss., *passim*.

[116] FARALDO CABANA, *RDCP*, (22), 2019, p. 404.

[117] Ocurre exactamente lo contrario en situaciones que se convierten precisamente en graves por la *reiteración*, como el maltrato. Véase, al respecto: CASTILLO ARA, «Aproximación al contenido y límites de la violencia patrimonial en el contexto intrafamiliar», *Política Criminal*, (18-36), 2023, pp. 780-807.

Para que se vea más claramente lo artificioso de la interpretación, propongo un ejemplo que voy a etiquetar como el *test del dildo*, en el que cuatro adultos rodean a una mujer y, utilizando un dildo, la penetran vaginalmente por turnos[118]. Conforme a la interpretación más extendida, en este caso A, B, C y D serían autores de *un* delito de agresión sexual agravado por la actuación conjunta, y cooperadores necesarios de *tres* delitos de agresión sexual sin la agravación. Si otro estaba presente pero no utilizó el dildo, se le imputarían *cuatro* agresiones sexuales. Salvo que se sostenga que los delitos sexuales deben cometerse «de propia mano», no encuentro las razones para castigar por cuatro infracciones en total y no sólo una agravada para todos. Si además de agredirla sexualmente le hubieran contagiado una enfermedad venérea que padecen todos ellos, igualmente habría varios delitos de agresión sexual pero un único delito de lesiones.

Lo anterior no significa, por supuesto, que si es identificable un único evento (una violación grupal) siempre se deba interpretar que hay una sola acción. Puesto que el concepto de acción es gradual, ante casos estructuralmente parecidos al de la *violación de año nuevo*, esto es, supuestos que se alargan durante varias horas (en este caso, la gradualidad de la acción vendría determinada por la mayor afectación de bienes jurídicos), posiblemente la respuesta más adecuada sea la de considerar que hay tantas acciones como momentos distinguibles: ahí la discontinuidad *temporal* será relevante para distinguir unidad de pluralidad[119]. No ocurre así, al menos no de forma tan notoria, con la discontinuidad *espacial*, que si bien puede ser un indicio de un transcurso excesivo de tiempo en la agresión, no me parece un argumento definitivo –que añada gravedad al hecho– para parcelar la acción.

3.3 Los casos de pluralidad de acciones: ¿concurso real o delito continuado?

¿Qué ocurre cuando son identificables múltiples acciones de carácter sexual que no podemos agrupar normativamente? Bien porque claramente sean identificables varios momentos (acciones realizadas en distintos días o meses), o bien porque los hechos se alarguen *excesivamente* en el tiempo, cuando tenemos varias acciones resta preguntarse cómo las castigamos. Las respuestas oscilan entre el concurso real o el continuado, sin que se pueda identificar una opción a todas luces mayoritaria[120]. A continuación expondré los argumentos de cada postura y explicaré las razones por las que creo que mi enfoque establece un nuevo marco de discusión.

---

[118] Agradezco este ejemplo a Leopoldo Puente Rodríguez, que fue quien inicialmente me lo propuso.

[119] Así también NINO, *El concurso en el Derecho Penal*, 1972, p. 37.

[120] BOCANEGRA MÁRQUEZ, en ACALE SÁNCHEZ/MIRANDA RODRÍGUES/NIETO MARTÍN (coords.), *Reformas penales en la península ibérica: A «jangada de pedra»?*, 2021, pp. 207 ss., en su estudio sobre el tratamiento jurisprudencial de las violaciones grupales, observa una tendencia de los tribunales a optar por el concurso real cuando se trata de agresiones sexuales en las que media violencia o intimidación. No obstante, como indico y describo en la nota 5, creo que no puede decirse que sea una línea *claramente* mayoritaria. La doctrina también se encuentra muy dividida. Encontramos tanto «partidarios» del recurso al delito continuado como del concurso real en supuestos de agresiones sexuales con violencia o intimidación. Entre los primeros se encuentran, señaladamente, BOCANEGRA MÁRQUEZ, en ACALE SÁNCHEZ/MIRANDA RODRÍGUES/NIETO MARTÍN (coords.), *Reformas penales en la península ibérica: A «jangada de pedra»?*, 2021, pp. 227-228; CARUSO FONTÁN, en FARALDO CABANA/ACALE SÁNCHEZ (dirs.), *La Manada,* 2018, pp. 217-246 y DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA (coords.), *Comentarios al Código Penal: parte especial*, t. II, 2004, pp. 383 ss. Entre los segundos, se han posicionado, entre otros: FARALDO CABANA, *RDPC,* (22), 2019, pp. 392 ss.; FARALDO CABANA/RAMÓN RIBAS, en FARALDO CABANA/ACALE SÁNCHEZ (dirs.), *La Manada,* 2018, pp. 285 ss.; MONGE FERNÁNDEZ, en LA MISMA (dir.), *Mujer y derecho penal*, 2019, pp. 364-365; GARCÍA RIVAS/TARANCÓN GÓMEZ, en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Tratado de Derecho penal español*, 3ª ed., 2021, pp. 1154, 1156; TAMARIT SUMALLA, *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual. Análisis de las reformas penales de 1999 en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores,* 2000, p. 81; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, en MORILLAS CUEVA (dir.), *Sistema de Derecho Penal Parte Especial*, 3ª ed., 2020, p. 269; BOIX REIG, en EL MISMO (dir.), *Derecho Penal. Parte Especial,* t. I, 2ª ed., 2016, pp. 364-365.

a. Concurso real

Los partidarios de la aplicación del concurso real sostienen que en estos casos no es posible aplicar la continuidad delictiva debido fundamentalmente a dos razones: por la existencia de violencia o intimidación, es decir, ataques a bienes personalísimos; o por la diversidad de títulos de imputación a cada interviniente.

La constatación de violencia o intimidación impide la aplicación de la continuidad delictiva

El art. 74.3 CP excluye del beneficio de la continuidad delictiva a las «ofensas a *bienes eminentemente personales*, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo [excepción]. En estos casos, se atenderá a la *naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no* la continuidad delictiva [excepción a la excepción]». Es decir, que puede aplicarse este beneficio punitivo a los atentados contra la libertad sexual salvo que el juez estime que es desproporcionado en el caso concreto.

Partiendo de esta formulación, el principal argumento de los partidarios del concurso real puede resumirse en que la excepción debe aplicarse únicamente a los casos que se corresponden con los antiguos abusos sexuales, ya que, cuando media violencia o intimidación, además de la afectación de la libertad sexual, hay otros daños adicionales. En otras palabras: entienden que la excepción del art. 74.3 CP está pensando exclusivamente en las lesiones «puras» a la libertad sexual, de modo que, cuando además de la lesión a la libertad específicamente sexual hay otras lesiones de bienes *eminentemente personales* producto del comportamiento coactivo, no debería poder aplicarse la continuidad delictiva[121].

CARUSO FONTÁN responde con contundencia a estas objeciones impugnando la premisa de la que –dice– parten, que es que la libertad genérica y la libertad sexual son bienes jurídicos sustancialmente distintos y que el ataque contra la libertad sexual estaba previsto por el Legislador en la excepción del art. 74.3 CP, pero no lo demás[122]. La autora recuerda que uno (libertad sexual) es una especificación del otro (libertad de obrar), y que en las agresiones y los abusos sexuales no hay una diferencia sustancial en lo que tienen de lesivos de la libertad. Al contrario: en los abusos puede producirse exactamente el mismo efecto de doblegamiento de la voluntad que tiene lugar cuando se emplea violencia o intimidación. Además, respecto a los supuestos daños a la integridad física, sostiene que son un desvalor de resultado que no se halla abarcado por la pena de los antiguos artículos 178 y 179 CP. Por estas razones, concluye, no hay motivos de peso para negar eficacia a la excepción del art. 74.3 CP: si vale para los abusos debería valer también para las agresiones sexuales porque no hay diferencias relevantes en lo que realmente protegen estos delitos, que es la libertad sexual[123].

---

[121] En concreto, sostienen que si el Legislador tuvo a bien incluir la excepción de la excepción fue porque ha querido poner de manifiesto que si además de ese ataque a la libertad sexual se produce a otro ataque a un bien jurídico personalísimo no es posible aplicar la continuidad delictiva: FARALDO CABANA, *RDPC*, (22), 2019, pp. 392-395.

[122] Esto por otro lado recuerda mucho al desdoblamiento de los delitos de violación y abusos deshonestos (entre lo que tenían de sexual y lo que tenían de violentos o intimidatorios) que efectuaban CARMONA SALGADO y GONZÁLEZ RUS para eludir las lagunas de punición que se generaban cuando la interpretación mayoritaria era la de que se trataba de delitos de propia mano. Véase la discusión en la nota 75.

[123] CARUSO FONTÁN, *Unidad de acción y delito continuado*, 2018, pp. 56-58, y, de manera similar, DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA (coords.), *Comentarios al Código Penal: parte especial*, t. II, 2004, p. 385; y BOCANEGRA MÁRQUEZ, en GARCÍA ÁLVAREZ/CARUSO FONTÁN (coords.), *La perspectiva de género en la Ley del «solo sí es sí»*, 2023, p. 214: «La conducta ilícita consistente en emplear violencia o intimidación para obligar a alguien a mantener actos de naturaleza sexual no afectaría simultáneamente a la libertad sexual y a la libertad, como suerte de acto pluriofensivo, sino exclusivamente a la primera, que conforma un aspecto concreto de la segunda».

Como vimos, la libertad sexual no es reconducible por completo a una modalidad de la libertad general de obrar. No sólo eso: ni siquiera todos los delitos contra la libertad sexual presuponen un atentado contra la libertad. Así, mientras que una violación con intimidación presupone un delito de amenazas o coacciones, una agresión sexual sobre una persona inconsciente (por ejemplo, tocándole sus genitales) no presupone delito alguno contra su libertad. Si en lugar de los genitales le hubiera tocado la cabeza, no habría ningún delito. Y eso pone de relieve que el objeto de protección de los delitos sexuales no es exactamente la parte sexual de la libertad. Por eso no puedo estar de acuerdo con el razonamiento de CARUSO FONTÁN y BOCANEGRA MÁRQUEZ, aunque lleguemos a una conclusión similar.

A los defensores de la postura del concurso real les asiste la razón, como mínimo, en una cosa: que el Legislador permite a los jueces aplicar el concurso *real* en algunos supuestos de atentados contra la libertad sexual. Lo que merece ser criticado es el criterio de división seleccionado (existencia de violencia o intimidación) entre los que merecen la aplicación del beneficio penológico y los que no. Es excesivamente simple porque, si lo que pretende es discriminar entre supuestos más y menos graves, el criterio deja fuera algunos que *materialmente* pueden ser tan injustos o más (como el abuso de personas privadas de sentido); e incluye necesariamente situaciones que pueden estar por debajo del umbral de lo «grave» (una intimidación leve)[124]. Y si un criterio es supra-inclusivo y fácilmente infra-inclusivo, simplemente no es un buen criterio.

Mi crítica entonces puede resumirse como sigue: es cierto que hay supuestos en los que, por la naturaleza del hecho y del precepto infringido, sería desproporcionado otorgar el beneficio de la continuidad delictiva. Ahora bien: el Legislador no especifica qué hechos son los que obligan a aplicar el concurso real. En principio, la continuidad delictiva puede aplicarse a cualquier supuesto que se castigue como atentado contra la libertad sexual, incluidos los efectuados con violencia o intimidación[125]: si hubiera querido añadir un límite de esa clase lo hubiera hecho como hace, por ejemplo, con el límite del sujeto pasivo. La concurrencia de agravantes (como el acceso sexual, la violencia, la intimidación o el abuso de una situación de inconsciencia) constituyen buenos indicios de que estamos ante un atentado *grave* y, por tanto, no merecedor

---

[124] BOCANEGRA MÁRQUEZ, en GARCÍA ÁLVAREZ/CARUSO FONTÁN (coords.), *La perspectiva de género en la Ley del «solo sí es sí»*, 2023, pp. 217-218, además, se hace eco de la incongruencia que supone criticar, por un lado, la aplicación de la continuidad delictiva en los supuestos donde se constataba violencia o intimidación (porque se entendía que eran conductas *más lesivas* en las que debía aplicarse la excepción a la excepción del art. 74.3 CP), y, por otro, decir que lo central es el consentimiento y que este tipo de conductas no son necesariamente más lesivas que aquellas en las que no se aprecia esta violencia o intimidación: «El medio comisivo "violencia y/o intimidación' que caracterizaba a las agresiones sexuales antes de la reforma operada por la "Ley Montero" era visto, así, como un elemento que incrementaba exponencialmente la gravedad de la conducta ofensiva para la libertad e indemnidad sexual, y que, por ende, justificaba la no aplicación de la continuidad delictiva. Lo que llama la atención, en este punto, es que parte del sector doctrinal que ha hecho uso de estos argumentos haya defendido, luego, la reciente reforma del CP, que suprime los abusos sexuales, reconduciendo esas conductas típicas a las agresiones sexuales, bajo la premisa de la relativa irrelevancia de los medios comisivos concretamente empleados para forzar a la víctima a realizar la conducta sexual, y de que lo realmente importante es sencillamente el hecho de perpetrar actos sexuales sin el consentimiento de esta. Así, se afirma, por un lado, que el uso de violencia o intimidación en la realización de actos sexuales no consentidos amerita que los hechos reciban un mayor reproche penal, mediante la elusión de la aplicación del delito continuado, pero, por otro, que las ofensas a la libertad o indemnidad sexuales han de ser equiparadas en sede de marcos penales porque el contenido esencial del injusto radica en la realización de los hechos sin el consentimiento válido de la víctima». Es preciso tener en cuenta, además, que la nueva reconfiguración de los delitos sexuales desdibuja la tradicional distinción abuso/agresión (y no sólo en el *nomen iuris*). Este nuevo escenario debería llevar a los partidarios de utilizar la violencia e intimidación como criterio para decidir sobre la aplicación del concurso real o el delito continuado *ex* art. 74.3 CP a pronunciarse sobre qué figuras se corresponden con los antiguos abusos y cuáles con las antiguas agresiones sexuales a esos efectos.

[125] Que, como muestra CASTELLVÍ MONSERRAT, en CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, t. I, 2023, pp. 280 ss., no necesariamente tienen que ser más graves.

de un privilegio punitivo, pero el juez tiene libertad para aplicar la continuidad delictiva *incluso en tales casos*[126].

La falta de identidad de títulos de imputación impide que se puedan acumular las acciones en el delito continuado

La segunda razón para no aplicar la continuidad delictiva en agresiones sexuales grupales sería que una persona no puede acumular delitos que se han imputado a otra persona como autora y de los que únicamente se participa (o viceversa). Según GARCÍA RIVAS y TARANCÓN GÓMEZ, en los casos donde falta la identidad de los títulos de imputación, aplicar el art. 74.1 CP supone saltarse la letra de la ley ya que esta exige que el autor sea unitario[127]. FARALDO CABANA llega incluso más lejos y sostiene que el «delito continuado *exige una pluralidad de acciones realizadas por el mismo sujeto*, pues es una excepción a la regla del concurso real basada en la reiteración de la conducta por parte del mismo sujeto en ciertas condiciones, *no pudiendo integrar la continuidad delictiva una pluralidad de acciones atribuibles a distintos sujetos*, aunque se realicen aprovechando idéntica ocasión y contra la misma víctima»[128].

Los arts. 74.1 y 3 CP, efectivamente, establecen algunos límites, como que sólo debe afectar a un único sujeto pasivo y que deben de tratarse de infracciones de semejante naturaleza. No obstante, la identidad del título de imputación no es uno de esos límites expresos[129]. Creo, además, que se trataría de una interpretación incongruente: por ejemplo, imaginemos un caso en el que dos personas intervienen en dos robos con fuerza en las cosas. Una lo hace como autora en los dos robos, y la otra como autora en uno y cómplice en el otro. A la primera, por ser autora en los dos supuestos –mismo título de imputación–, se le podría aplicar la continuidad delictiva, pero no así a la segunda, a pesar de que por la segunda intervención se le impondrá una pena reducida. No se me ocurre una razón de fondo, que añada gravedad, para excluir el beneficio al segundo interviniente. Más irrazonable aún me parece entender que la simple participación de otras personas impide la aplicación de la continuidad delictiva, como parece sugerir FARALDO CABANA. Esto obligaría a castigar como concurso real, por ejemplo, varias estafas realizadas en un corto periodo de tiempo, únicamente porque han sido ejecutadas por varias personas. Insisto en que, si el Legislador hubiera estimado que la pluralidad de sujetos activos debe constituir un límite, lo hubiera establecido expresamente.

---

[126] A diferencia de QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, 7ª ed., 2022, pp. 209 ss., no estoy en condiciones de decir que esta forma de regular la continuidad delictiva sea errónea. Así, este autor sostiene con rotundidad que: «no existe el delito continuado de agresión sexual, sino tantos delitos como agresiones. Sin embargo, la ley es de otra opinión, errada, pero a la que hay que estar inexcusablemente. Considerar la existencia de un delito continuado —construcción en sí misma poco sensata— en los delitos sexuales supone una cosificación de la víctima, devaluadora de su dignidad, al tratarla del mismo modo, a bulto, que el patrimonio, dónde lo relevante sí pudiera ser, en alguna ocasión, el daño global; sin embargo, esta parece ser la doctrina legal dominante [...] Admitido –o impuesto– el delito continuado la doctrina legal no ha tenido inconveniente en aplicarlo junto a la agravación de actuación en grupo».

[127] GARCÍA RIVAS/TARANCÓN GÓMEZ, en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Tratado de Derecho penal español*, 3ª ed., 2021, pp. 1155-1156: «La misma insatisfacción produce observar cómo nuestros tribunales se saltan olímpicamente la letra de la ley al aplicar el art. 74.1, CP, a casos en los que el autor no es unitario, es decir se trata de un ataque sexual realizado por varios sujetos (los conocidos casos de "manadas"). Como se decía anteriormente, el Legislador exige que el autor sea único, luego no cabe aplicar ese precepto a casos en los que cada uno de los sujetos realiza alguna de las conductas típicas: acceso carnal por cualquiera de las vías, introducción de miembros corporales o de objetos».

[128] FARALDO CABANA, *RDPC*, (22), 2019, p. 394. Añade que, en cualquier caso, el privilegio penológico de la continuidad delictiva estaría aún menos justificado cuando intervienen varios pues «cada uno de ellos lesiona de nuevo con su actuación el bien jurídico».

[129] Así lo ve también BOCANEGRA MÁRQUEZ, en GARCÍA ÁLVAREZ/CARUSO FONTÁN (coords.), *La perspectiva de género en la Ley del «solo sí es sí»*, 2023, pp. 224-225.

Ahora bien, el que no sea un límite expreso no significa que no pueda tenerse en cuenta. Si la intervención de varias personas añade gravedad a los hechos, por ejemplo, porque los hace más degradantes, esto puede ser un argumento de peso para la inaplicación de la continuidad delictiva. Pero no porque importe que se rompa el título de imputación, sino en atención «a la naturaleza del hecho y del precepto infringido» *ex* art. 74.3 CP.

b. Delito continuado

Los que han defendido la aplicación del delito continuado normalmente han construido sus argumentos en oposición a los de los partidarios del concurso real[130]. Por eso, muchas de las razones con las que apuntalan sus posturas son las mismas que las que acabo de exponer en el apartado anterior: primero, que la pluriofensividad de las antiguas agresiones sexuales no es un argumento concluyente para excluir el beneficio de la continuidad; segundo, que el art. 74 CP admite su aplicación –en principio irrestricta– cuando se trata de atentados contra la libertad sexual efectuados por varias personas siempre que haya una sola víctima.

Por último, añaden que los que optan por aplicar las reglas del concurso real en supuestos de violaciones múltiples llegan a consecuencias penológicas irrazonables. Este argumento, que a mí me parece decisivo, lo contesta expresamente FARALDO CABANA: sostiene que la gravedad de la pena –derivada de la aplicación del concurso real– se justifica por la gravedad de los hechos, pues en una violación grupal «cada uno de ellos lesiona de nuevo con su actuación el bien jurídico»[131]. No obstante, no me parece que la cuantificación de la lesión de la libertad sexual obedezca a este tipo de aritmética –al menos, no en todos los casos–, especialmente en los supuestos a los que se está refiriendo, que son violaciones grupales realizadas en un único evento (*caso de la Manada* y similares).

c. Un nuevo marco para la discusión

A mi juicio, el debate sobre la continuidad delictiva y el concurso real en delitos sexuales ha estado distorsionado por el tratamiento de las violaciones en grupo y la percepción de que su castigo era excesivo si se recurría al concurso real. Una forma de mitigar esto era, desde luego, recurrir a la continuidad delictiva. Y dado que había una interpretación que quería limitar su aplicación cuando se certificaba violencia o intimidación, era importante demostrar por qué este elemento no era en realidad determinante para el art. 74.3 CP.

No obstante, si se parte de la postura que he mantenido –que las violaciones grupales deberían tratarse como una única acción por defecto–, algunos de los problemas de desproporción desaparecen: es menos problemático defender que una violación grupal es un evento lo suficientemente grave como para ser castigado en concurso *real* si se repite en varias ocasiones separadas en el tiempo, que decir que *dentro de un mismo event*o de violación los hechos deberían acumularse materialmente.

Dicho esto, no estoy en condiciones de seleccionar los criterios concretos que determinan que una agresión sexual supere o no los límites del art. 74.3 CP para el delito continuado, al menos, no *a priori*. Una defensa de ese tipo requeriría un estudio pormenorizado sobre las razones que convierten una conducta delictiva sexual en un hecho más grave. Lo que he intentado con mi análisis es algo mucho menos ambicioso: «independizar» la discusión de una circunstancia que

[130] Especialmente evidente en BOCANEGRA MÁRQUEZ, en GARCÍA ÁLVAREZ/CARUSO FONTÁN (coords.), *La perspectiva de género en la Ley del «solo sí es sí»*, 2023, pp. 203-230; y también en LAMARCA PÉREZ, en LA MISMA (coord.), *Delitos*, 7ª ed., 2022, p. 195.

[131] FARALDO CABANA, *RDPC*, (22), 2019, p. 394.

–creo– ha actuado como lastre. Con este nuevo marco, hay un nuevo espacio para indagar sobre los elementos que incrementan la gravedad y así contribuir a la antigua discusión sobre el delito continuado vs. concurso real, siempre con la cautela como punto de partida.

4. Conclusiones

«Definir algo consiste en separarlo de otra cosa»[132]. En lo que a nosotros nos interesa, esto se traduce en que, para delimitar una acción, una buena estrategia será plantearse en qué condiciones –o con qué criterios– en vez de *una* acción debemos hablar de *una pluralidad*. La pregunta que se ha tratado de responder es la que titula el trabajo (*¿en una violación grupal hay tantos delitos como intervinientes?*), que también se deja formular así: ¿el hecho de que intervengan varios sujetos impide que la agresión sexual se trate como una única acción colectiva de la que todos participan?

Esta pregunta surge de la constatación de que, en la jurisprudencia, el criterio mayoritario para identificar el número de delitos es el de *número de individuos que acceden sexualmente a la víctima de manera inconsentida.* Si bien el número de accesos de cada individuo se agrupa normativamente bajo el paraguas de la «unidad de acción», no ocurre lo mismo si los que acceden en múltiples ocasiones son individuos distintos. Una vez que se determina cuántos delitos se han cometido en tal agresión, la manera en la que se agrupan (como concurso real o delito continuado) también varía enormemente.

La doctrina mayoritaria, aunque con menos precisión, también ha esbozado criterios similares para «separar» las acciones (normalmente aludiendo, más genéricamente, a que hay tantos delitos como intervinientes). Evidentemente, elaboran mucho más las razones de la separación: bien porque sostienen que cada intervención (*rectius*: cada eyaculación) implica un «dolo renovado» que impide unificarlas; bien porque defienden –aunque sea implícitamente– que cada individuo infringe un deber personal de no agredir sexualmente a la víctima. Ambas razones son problemáticas: en primer lugar, porque la eyaculación no añade materialmente desvalor a una agresión sexual y, por tanto, no es un buen criterio para castigar más una determinada conducta (que es lo que ocurre si parcelamos las acciones). En segundo lugar, porque esta interpretación tendría otros efectos (cercanos a los que implicaba la calificación «de propia mano» de un delito) que son irrazonables desde la perspectiva del bien jurídico que se pretende proteger, por ejemplo, al dejar impune una agresión sexual en la que se instrumentaliza a una persona inimputable (razón, por otro lado, que determinó el abandono de tal doctrina).

Tras descartar los principales argumentos que se mencionan para parcelar la acción atendiendo al número de individuos, trato de demostrar que los efectos de la unidad de acción también deberían ser aplicables *prima facie* a los supuestos de violaciones grupales. Esto es: si la conducta se realiza en una misma unidad espaciotemporal –si puede identificarse como un único evento ante un espectador imparcial–, es perfectamente posible agruparlo normativamente por defecto y castigarlo como una única acción. Estaríamos en un escenario de ejecución iterativa del tipo penal, es decir, hay una unidad mínima de tipicidad, que se colma con cualquier acto sexual no consentido, y que, si se extiende en el tiempo sin solución de continuidad y con una vinculación subjetiva global, se entiende agrupada bajo un mismo paraguas, siendo artificioso que en estos casos se parcelen o multipliquen las acciones en atención a cada intencionalidad (la propia satisfacción sexual) o el propio actuar de propia mano.

El concepto de «acción» no tiene que coincidir con su sentido cotidiano. Esto no debería sorprendernos, ya que el Derecho penal tiene implicaciones más graves que las interacciones

[132] GABRIEL, *El ser humano como animal. Por qué no encajamos del todo en la naturaleza*, 2023, p. 29.

sociales normales. Los criterios que normalmente se utilizan para agrupar una acción y separarla de otras («unidad espaciotemporal», «unidad de injusto», «unidad de culpabilidad»), en realidad, tratan de adecuar la respuesta punitiva a la gravedad de los hechos, y prueba de esto es que no hay características exclusivas de la «unidad de acción» que no estén presentes, en mayor o menor medida, en otros tipos de concursos delictivos. La ley no dice que un individuo que hurta a varias personas ha cometido un único delito de hurto y no uno continuado. Al contrario: podría perfectamente interpretarse que cada lesión de la posesión (una por cada sujeto pasivo) equivale a una infracción. La razón por la que agrupamos normativamente, efectuando una valoración global de los hechos, es, simplemente, la de ofrecer una respuesta proporcionada a la gravedad del hecho.

No quiero decir con esto que el concepto de acción sea completamente indefinido o vaporoso: hay una cuestión clara, y es la de que, por un lado, tenemos el límite infranqueable del tenor literal de los preceptos; y, por otro, que el factor temporal también es (o debería ser) determinante, posiblemente porque el que una conducta se perpetúe en el tiempo o se repita en numerosas ocasiones habla sobre la necesidad de pena del infractor. En el ejemplo del hurto, si la conducta se repite a lo largo de varios meses, lo más seguro es que se castigue como delito continuado y no como un único delito.

En los supuestos de violaciones grupales, como el *caso de la Manada*, debería considerarse por defecto que existe una única acción de la que todos participan, en lugar de varias acciones individuales, ya que la agravación por la actuación colectiva del art. 180.1.1º CP da cuenta adecuadamente de la gravedad de este tipo de abusos. Es cierto que la violación en grupo es más lesiva que una violación individual porque daña con más intensidad la dignidad y la intimidad de la víctima. Y esto justifica su castigo más severo, pero no a costa de la multiplicación de las acciones, sino mediante la aplicación de la agravante correspondiente a todos los que participan.

Con estas consideraciones en mente, tendremos mejores mimbres para responder a la pregunta con la que normalmente se inicia la discusión sobre la continuidad delictiva en delitos sexuales. Normalmente se respondía en primer lugar a la pregunta de «¿cómo castigamos esta pluralidad de acciones?», en lugar de preguntarse, con carácter previo «¿por qué hay varias acciones y no sólo una?». Esta interpretación conducía a consecuencias penológicas irrazonables si, además, se aplicaba el concurso real para castigar las múltiples acciones de las violaciones grupales. Y esto explica el posicionamiento –a veces excesivamente radical– de los partidarios de aplicar la continuidad delictiva, que daban a entender que en todos los supuestos de agresiones sexuales debería aplicarse dicha regla penológica más beneficiosa que el concurso real. A mi juicio, si quitamos las violaciones grupales de la discusión, esta no estará tan lastrada por la necesidad de dar a esos supuestos una respuesta proporcionada. De hecho, la presencia de varios intervinientes puede ser un elemento que se tenga en cuenta para *no* aplicar el beneficio de la continuidad delictiva (porque es un hecho más grave *ex* art. 74.3 CP), pero no dentro de un mismo evento, que se trata como una unidad, sino de varios que tienen lugar en días distintos (un grupo que tiene como *modus operandi* actuar en «Manada»).

En definitiva, es incómodo dar razones para castigar menos conductas que nos parecen repulsivas. Pero la incomodidad en sí misma no es una buena razón para incrementar el tiempo que una persona pasará en prisión.

5. Bibliografía

ACALE SÁNCHEZ, «Capítulo I. De las agresiones sexuales», en CUERDA ARNAU (dir.), *Comentarios al Código Penal,* t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 1202-1230.

———, «Capítulo IV. Disposiciones comunes a los capítulos anteriores», en CUERDA ARNAU (dir.), *Comentarios al Código Penal,* t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 1292-1307.

———, «La reforma de los delitos contra la libertad sexual de las mujeres adultas: una cuestión de género», en MONGE FERNÁNDEZ (dir.), *Mujer y derecho penal ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, J. M. Bosch, Barcelona, 2019, pp. 215-255.

ACALE SÁNCHEZ/FARALDO CABANA, «Circunstancias agravantes de los delitos contra la libertad sexual: actuación en grupo y condición de pareja o ex pareja», en MUÑOZ SÁNCHEZ/GARCÍA PÉREZ/CEREZO DOMÍNGUEZ/GARCÍA ESPAÑA (dirs.), *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos. Libro Homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 1201-1216.

ALASTUEY DOBÓN, «Tentativa inacabada, tentativa acabada y desistimiento», *Revista de Derecho Penal y Criminología,* (5), 2011, pp. 13-54.

ALCÁCER GUIRAO, *Delitos contra la libertad sexual: agravantes específicas*, Atelier, Barcelona, 2004.

ASÚA BATARRITA, «El significado de la violencia sexual contra las mujeres y la reformulación de la tutela penal en este ámbito. Inercias jurisprudenciales», en LAURENZO COPELLO/MAQUEDA ABREU/RUBIO (coords.), G*énero, violencia y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 131-170.

BASSO, «Proporcionalidad cardinal y proporcionalidad ordinal en la determinación judicial de la pena», *InDret*, (2), 2021, 195-249.

———, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, Marcial Pons, Madrid, 2019.

BOCANEGRA MÁRQUEZ, «Análisis de los argumentos empleados para negar la aplicación del delito continuado en las violaciones en grupo. Reflexiones al hilo del caso de "la Manada"», en GARCÍA ÁLVAREZ/CARUSO FONTÁN (coords.), *La perspectiva de género en la «Ley de Solo Sí es Sí». Claves de la Polémica*, Colex, A Coruña, 2023, pp. 203-230.

———, «Tratamiento jurídico-penal de las comúnmente llamadas "violaciones múltiples"», en ACALE SÁNCHEZ/MIRANDA RODRÍGUES/NIETO MARTÍN (coords.), *Reformas penales en la península ibérica: A «jangada de pedra»?*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2021, pp. 295-320.

———, «Unidad de acción y continuidad delictiva en los delitos contra la libertad sexual con acceso carnal», *Revista General de Derecho Penal*, (33), 2020, pp. 1-27.

BOIX REIG, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (1): Agresiones sexuales», en EL MISMO (dir.), *Derecho Penal. Parte Especial,* t. I, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2016, pp. 353-372.

———, *El delito de estupro fraudulento*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1979.

BOLDOVA PASAMAR, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales I», en ROMEO CASABONA/SOLA RECHE/BOLDOVA PASAMAR (coords.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª ed., Editorial Comares, Granada, 2022, pp. 199-220.

———, «Presente y futuro de los delitos sexuales a la luz de la STS 344/2019, de 4 de julio, en el conocido como "caso de La Manada"», *Diario La Ley*, (9500), 2019, pp. 1-15.

CADENA SERRANO, «Violación grupal», *Diario La Ley*, (10294), 2023, pp. 1-16.

CANCIO MELIÁ, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en MOLINA FERNÁNDEZ (ed.), *Memento Práctico Penal 2023*, Francis Lefebvre, Madrid, 2022, pp. 1079-1126.

CANTARD, «Unidad de conducta y resultados múltiples como concurso "real". Observaciones críticas a los fundamentos del Acuerdo de Pleno del Tribunal Supremo de 2015», *InDret*, (3), 2023, pp. 519-553.

———, «El "matar dos pájaros de un tiro" y su mutación de virtud a demérito. Sobre la relevancia del resultado material en la concurrencia delictiva», en LASCURAÍN SÁNCHEZ/PEÑARANDA RAMOS (coords.), *Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Julio Díaz-Maroto y Villarejo*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2023, pp. 123-140.

CARMONA SALGADO, *Los delitos de abusos deshonestos*, J. M. Bosch, Barcelona, 1981.

CARUSO FONTÁN, «Reflexiones en torno a la aplicación de la continuidad delictiva en el caso de la Manada», en FARALDO CABANA/ACALE SÁNCHEZ (dirs.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 217-246.

———, *Unidad de acción y delito continuado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

———, «Sobre la realización iterativa de tipos penales y la necesaria delimitación entre la "unidad natural de acción" y el delito continuado», *Revista Penal*, (36), 2015, pp. 36-60.

———, *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

CASTELLVÍ MONSERRAT, «¿Violaciones por engaño? Sobre el concepto de consentimiento y el objeto del consentimiento sexual», *InDret*, (4), 2023, pp. 171-220.

———, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 273-299.

CASTILLO ARA, «Aproximación al contenido y límites de la violencia patrimonial en el contexto intrafamiliar», *Política Criminal*, (18-36), 2023, pp. 780-807.

CHOCLÁN MONTALVO, *El delito continuado*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

COCA VILA, «Agresión sexual por engaño, Hacia una teoría diferenciadora del engaño excluyente del consentimiento sexual», *InDret*, (3), 2023, pp. 430-466.

CUERDA ARNAU, «Agresión y abuso sexual: violencia o intimidación vs. consentimiento viciado», en FARALDO CABANA/ACALE SÁNCHEZ (dirs.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, 103-132.

DE MOSTEYRÍN SAMPALO, «Las tres formas de punir las violaciones grupales», *Diario La Ley*, (10288), 2023, pp. 1-22.

DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, «Delitos contra la libertad sexual: agresiones y abusos sexuales, de exhibicionismo y provocación sexual y relativos a la prostitución», en BAJO FERNÁNDEZ (dir.), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, t. II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998, pp. 99-138.

DÍEZ RIPOLLÉS, «Alegato contra un derecho penal sexual identitario», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (21-10), 2019, pp. 1-29.

———, «De las agresiones sexuales», en EL MISMO/ROMEO CASABONA (coords.), *Comentarios al Código Penal: parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 273-389.

———, *La protección de la libertad sexual: insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, J. M. Bosch, Barcelona, 1985.

EL-GHAZI, *Revision der Konkurrenzlehre*, *Unrechts- und Schulddivergenzen zwischen Ideal- und Realkonkurrenz*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2020.

ESQUINAS VALVERDE, «Delitos contra la libertad sexual (I)», en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS (dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 177-198.

———, «El delito de abusos sexuales sobre mayores de 16 años (art 181 CP)», 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. 141-226.

FARALDO CABANA, «La intervención de dos o más personas en las agresiones sexuales. Estado de la cuestión», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (22), 2019, pp. 381-420.

FARALDO CABANA/RAMÓN RIBAS, «La sentencia de la Manada y la reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales en España», en FARALDO CABANA/ACALE SÁNCHEZ (dirs.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 247-296.

FIGUEROA RUBIO, «Entre verbos y eventos. Acción y omisión en las filosofías de Carlos S. Nino», en SIERRA SOROCKINAS/ARIEL RAPETTI (eds.), *Introducción al pensamiento de Carlos S. Nino. Reflexiones en torno a la obra de un pensador variopinto*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2024.

———, «Acciones, relaciones causales e imputación en el contexto de la atribución de responsabilidad extracontractual. Debilitando dos tesis», en BERNAL PULIDO/FABRA, (eds.), *Fundamentos filosóficos de la causalidad en la responsabilidad civil*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2024.

GABRIEL, *El ser humano como animal. Por qué no encajamos del todo en la naturaleza*, Pasado & Presente, Barcelona, 2023.

GARCÍA ALBERO, *"Non Bis in Idem" Material y Concurso de Leyes Penales,* CEDECS, Barcelona, 1995.

GARCÍA RIVAS, «Agresión y abusos sexuales», en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Tratado de Derecho penal español: parte especial (I). Delitos contra las personas*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

GARCÍA RIVAS/TARANCÓN GÓMEZ, «Agresión y abusos sexuales», en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Tratado de Derecho penal español: parte especial (I). Delitos contra las personas*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 1117-1204.

GARDNER/SHUTE, «The Wrongness of Rape», en HORDER (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence. Fourth Series*, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 1-42.

GILI PASCUAL, «Sobre los momentos inicial y final de la tentativa», *Estudios Penales y Criminológicos*, (41), 2021, pp. 845-893.

———, «Pérdida del control sobre el riesgo creado y terminación del delito intentado», *InDret*, (2), 2012, pp. 1-37.

GIMBERNAT ORDEIG, «El ocasionamiento de muerte que empieza como asesinato y acaba como homicidio», en EL MISMO, *Estudios de Derecho Penal,* 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1990, pp. 266-274.

———, *Autor y cómplice en el Derecho Penal*, Sección de Publicaciones e intercambio, Madrid, 1966.

GÓMEZ BENÍTEZ, «El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (37-1), 1984, pp. 103-132.

GONZÁLEZ LAGIER, *Las paradojas de la acción. Una introducción a la teoría de la acción humana desde el punto de vista del Derecho y de la filosofía,* 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2013.

GÓMEZ-MARTÍN, «Pertenencia del hecho, instrumento doloso no cualificado y delitos de propia mano», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (17), 2006, pp. 11-42.

GONZÁLEZ RUS, *La violación en el Código Penal español*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Granada, Granada, 1982.

GONZÁLEZ TASCÓN, «Aspectos jurídicopenales de la explotación sexual de las personas adultas en la prostitución y de otras conductas relacionadas», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (22-10), 2020, pp. 1-43.

GREEN, «La antijuricidad de las agresiones sexuales facilitadas por la ingesta de drogas y alcohol», 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. 123-136.

———, *Criminalising Sex. A Unified Liberal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2020.

HART/HONORÉ, *Causation in the Law*, Oxford University Press, Oxford, 1959.

JAKOBS, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997.

JESCHEK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., Editorial Comares, Granada, 1993.

JOSHI UBERT, «Unidad de hecho y concurso medial de delitos», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (45-2), 1992, pp. 613-636.

LAMARCA PÉREZ, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en LA MISMA (coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, 7ª ed., Dykinson, Madrid, 2022, pp. 183-222.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, «La tipicidad penal en la jurisprudencia constitucional», en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (ed.), *Derecho y justicia penal en el siglo XXI: liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García*, Colex, A Coruña, 2006, pp. 251-300.

MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit,* C. Winter, Heidelberg, 1964.

MALDONADO FUENTES, «Unidad de acción, unidad de hecho y unidad de delito en el concurso de delitos», *Revista Chilena de Derecho*, (47-3), 2020, pp. 733-755.

MAÑALICH RAFFO, «El concurso aparente como herramienta de cuantificación penológica de hechos punibles», en CÁRDENAS ARAVENA/FERDMAN NIEDMANN (coords.), *El Derecho Penal como teoría y como práctica. Libro en homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy*, Legal Publishing Chile, Santiago de Chile, 2016, pp. 501-547.

———, «La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno. Una reconstrucción desde la teoría de las normas», *Revista Ius et Praxis*, (20-2), 2014, pp. 21-70.

———, «El concurso de delitos: bases para su reconstrucción en el Derecho Penal de Puerto Rico», *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, (74-4), 2005, pp. 1021-1211.

MAQUEDA ABREU, *Los delitos de propia mano*: *críticas a su fundamentación desde una perspectiva dogmática y político-criminal*, Tecnos, Madrid, 1992.

MARTÍNEZ SANROMÀ, *Motivación e intervención delictiva. Una reestructuración de la «participación psíquica»*, Atelier, Barcelona, 2023.

———, «La complicidad psíquica», *InDret*, (4), 2023, pp. 221-260.

MOLINA FERNÁNDEZ, «Acción y tipicidad en los delitos activos», en EL MISMO (ed.), *Memento Práctico Penal 2023*, Francis Lefebvre, Madrid, 2022.

———, «Tentativa irreversible y desistimiento impropio», en CANCIO MELIÁ/MARAVER GÓMEZ/FAKHOURI GÓMEZ/GUÉREZ TRICARICO/RODRÍGUEZ HORCAJO/BASSO (eds.), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, t. I, Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2019, pp. 655-682.

———, «La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y derecho penal», en BAJO FERNÁNDEZ/JORGE BARREIRO/SUÁREZ GONZÁLEZ (coord.), *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 691-742.

MONGE FERNÁNDEZ, *"Las manadas" y su incidencia en la futura reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

———, «Los delitos de agresiones y abusos sexuales a la luz del caso de "La Manada" ("sólo sí es sí")», en MONGE FERNÁNDEZ (dir.), *Mujer y derecho penal ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, J. M. Bosch, Barcelona, 2019, pp. 339-370.

———, «¿Las agresiones sexuales cualificadas como delito de propia mano? Reflexiones en torno a la STS de 6 de junio de 2000, RJ 2000\5247», *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, (13), 2009, pp. 183-202.

MORALES HERNÁNDEZ, «Análisis de los tipos penales cualificados relativos a las agresiones sexuales contenidos en el artículo 180 del Código Penal», 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. 89-138.

MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexual», en QUINTERO OLIVARES, (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 10ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 299-412.

MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 25ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

NINO, *Introducción a la filosofía de la acción humana,* Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1987.

———, *El concurso en el Derecho Penal*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1972.

ORTS BERENGUER, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

ORTS BERENGUER/SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

PANTALEÓN DÍAZ, *Delito y responsabilidad civil extracontractual. Una dogmática comparada*, Marcial Pons, Madrid, 2022.

PEÑARANDA RAMOS, «¿Unidad o pluralidad de "hechos" en caso de producción de una pluralidad de resultados mediante una sola "acción"? Una pieza de Derecho español y comparado en honor de Alfonso Reyes Echandía», en OROZCO LÓPEZ/REYES ALVARADO/RUIZ LÓPEZ (eds.), *Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía en el nonagésimo aniversario de su nacimiento*, Universidad de los Andes/Universidad de Ibagué/Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2022, pp. 797-837.

———, «El consentimiento en las lesiones y el tratamiento médico-quirúrgico», en CANCIO MELIÁ/MARAVER GÓMEZ/FAKHOURI GÓMEZ/GUÉREZ TRICARICO/RODRÍGUEZ HORCAJO/BASSO (eds.), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, t. I, Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2019, pp. 697-712.

———, *Concurso de leyes, error y participación en el delito,* Civitas, Madrid, 1991.

PÉREZ ALONSO, *La coautoría y la complicidad (necesaria) en el Derecho Penal*, B de F, Buenos Aires, 2020.

———, «Concepto de abuso sexual: contenido y límite mínimo del delito de abusos sexuales», *InDret*, (3), 2019, pp. 1-43.

PÉREZ MANZANO, «*The Spanish Connection:* los caminos del diálogo europeo en la configuración del alcance de la prohibición de incurrir en bis in idem», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (22), 2018, pp. 381-418.

POZUELO PÉREZ, «La agresión sexual en autoría mediata. Proxenetas, clientes y violación de personas prostituidas», *InDret*, (1), 2022, pp. 206-229.

———, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

PUENTE RODRÍGUEZ, «En defensa de la prescripción del delito: Una crítica a la extensión de sus plazos en los delitos sexuales cometidos contra menores de edad», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (24-30), 2022, pp. 1-35.

RAMÓN RIBAS, «La intimidación en los delitos sexuales: entre las agresiones y los abusos sexuales», en FARALDO CABANA/ACALE SÁNCHEZ (dirs.), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 133-170.

ROIG TORRES, *El concurso ideal de delitos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español. Parte especial*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I)», en MORILLAS CUEVA (dir.), *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2020, pp. 259-296.

SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *A vueltas con la Parte Especial (Estudios de Derecho Penal)*, Atelier, Barcelona, 2020.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *El denominado "delito de propia mano": respuesta a una situación jurisprudencial*, Dykinson, Madrid, 2004.

SANCINETTI, *Ilícito personal y participación*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997.

SANZ MORÁN, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Ediciones Universidad de Valladolid, Valladolid, 1986.

SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, «La violación por "actuación conjunta" (art. 180.2ª CP)», *Cuadernos de Política Criminal*, (135), 2021, pp. 49-84.

———, «¿Tentativa fracasada existiendo posibilidades de realizar aún el tipo?», *Revista de Derecho Penal y Criminología,* (16), 2005, pp. 139-168.

SUMMERS, «Common-Sense Causation in the Law», *Oxford Journal of Legal Studies*, (38-4), 2018, pp. 793–821.

TAMARIT SUMALLA, *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual. Análisis de las reformas penales de 1999 en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores,* Aranzadi, Cizur Menor, 2000.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho penal*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

TURIENZO FERNÁNDEZ, «"Ojos que no ven, corazón que no siente": los llamados "casos puros"», *InDret,* (3), 2023, pp. 467-518.

————, «¿Castigar o no castigar? Esa es la cuestión. Los consumidores de pornografía infantil en el punto de mira», en GÓMEZ MARTÍN/BOLEA BARDON/GALLEGO SOLER/HORTAL IBARRA/JOSHI JUBERT (dirs.), *Un modelo integral de Derecho penal. Libro Homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, pp. 1433-1446.

VALVERDE CANO, *Más allá de la trata: el derecho penal frente a la esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

VIVES ANTÓN, *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, Universidad de Valencia, Valencia, 1982.

————, *Libertad de prensa y responsabilidad criminal*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1977.

InDret
2.2024

Paradas policiales, identificaciones y cacheos. Su significación desde la perspectiva de la cultura policial en Cataluña

Jesús Requena Hidalgo
Institut de Seguretat Pública de Catalunya

Sumario

-

Este artículo propone una mirada de las paradas, las identificaciones y los registros corporales desde la perspectiva de la cultura policial. Más concretamente, desde la perspectiva de la desconfianza policial.

Interpretadas desde esta perspectiva, estas prácticas tienen una significación que remite a aspectos muy relevantes de la identidad policial, diferente de la que habitualmente centra las explicaciones y los debates de carácter jurídico-técnico.

A partir de esta interpretación, apunta medidas que podrían neutralizar los efectos que las paradas injustas tienen sobre la ciudadanía y sobre la legitimidad policial, algunas de las cuales ya han sido reclamadas por organismos e instituciones diversas.

Abstract

-

This article proposes a look at police stops, identification checks and body searches from the perspective of police culture. More specifically, from the perspective of police mistrust.

Interpreted from this perspective, these practices have a significance that refers to very relevant aspects of police identity, different from that which is usually the focus of legal-technical explanations and debates.

Based on this interpretation, it points to measures that could neutralise the harmful effects that unfair stops have on the public and on police legitimacy, some of which have already been called for by various organisations and institutions.

Title: *Police stops, identification checks and searches. Their significance from the perspective of police culture in Catalonia.*

-

Palabras clave: Parada policial, identificación, cacheo, cultura policial, desconfianza policial.

Keywords: *Police stop, police identification check, police search, police culture, police mistrust.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2024.i2.09

-

InDret

2.2024

Recepción
03/02/2024
-
Aceptación
19/04/2024
-

Índice

-

1. Introducción
2. Las identificaciones y los cacheos. Marco legal y operativa en la policía catalana
3. La prevención de la delincuencia como justificación del trabajo policial
4. La cultura policial en la explicación del comportamiento y las prácticas policiales
5. Las paradas policiales desde la perspectiva de la desconfianza policial en la ciudadanía
6. Epílogo
7. Bibliografía

-

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

1. Introducción*

Tradicionalmente, la actividad policial proactiva ha ocupado un lugar central en las políticas de prevención de la delincuencia y el incivismo[1]. Dicha actividad se expresa en tácticas y prácticas diferentes: patrullajes en coche o pie, de uniforme o de paisano; controles de paso, puntos de vigilancia, dispositivos estáticos de control; identificaciones y registros o cacheos. Algunas de estas tácticas han suscitado críticas y debates sobre los impactos que las intervenciones tienen en algunos grupos sociales, los cuales, en principio, debían beneficiarse del trabajo policial. Más concretamente, los impactos que tienen en los individuos que han experimentado dichas intervenciones[2].

En los últimos años, las paradas policiales han sido objeto de un creciente escrutinio público y legal en todos los países occidentales, especialmente en los anglosajones. En los Estados Unidos han llegado a ser declaradas inconstitucionales por motivos de discriminación racial y en Europa, particularmente en el Reino Unido, han sido igualmente denunciadas y han dado lugar a manifestaciones de protesta por parte de sectores de la ciudadanía que las perciben como un abuso de poder en el ejercicio de las potestades policiales[3].

En este contexto, esta práctica policial se ha vuelto ciertamente controvertida y, en los últimos años, se ha comprobado que, a un lado y otro del Atlántico, su uso va a menos[4]. En esta línea, se ha llegado a reclamar su prohibición[5].

En Cataluña, las conclusiones de la Comisión de Estudio sobre el Modelo Policial del *Parlament de Catalunya*, cuyos trabajos se extendieron entre noviembre de 2021 y diciembre de 2022, también expresan, en cierto modo, esta preocupación, pues entre sus acuerdos está instar al

---

* Jesús Requena Hidalgo (jesus.requena@gencat.cat).

[1] SKOGAN/FRYDL, *Fairness and Effectiveness in Policing: The Evidence*, 2004; WEISBURD/ECK, «What can police do to reduce crime, disorder, and fear?», *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 593, núm. 1, 2004, pp. 42 ss.; TELEP/WEISBURD, «What is known about the effectiveness of police practices in reducing crime and disorder?», *Police Quarterly*, vol. 15, núm. 4, 2012, pp. 331 ss.; WEISBURD/MAJMUNDAR (eds.), *Proactive Policing: Effects on Crime and Communities*, 2018.

[2] TYLER et al., «Street stops and police legitimacy: Teachable moments in young urban men's legal socialization», *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 11, núm. 4, 2014, pp. 751 ss.; GELLER et al., «Aggressive policing and the mental health of young urban men», *American Journal of Public Health*, vol. 104, núm. 12, 2014, pp. 2321 ss.; BRAGA et al., «Race, place, and effective policing», *Annual Review of Sociology*, vol. 45, 2019, pp. 535 ss.; WEISBURD et al., «What Do We Know About Proactive Policing's Effects on Crime and Community?», en WEISBURD et al. (eds.), *The Future of Evidence-Based Policing*, Cambridge University Press, Cambridge UK, 2023, pp. 107 ss.

[3] TIRATELLI et al., «Does stop and search deter crime? Evidence from ten years of London-wide data», *The British Journal of Criminology*, vol. 58, núm. 1, 2018, pp. 1212 ss.; BRADFORD, *Stop and Search and Police Legitimacy*, 2016; LENNON/MURRAY, «Under-regulated and unaccountable? Explaining variation in stop and search rates in Scotland, England and Wales», *Policing and Society*, vol. 28, núm. 2, 2018, pp. 157 ss.; MURRAY et al., «Procedural justice, compliance with the law and police stop-and-search: a study of young people in England and Scotland», *Policing and Society*, vol. 31, núm. 3, 2021, pp. 263 ss.

[4] Para los Estados Unidos ver, por ejemplo, WEISBURD et al., «Do stop, question, and frisk practices deter crime? Evidence at microunits of space and time», *Criminology & Public Policy*, vol. 15, núm. 1, 2016, pp. 31 ss., o MCNEIL, «Stop-and-frisk in New York, Philadelphia, and Chicago: Slowly approaching an uneasy synthesis or running out of time to justify its freight», *Widener Commonwealth Law Review*, vol. 29, 2020, pp. 69 ss. Para Europa, ver LENNON/MURRAY, *Policing and Society*, vol. 28, núm. 2, 2018, pp. 157 ss. o TIRATELLI et al., *The British Journal of Criminology*, vol. 58, núm. 1, 2018, pp. 1212 ss.

[5] BAKER/GOLDSTEIN, «2 opinions on stop-and-frisk report», *New York Times*, 2012.

gobierno autonómico a «introducir mecanismos efectivos para acabar con la selectividad policial y las identificaciones por perfil étnico racial»[6].

En este artículo, se entiende por parada policial la intervención en la que un agente o agentes interpelan a una persona en la vía pública o en un establecimiento público, le piden que se identifique y, eventualmente, la someten a un registro corporal o de sus efectos personales.

Las identificaciones y los cacheos se llevan a cabo al amparo de las previsiones de la Ley orgánica 4/2015, de protección de la seguridad ciudadana. Desde su entrada en vigor, las identificaciones dejaron de justificarse en funciones genéricas de protección de la seguridad[7] y se exigen, como veremos a continuación, los requisitos de «indicio» y «razonablemente necesario». No obstante, lo cierto es que esta regulación sigue siendo insuficiente en la delimitación de las circunstancias en las que puede haber indicios de participación en la comisión de una infracción o de las circunstancias en las que es «razonablemente necesario» identificar a alguien o someterlo a un registro corporal. Desde luego, tal insuficiencia no se compadece con la gravedad de la limitación de derechos fundamentales que comportan las prácticas policiales asociadas con los controles[8].

Este artículo propone una reflexión sobre las identificaciones y los cacheos en un ámbito diferente del debate jurídico-técnico: sugiere la interpretación de estas prácticas policiales desde la perspectiva de la cultura profesional, a partir de su relación con elementos centrales del llamado «modelo estándar» de cultura policial definido en la literatura[9]. Es decir, se va a hacer una interpretación de las paradas policiales a la luz de la literatura sobre la cultura profesional.

Esta reflexión obedece a la necesidad de contribuir a la mejora de estas prácticas policiales. En primer lugar porque, objetivamente, suponen una intromisión severa en la intimidad de las personas y pueden resultar –y de hecho resultan—intimidatorias y humillantes para algunas de ellas[10]. Hay evidencia empírica más que suficiente para afirmar que estas prácticas están orientadas por perfil étnico. Esto es que, en muchos casos, se basan más en la apariencia que en el comportamiento de las personas y que se concentran de manera desproporcionada en colectivos minoritarios, tanto extranjeros como nacionales, definidos étnicamente[11]. En segundo

---

[6] PARLAMENT DE CATALUNYA, «Conclusions aprovades per la Comissió d'Estudi del Model Policial», *Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya*, número 460, 20 de diciembre de 2022, p. 108.

[7] Artículo 20.1 de la Ley orgánica 1/92, de protección de la seguridad ciudadana.

[8] PORTILLA, «Identificaciones, cacheos, controles policiales y otros entretenimientos de la libertad: una réplica a las tesis legitimadoras del retroceso histórico en materia de libertad y seguridad personal», *Jueces para la Democracia*, núm. 26, 1996, pp. 12 ss.; RÍOS et al., *Manual para la defensa de los derechos y las libertades ante la intervención de la policía*, 2015.

[9] REINER, *The Politics of the Police*, 3a edición, 2000.

[10] BOWLING/WEBER, «Stop and search in global context: An overview», *Policing and Society*, vol. 21, núm. 4, 2011, pp. 480 ss.; MEDINA ARIZA, «Policía, legitimidad, paradas y cacheos», 2012.; GARCÍA AÑÓN et al., *Identificación policial por perfil étnico en España: Informe sobre experiencias y actitudes en relación con las actuaciones policiales*, 2013; WEISBURD/MAJMUNDAR (eds.), *Proactive Policing: Effects on Crime and Communities*, 2018.

[11] GARCÍA AÑÓN et al., *Identificación policial por perfil étnico en España: Informe sobre experiencias y actitudes en relación con las actuaciones policiales*, 2013; GARCÍA-ESPAÑA/ARENAS, *Identificaciones policiales y discriminación racial en España: Evaluación de un programa para su reducción*, 2016; GENERALITAT DE CATALUNYA, *Propostes per unes identificacions policials no discriminatòries*, 2020; ver también https://sosracismo.eu/tag/indentificaciones/).

término, porque la percepción de injusticia en dichas paradas, especialmente entre estos colectivos, es una de las principales causas de falta de legitimidad policial[12].

En los apartados siguientes se describe el marco legal que regula las identificaciones y los cacheos, así como su operativa, en la policía catalana[13]; se expone la justificación de dichas prácticas desde la perspectiva de la prevención de la delincuencia; se discute el papel de la cultura profesional en la explicación de la conducta de los policías y se sugiere una mirada de las paradas policiales desde la perspectiva de uno de los elementos nucleares de la cultura profesional, la desconfianza policial en la ciudadanía. Finalmente, a modo de epílogo, se sugieren hipótesis de intervención para minorar sus consecuencias más negativas sobre la ciudadanía y sobre la legitimidad policial.

2. Las identificaciones y los registros. Marco legal y operativa en la policía catalana

Amparada por la Ley orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, en España, la policía puede identificar y, eventualmente, registrar personas en las vías y espacios públicos. De acuerdo con su artículo 16, sus agentes sólo pueden identificar a una persona en dos casos. Cuando se encuentran con «indicios» de que la persona con la que intervienen ha podido participar en la comisión de una infracción penal o administrativa, o cuando, «en atención a las circunstancias concurrentes», su identificación es «razonablemente necesaria» para «prevenir la comisión de un delito»[14].

De acuerdo con la práctica policial en Cataluña, un policía puede llevar a cabo una identificación en el marco de un servicio planificado –un control de paso[15] o un patrullaje preventivo centrado en un problema concreto en una zona determinada—, de acuerdo con las previsiones del servicio, o de manera imprevista o sobrevenida, sin relación alguna con ningún servicio planificado.

[12] HOUGH, «Procedural justice and professional policing in times of austerity», *Criminology & Criminal Justice*, vol. 13, núm. 2, 2013, pp. 181 ss.; BRADFORD, *Stop and Search and Police Legitimacy*, 2016.

[13] La Policía de Cataluña está conformada por las distintas organizaciones policiales que dependen de las instituciones catalanas, es decir de la Generalitat de Catalunya (el *Cos de Mossos d'Esquadra*) y de los ayuntamientos (las 241 policías locales constituidas hasta la fecha). El autor es policía desde 1987. En 2005 ascendió a inspector y actualmente es intendente de la Policía de la Generalitat-Mossos d'Esquadra. En este período, ha ocupado puestos de responsabilidad operativa y directiva en diferentes policías y servicios policiales.

[14] En otros países europeos, la Ley habilita a los policías a identificar en más supuestos. Por ejemplo, en Alemania, pueden identificar personas en «zonas peligrosas», sin otra justificación que la de encontrarse en zonas que los policías consideran conflictivas por la razón que sea (BELINA/WEHRHEIM, «'Danger Zones': How Policing Space Legitimizes Policing Race», en VARELA et al., *Doing Tolerance. Urban Interventions and Forms of Participation*, 2020, pp. 95 ss.). En Francia, las identificaciones pueden estar motivadas por la necesidad de recoger información sobre individuos o grupos para después compartirla con otros servicios públicos (MAILLARD et al., «Different styles of policing: discretionary power in street controls by the public police in France and Germany», *Policing and Society*, vol. 28, núm. 2, 2016, pp. 175 ss.). En España, estos supuestos son ilegales.

[15] Amparado por el artículo 17.2 de la L.O. 4/2015, de protección de la seguridad ciudadana, un control de paso es un dispositivo policial en el que una o varias dotaciones interceptan el paso de vehículos por una vía pública para llevar a cabo comprobaciones y registros (identidad de personas, documentación de vehículos, registros de personas y vehículos).

Cuando un policía decide identificar a una persona, lo comunica a la sala de mando operativo[16]. Después de obtener los datos de la persona –mediante el documento nacional de identidad o de palabra— los comunica a la sala y el operador consulta la base de datos correspondiente en el Núcleo de Información Policial (NIP)[17].

Esta consulta puede dar los siguientes resultados: que la persona identificada conste en el NIP o que no conste. Si consta, si tiene o no antecedentes policiales y, en el primer caso, de qué tipo. La consulta también puede dar como resultado que los agentes que están practicando la identificación deban llevar a cabo alguna diligencia adicional con la persona con la que están interviniendo. Bien porque le conste un requerimiento de detención o de ingreso en prisión, bien porque deba confirmar su domicilio actual o porque deba recibir alguna citación judicial, entre las más habituales[18].

Mientras la identificación tiene lugar, el operador de sala graba la identificación en el NIP, a través de la aplicación informática que sirve para registrar toda la actividad policial y gestionar las dotaciones que están de servicio.

Finalizada la identificación, los agentes no entregan ningún documento a la persona identificada en el que conste información alguna sobre la diligencia policial. En cambio, tal documento (volante) sí se extiende en el caso de que la persona deba acompañar a los agentes a una comisaría porque no quiere identificarse o porque no tiene consigo documentación que acredite su identidad y no da fianza suficiente a los agentes en el momento de la identificación (artículo 16.2 L.O. 4/2015)[19].

De la identificación puede derivarse un registro, ya sea corporal, de efectos personales o de vehículos. De acuerdo con el artículo 18 de la misma ley orgánica, los registros tienen la finalidad de «impedir que en las vías, lugares y establecimientos públicos se porten o utilicen ilegalmente armas, explosivos, sustancias peligrosas u otros objetos, instrumentos o medios que generen un riesgo potencialmente grave para las personas, susceptibles de ser utilizados para la comisión de un delito o alterar la seguridad ciudadana». Los registros sólo están justificados «cuando [los agentes] tengan indicios de su eventual presencia en dichos lugares, procediendo, en su caso, a su intervención». De los registros en las paradas no queda constancia alguna en el aplicativo que registra la actividad policial[20].

A posteriori, las identificaciones registradas son objeto de interés por parte de unidades análisis y planificación, para evaluar la actividad policial y sus resultados en función de objetivos

[16] La identificación también puede hacerse sin mediación de la sala de mando, mediante la tableta portátil de dotación, en la que el agente puede introducir él mismo los datos de la persona identificada para hacer la consulta en el NIP. La aplicación corporativa de la tableta le permite, además de grabar la identificación con datos de georreferenciación, introducir los datos de la persona identificada, en el caso de que ésta no conste en el NIP.

[17] El NIP está integrado por diversas bases de datos, entre las cuales la de personas físicas.

[18] También que se avise a alguna unidad policial de la identificación y sus circunstancias.

[19] En este volante se hace constar el tiempo que la persona identificada ha estado en dependencias policiales, la causa y la identidad de los agentes actuantes (artículo 16.4 L.O. 4/2015).

[20] Esto es así, salvo que el agente que lo realiza quiera que conste. Por ejemplo, para justificar la aprehensión de algún objeto o de droga. No obstante, la constancia del registro corporal no toma la misma forma que el de las identificaciones y, por ello, no pueden obtenerse datos a posteriori de los registros corporales que se llevan a cabo en la vía pública.

operativos establecidos en los cuadros de mando, y actualizar sus planificaciones en el sentido que convenga. También interesan a unidades de investigación, para establecer eventuales relaciones entre las identificaciones y hechos registrados o denunciados.

En el debate sobre las paradas policiales y su impacto en las relaciones entre la ciudadanía y la policía, lo primero que hay que preguntarse es por qué identifican los policías, qué objetivos explícitos y/o implícitos persiguen, qué los mueve a hacerlo.

Las paradas y las identificaciones y cacheos discrecionales se justifican fundamentalmente en base a dos grupos de razones[21]. Por un lado, las que podríamos calificar como de carácter jurídico-técnico, que apuntan a la prevención de la delincuencia y otras conductas consideradas antisociales. Por otro, las justificaciones que se relacionan con la cultura profesional.

3. La prevención de la delincuencia como justificación del trabajo policial

La primera justificación tiene que ver, como se ha señalado, con el cumplimiento de la misión policial explícitamente expresada en la Ley y en los planes de seguridad, en los que la prevención es una pieza angular. Las paradas, las identificaciones y los registros, forman parte de un conjunto de potestades policiales que la legislación sitúa explícitamente en el ámbito de la prevención. Esta justificación se basa en la presunción de que hay una relación inversa entre el número de paradas en una zona determinada y las tasas delincuenciales que se registran en dicha zona. Es decir, a más paradas, menos delincuencia. En este sentido, las identificaciones son concebidas como un instrumento para disuadir de llevar a cabo hechos delictivos, ya que éstos serían percibidos por potenciales infractores como más arriesgados: ante la existencia de actividad policial en la zona, percibirían como más probable el ser sorprendidos y denunciados o detenidos en caso de cometer un delito[22].

La teoría de la disuasión se basa en la premisa de que las personas que potencialmente pueden infringir la Ley actúan racionalmente, haciendo un balance de costes y beneficios asociados a la posibilidad de delinquir en un entorno y en una situación configurados por diferentes factores[23]. La actividad policial en general y las paradas en particular serían uno de esos factores que configuran el entorno y las situaciones en las que potenciales infractores toman sus decisiones, haciendo que la decisión de delinquir o infringir la Ley en cualquier sentido aparezca como más arriesgada. Tal premisa también presupone que la ciudadanía conoce el tipo, la intensidad y la extensión de la actividad policial en la zona que frecuenta y que actualiza constantemente su percepción del riesgo asociado a tal actividad como resultado de conocerla o experimentarla en algún sentido (por ejemplo, por ser objeto de alguna intervención policial como, por ejemplo, una identificación).

La evidencia empírica en la que se basa la literatura existente sobre las propiedades disuasorias de las paradas policiales apunta en el sentido de que hay pocas razones para pensar que éstas

[21] MAILLARD et al., *Policing and Society*, vol. 28, núm. 2, 2016, pp. 175 ss.

[22] APEL/NAGIN, «General deterrence: A review of recent evidence», en WILSON/PETERSILIA (eds.), *Crime and Public Policy*, Oxford Univesity Press, Oxford, 2011, pp. 411 ss.

[23] NAGIN et al. «Deterrence, criminal opportunities, and police», *Criminology*, vol. 53, núm. 1, 2015, pp. 74 ss.

tienen un efecto disuasorio generalizado respecto de la actividad delincuencial[24]; que el aumento de las identificaciones y los registros en una zona no tiene por qué suponer un cambio en la percepción del riesgo asociado a determinados comportamientos por parte de las personas que residen o trabajan en dicha zona[25]. Sin embargo, sí que hay evidencia de efectos disuasorios específicos. Ésta sugiere que las personas actualizan o reevalúan el riesgo asociado a la actividad policial si han tenido alguna experiencia directa o indirecta de una detención, esto es si han sido detenidas o han presenciado alguna detención[26]. No obstante, no está claro que pueda afirmarse que las personas que son identificadas actualicen sus percepciones de riesgo de la misma manera, es decir que la identificación «les lleve a pensar que puedan volver a ser identificadas en el futuro»[27].

Probablemente, los presupuestos de la prevención situacional explican mejor los efectos «disruptivos» que puedan tener las paradas policiales que la teoría de disuasión. La actividad policial en una zona determinada, identificaciones y registros incluidos, puede, en efecto, dificultar la actividad delincuencial o los comportamientos incívicos. Ello puede traducirse en que quienes tengan pensado cometer una infracción penal o administrativa pospongan su intención o la desplacen a otra zona. Por otro lado, si, como resultado de su identificación y del registro subsiguiente, a una persona se le ocupan armas o instrumentos que pueden ser utilizados en la perpetración de delitos que están siendo objeto de prevención, se está evitando que, al menos en aquel momento y en aquella zona, el delito en cuestión se lleve a cabo, más allá de que la persona identificada pueda ser denunciada por ello.

La intensificación de la actividad policial dirigida en zonas relativamente reducidas de concentración de ciertos delitos, los llamados «puntos calientes», puede tener efectos sobre esta manifestación[28]. En términos policiales, dicha intensificación consiste, básicamente, en aumentar las horas de patrullaje y las acciones policiales en estático, como los controles y las paradas. Dicho esto, hay que señalar que, debido a la relativa escasez de recursos con que los responsables policiales cuentan para hacer frente a la conflictividad registrada, esta estrategia no puede mantenerse ni en el tiempo ni el espacio sino de una forma muy limitada.

Hay poco consenso en la literatura especializada sobre la incidencia efectiva de estas prácticas en la prevención de la delincuencia o, más concretamente, en las tasas delincuenciales[29]. Algunos estudios indican la existencia de efectos significativos aunque modestos y limitados a determinados tipos de delitos localizados en áreas concretas o «zonas calientes»[30]. Otros señalan

---

[24] PICKETT/ROCHE, «Arrested development: Misguided directions in deterrence theory and policy», *Criminology & Public Policy*, vol. 15, núm. 3, 2016, pp. 727 ss.; PATERNOSTER, «How much do we really know about criminal deterrence», *Journal of Criminal Law & Criminology*, vol. 100, 2010, pp. 765 ss.

[25] APEL, «Sanctions, perceptions, and crime: Implications for Criminal Deterrence», *Journal of Quantitative Criminology*, Vol. 29, 2013, pp. 67 ss.

[26] APEL, *Journal of Quantitative Criminology*, Vol. 29, 2013, pp. 67 ss.

[27] TIRATELLI et al., *The British Journal of Criminology*, vol. 58, núm. 1, 2018, p. 1215.

[28] WEISBURD/ECK, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 593, núm. 1, 2004, pp. 42; BRAGA et al., *Annual Review of Sociology*, 2019, vol. 45, 2019, pp. 535 ss.

[29] TIRATELLI et al., *The British Journal of Criminology*, vol. 58, núm. 1, 2018, pp. 1212 ss.

[30] BAKER/GOLDSTEIN, *New York Times*, 2012; PETERSEN et al., «Police stops to reduce crime: A systematic review and meta-analysis», *Campbell Systematic Reviews*, vol. 19, no 1, 2023, p. e1302.

que las paradas no tienen efecto alguno sobre la delincuencia[31]. En lo que sí hay más coincidencia es en que, a la hora de valorar su incidencia y hasta su conveniencia, debe hacerse un balance entre estos limitados beneficios potenciales que pueden reportar las paradas y el severo impacto negativo que éstas tienen en determinados colectivos y en la percepción que las personas que forman parte de ellos tienen de la policía[32].

En cualquier caso, a pesar de estas consideraciones, la Ley prevé y por tanto permite las identificaciones y los registros personales en las vías y establecimientos públicos y, desde el punto de vista organizacional, mantienen una significación incuestionada. En España y Cataluña, los indicadores relacionados con estas prácticas policiales son parte esencial de los cuadros de mando que sirven para evaluar el funcionamiento de las organizaciones.

Entonces, si se acepta que las identificaciones policiales son un elemento tan controvertido como relevante de las políticas de prevención en materia de seguridad ciudadana y que la investigación sobre justicia procedimental indica que la experiencia que la ciudadanía tiene de ellas puede mejorarla, la cuestión, desde el punto de vista técnico-jurídico, no parece ser tanto si hay que acabar con ellas como la manera de acotar con la máxima precisión posible las prácticas policiales asociadas con las paradas.

Hay normas que pueden servir de ejemplo para responder esta cuestión, como la ley británica sobre policía y evidencia penal, de 1984, que define de manera ciertamente detallada el concepto «razonablemente necesario»[33]. Desde luego, la mejora del texto legal en el sentido de precisar estos conceptos ayudaría a establecer un marco más adecuado para valorar las intervenciones policiales y, eventualmente, para limitar la arbitrariedad de los controles.

Sin embargo, este enfoque esencialmente burocrático-racional, predominante en el debate público y profesional, tiene limitaciones importantes porque, en el fondo, deja de lado una parte muy importante del problema, el sentido de las identificaciones desde la perspectiva de la cultura profesional, porque esta práctica está estrechamente relacionada con elementos centrales de la cultura policial.

Cuando un policía decide identificar una persona en la vía pública y, eventualmente, someterla a un registro, ¿qué está haciendo en realidad? ¿Está simplemente cumpliendo con una previsión legal, con un mandato centrado en la prevención de la delincuencia? ¿Se limita a cumplir con indicaciones de servicio de sus superiores en el marco de dispositivos de prevención que expresan la política policial de seguridad ciudadana?

4. La cultura policial en la explicación del comportamiento y las prácticas policiales

Un segundo bloque de justificaciones remite de manera más o menos explícita a diferentes aspectos de la cultura policial. Desde esta perspectiva, las paradas serían un medio mediante el

[31] McCandless et al., *Do initiatives involving substantial increases in stop and search reduce crime? Assessing the impact of Operation BLUNT* 2, 2016; Macdonald et al., «The effects of local police surges on crime and arrests in New York City», *PLOS ONE*, vol. 11, núm 6, 2016, p. e0157223.

[32] Weisburd/Majmundar (eds.), *Proactive Policing: Effects on Crime and Communities*, 2018.

[33] *Police and Criminal Evidence Act*, 1984.

cual los policías afirman su autoridad en las calles, expresan y tratan de dejar constancia de que tienen el control en contextos en los que la ciudadanía, toda o parte de ella, se percibe como problemática, cuando no peligrosa[34].

En esta misma línea, las paradas también pueden estar motivadas o justificadas por la existencia de conflictos que marcan las interacciones entre los policías y determinados sectores de la ciudadanía. En este caso, la parada se da después de un intercambio de miradas consideradas más o menos desafiantes, o después de verbalizaciones tenidas por irónicas u ofensivas por parte de la persona que acaba siendo identificada o registrada. En estos casos, los controles policiales obedecen a una «racionalidad disciplinaria»[35] y aparecen como una forma de «justicia callejera»[36] con las que los agentes pueden «castigar» a aquellas personas que obstaculizan o desafían su labor, o que las cuestionan relativizando las definiciones que los policías hacen de las situaciones en las que interactúan con ellas[37].

A partir de las aportaciones de los primeros estudios empíricos de carácter etnográfico aparecidos en las décadas de 1960 y 1970 sobre el trabajo policial y la distancia entre sus prácticas cotidianas en las calles y las prescripciones legales que lo regulaban, el concepto de cultura policial se ha convertido en un elemento central en los debates tanto académicos como políticos y profesionales sobre el trabajo policial[38]. Sin embargo, recientemente, algunas voces han cuestionado la utilidad de dicho concepto para entender y explicar el comportamiento policial.

Por ejemplo, DAVID SKLANSKY ha llamado la atención sobre el fenómeno de «fijación cognitiva» (*cognitive burn-in*) que ha sufrido el concepto de cultura policial, después de que las ideas que inicialmente sirvieron para explicar el trabajo de los policías se hayan ido «osificando» hasta configurar una imagen estática poco útil para entender el comportamiento y el trabajo policial, así como para emprender adecuadamente ciertos procesos de reforma[39]. Concretamente, denuncia que las reformas que durante décadas se han llevado a cabo en la policía se han basado en la suposición de la existencia de una «mentalidad ocupacional monolítica» en las bases de la policía, según la cual «[todos] los agentes de policía piensan igual; que son paranoicos, insulares e intolerantes; que se oponen intransigentemente al cambio; que deben ser rígidamente

---

[34] MAILLARD et al., *Policing and Society*, vol. 28, núm. 2, 2016, pp. 175 ss.; REQUENA, *La confianza policial en la ciudadanía. El caso de la Policía de la Generalitat-Mossos d'Esquadra*, Ester Blay Gil, dir. Tesis doctoral. Universitat de Girona, Departament de Dret Públic, 2023.

[35] GAUTHIER, «Origines contrôlées: Police et minorités en France et en Allemagne», *Sociétés Contemporaines*, vol. 97, núm. 1, 2015, pp. 101 ss.

[36] VAN MAANEN, *Working the street; a developmental view of police behavior*, 1973; VAN MAANEN, «The asshole», en MANNING/ VAN MAANEN (eds.), *Policing: A view from the street*, Goodyear Publishing Company, Santa Monica, CA, vol. 18, 1978, pp. 221 ss.; FASSIN, *Enforcing Order: An Ethnography of Urban Policing*, 2013; ver también WACQUANT, *Punishing the Poor: The Neoliberal Government of Social Insecurity*, 2009.

[37] WILLIAMS, *Our enemies in blue: Police and power in America*, 2015.

[38] REINER, «Is Police Culture Cultural?», *Policing: A Journal of Policy and Practice*, vol. 11, núm. 3, 2017, pp. 236 ss.; ver también BACON, «Police culture and the new policing context», en BROWN, *The Future of Policing*, Routledge, Oxon, 2014, pp. 103 ss. y COCKCROFT, «Police culture and police leadership», en RAMSHAW et al. (eds.), *Police Leadership: Changing Landscapes*, Palgrave Macmillan, Londres, 2019, pp. 23 ss.

[39] Según SKLANSKY, a algunas ideas les pasa como a las imágenes que se mostraban durante un tiempo prolongado en las viejas televisiones de plasma y en las pantallas de los primeros ordenadores, que se «quemaban» y quedaban fijada en ellas (SKLANSKY, «Seeing Blue: Police Reform, Occupational Culture, and Cognitive Burn-in», en O'NEILL et al. (eds.), *Occupational Culture: New Debates and Directions*, Elsevier, Londres, 2007, pp. 19 ss.

controlados desde fuera, o al menos desde arriba»[40]. Tal suposición, que configura esta «mentalidad» como «el principal impedimento para una aplicación de la ley más justa, más eficaz y más humana», dificultaría «ver las diferencias entre los agentes, las nuevas complejidades de la identidad policial y los procesos dinámicos dentro de la fuerza de trabajo policial», lo que habría llevado a «descuidar algunas vías importantes de reforma, desviando la atención del diseño interno de los departamentos de policía, las diferencias entre los agentes y la posibilidad de dar a los agentes de base un papel más amplio y colectivo en la configuración de su trabajo», así como al descuido de retos y amenazas en el ámbito policial[41] .

Desde luego, tal concepción de la cultura policial es ciertamente limitada e improductiva, y, durante tiempo, ha estado presente en discursos académicos y profesionales. No obstante, el hecho de que haya interpretaciones equivocadas de la cultura policial no invalida la utilidad potencial del concepto. De hecho, el mismo SKLANSKY reconoce que el fenómeno que denuncia, la «fijación» del concepto, «no está causado por la subcultura [policial] sino por las ideas sobre ella»[42]. Hay numerosos ejemplos de estudios que reconocen variaciones en la cultura policial, que muestran que ésta se expresa de manera diversa en el seno de la misma organización y, sobre todo, entre organizaciones distintas, y que no es estática e inalterable, sino que está sometida a los procesos de cambio que afectan a la institución como consecuencia de su adaptación al entorno. Estudios que se sitúan en las antípodas de los que muestran esa imagen anquilosada de la cultura policial. Perspectivas que la conciben «no como ideas flotantes desarrolladas y transmitidas únicamente por procesos culturales, sino como algo estructuralmente arraigado en la naturaleza, las tensiones y las presiones del trabajo policial en diferentes contextos, tal y como lo interpretaban los agentes cuando intentaban sortear las presiones y los mandatos de sus funciones»[43].

Más recientemente han ido apareciendo otras críticas que abundan en el cuestionamiento de la utilidad del concepto de cultura policial, al que niegan el estatus que ha tenido hasta el momento. Por ejemplo, GEOFF PEARSON Y MIKE ROWE contradicen lo que ellos denominan un «mito fundamental» en los estudios sobre la policía, el que sostendría que todos los policías son lo mismo[44]. En un amplio y detallado estudio basado en seis años de trabajo etnográfico, entre 2011 y 2019, en dos policías de dos grandes ciudades industriales del norte de Inglaterra y sus alrededores, sus observaciones concluyen que los policías no son todos lo mismo, que «permanecen individuos»: que no reciben el mismo entrenamiento y que muchas veces no asimilan ni interpretan de la misma manera todo aquello que aprenden cuando reciben formación o se entrenan; que hay diferencias en la manera en que conciben su misión, sus potestades, la Ley y la política que debería guiar su ejercicio profesional, así como en los métodos y modos que toma la supervisión y el control del cual son objeto por parte de sus mandos. Como, durante su servicio, los agentes hacen frente a una amplia variedad de situaciones que pocas veces se ajustan a los casos sobre los que han recibido entrenamiento; como los agentes responden de manera dispar a la hora de resolverlas –lo cual no depende únicamente de la especialidad o de la unidad a la que están adscritos—, estos autores no encuentran el concepto

[40] SKLANSKY, *Occupational Culture: New Debates and Directions*, 2007, p. 20.

[41] SKLANSKY, *Occupational Culture: New Debates and Directions*, 2007, p. 19.

[42] SKLANSKY, *Occupational Culture: New Debates and Directions*, 2007, p. 20.

[43] REINER, *Policing: A Journal of Policy and Practice*, vol. 11, núm. 3, 2017, p. 243.

[44] PEARSON/ROWE, *Police Street Powers and Criminal Justice: Regulation and Discretion in a Time of Change*, Hart, London, 2020, p. 3.

de cultura policial útil como marco para situar su investigación y las observaciones que llevan a cabo en ella[45]. En definitiva, reniegan de él porque, «cuando uno se fija, está claro que no todos los policías visten lo mismo (...) y lo más importante de todo, no todos piensan lo mismo ni responden de la misma manera a incidentes similares»[46] .

Ciertamente, cualquiera que se interese por el funcionamiento de una organización policial y que observe con un mínimo de atención a los policías mientras desarrollan sus respectivos servicios advertirá de inmediato que, efectivamente, no todos los policías son iguales; que no llevan el mismo equipamiento, porque no todos se dedican a los mismo; que no todos piensan igual, ni conciben de la misma manera su trabajo ni el contexto en el que deben ejercer su profesión; que no responden de la misma manera a situaciones parecidas. Si, además, tiene la ocasión de acceder a ellos, con seguridad podrá comprobar también más pronto que tarde que sus biografías, tanto personales como profesionales, son igualmente diversas: que encontrará hombres, mujeres y personas que no se identifican con ninguna de estas categorías; que habrá policías que pertenecen a grupos sociales minoritarios e incluso marginados; que habrá que profesen religiones distintas de las mayoritarias y habrá que no profesen religión alguna; que independientemente de su antigüedad, encontrará policías con el nivel de formación que se exige al acceder a la profesión, los cuales trabajarán junto a otros, en las mismas calles, que están en posesión de las máximas credenciales académicas.

Pero no me parece que todas estas observaciones, por muy evidentes que sean, puedan llegar a invalidar la utilidad del concepto de cultura policial en la explicación del comportamiento policial. En este sentido, la crítica de PEARSON Y ROWE no es una crítica al concepto de cultura policial sino al de su caricatura, tal y como la dibujó, precisamente, SKLANSKY: un artefacto estable y homogéneo que determina mecánicamente el comportamiento de los policías y cuyo destino es ser descubierto y descrito por quienes se interesan por su trabajo. De ahí que, en mi opinión, hay ocasiones en que estos autores parecen tener dificultades a la hora de *distanciarse* del concepto en sus alusiones al contexto en el que los policías tramitan su discrecionalidad cuando trabajan en la calle.

Por ejemplo, cuando, a propósito, precisamente, de este rasgo esencial en el ejercicio de la profesión policial que es la discrecionalidad, aseguran que en su investigación demuestran que, «*generalmente*, la fuerza de la ley se aplica con más rigor a los que no se consideran por los agentes como 'gente decente'»[47]. Tal afirmación no deja de ser compatible con lo que han concluido un buen número de estudios previos que han señalado esta predisposición, que PEARSON Y ROWE presentan en términos de generalización, como orientada por una forma de conocimiento cultural –conocimiento de diccionario— que organiza la percepción policial en categorías como «gente normal», «personas como Dios manda», «gente decente» o, en el otro extremo, «personas problemáticas» o «clientes habituales», por citar algunas[48].

---

[45] PEARSON/ROWE, *Police Street Powers and Criminal Justice*, 2020, p. 20.

[46] PEARSON/ROWE, *Police Street Powers and Criminal Justice*, 2020, p. 5.

[47] PEARSON/ROWE, *Police Street Powers and Criminal Justice*, 2020, p. 9. El destacado en cursiva es mío.

[48] SACKMANN, *Cultural Knowledge in Organizations: Exploring the Collective Mind*, Sage, Newbury Park, CA, 1991; CHAN, «Utilizando el marco teórico de Pierre Bourdieu para comprender la cultura policial», *Delito y Sociedad*, vol. 1, núm. 33, 2012, pp. 61 ss.

Paradójicamente, esta crítica del concepto de cultura policial reconoce que no puede prescindir de «considerar los amplios factores contextuales cuando estamos investigando el uso desproporcionado de los poderes policiales contra minorías étnicas y comunidades marginadas»[49]. ¿A qué contexto se están refiriendo PEARSON Y ROWE? Desde mi perspectiva, ese conjunto complejo de valores y creencias que opera como «reglamento [no escrito] de trabajo (...) que los agentes *pueden* utilizar durante su práctica laboral»[50] forma parte de ese contexto en el que los agentes deben enfrentar y resolver las situaciones que se les plantean en su turno de servicio; dichos valores y creencias los condicionan a la hora de tomar sus decisiones, en las que, lógicamente, también influyen otros factores de tipo diverso[51].

En definitiva, en su estudio, aseguran que buscan «el sentido de las acciones y las intenciones de la gente y dar sentido a su manera de dar sentido» y que, con sus resultados, presentados a la manera etnográfica, quieren ilustrar «las interpretaciones y concepciones de los agentes cuando usan su discreción sobre las potestades policiales»[52]. Pues bien, lo que aquí se sostiene a la hora de abordar las paradas policiales desde una perspectiva cultural es que la cultura profesional en la policía es un recurso tan útil como los que proponen PEARSON Y ROWE –normas, políticas y supervisión[53]— para aproximarnos a dichas «interpretaciones y concepciones».

Como otros antes que ellos en otros ámbitos, estos autores se enfrentan a las «perennes antinomias filosóficas y teoréticas» que siempre han ocupado a las ciencias sociales en la explicación de la acción humana[54]; antinomias como las que conforman los pares determinismo/autonomía, estructura/acción o social/individual, las cuales, como se sabe, no han sido resueltas hasta la fecha. Con REINER, coincido en que este tipo de aportaciones no son sino «*frescos* intentos de sugerir esta resolución [la de las antinomias referidas] enfatizando aspectos que en épocas anteriores perdieron significación o reetiquetando viejos conceptos para sugerir cierto progreso»[55].

Como JANET CHAN ha advertido en su estudio sobre el concepto de cultura policial y su utilidad para el análisis de la reforma policial, la teorización que PIERRE BOURDIEU hizo de la acción social permitió en su momento superar el dilema que esta perspectiva crítica con el concepto de cultura policial parece resolver a favor de la autonomía individual en la explicación del comportamiento de los policías[56]. CHAN propone aproximarse a la cultura policial desde una perspectiva relacional, a partir de los conceptos de «campo» y «*habitus*». Desde su perspectiva, la policial, como otras culturas profesionales, estaría conformada –pero no determinada— por presiones estructurales

---

[49] PEARSON/ROWE, *Police Street Powers and Criminal Justice*, 2020, p. 10.

[50] CHARMAN, «Crossing cultural boundaries: Reconsidering the cultural characteristics of police officers and ambulance staff», *International Journal of Emergency Services*, vol. 4, núm. 2, 2015, pp. 158 ss.

[51] Nuevamente, el destacado en cursiva en la cita de CHARMAN (2015) es mío.

[52] PEARSON/ROWE, *Police Street Powers and Criminal Justice*, 2020, p. 16.

[53] PEARSON/ROWE, *Police Street Powers and Criminal Justice*, 2020, p. 20.

[54] REINER, *Policing: A Journal of Policy and Practice*, vol. 11, núm. 3, 2017, p. 243.

[55] REINER, *Policing: A Journal of Policy and Practice*, vol. 11, núm. 3, 2017, p. 243. La cursiva es mía, para indicar que, en el original («*fresh attempts*»), el autor pone en cuestión la novedad de la aportación.

[56] CHAN, *Delito y Sociedad*, vol. 1, núm. 33, 2012, pp. 61 ss. Ver también CHAN, *Fair Cop: Learning the Art of Policing*, 2003, pp. 24-26.

del entorno en el que operan los agentes. Sería, pues, un recurso de los policías para dar respuesta a las presiones del campo o del «mundo policial», siguiendo la terminología de PIERRE BOURDIEU[57].

BOURDIEU superó la oposición entre objetivismo y subjetivismo en la explicación de la acción social por la relación que se da entre dos modos de existencia de lo social: los campos y los *habitus*[58]. Para las teorías objetivistas, las prácticas sociales están determinadas por la estructura social y los individuos, en tanto que meros «soportes» de la estructura de relaciones en la que se encuentran, tienen un papel irrelevante desde el punto de vista de la agencia social. Por el contrario, para las teorías subjetivistas, la acción social es el resultado de la agregación de las acciones individuales. De alguna manera, ambas perspectivas teóricas son, desde el punto de vista de la explicación del comportamiento social, insuficientes. Las primeras no pueden explicar por qué se observan prácticas diferentes en individuos situados en la misma posición social. Las segundas, en cambio, no pueden explicar las regularidades sociales, que se producen al margen de la voluntad y la consciencia de los individuos.

Los campos son estructuras sociales externas, «lo social hecho cosas»[59]. Son ámbitos de posiciones sociales que se han constituido en dinámicas históricas; ámbitos en los que tiene lugar la vida social: el campo económico, el político, el artístico, el científico, el sistema escolar, el mundo policial. Por otra parte, son marcos de lucha entre los diferentes grupos que intervienen en él y que compiten por la apropiación del capital que el campo genera: conocimiento, habilidades, creencias, etc. Es, de hecho, «una estructura de probabilidades –de recompensas, ganancias, beneficios o sanciones— pero siempre implica cierta indeterminación»[60]. En este sentido, el campo es capital compartido y lucha por su apropiación. Los diferentes actores en el campo comparten intereses, un lenguaje común, «una complicidad objetiva que subyace a todos los antagonismos»[61], una complicidad sobre la que se construyen las posiciones enfrentadas en la lucha por el capital del campo. Quienes dominan en esta lucha por el capital, quienes detentan el poder o la autoridad en el campo, tienden a adoptar estrategias de conservación y ortodoxia, mientras que los que tienen menos capital, como los recién llegados al campo o los que se sitúan en sus márgenes, suelen manifestar estrategias de carácter subversivo, tenidas por heréticas[62].

En cambio, los *habitus* son estructuras sociales internalizadas por los agentes como esquemas de percepción, pensamiento y acción. Como se ha señalado, mediante este concepto, BOURDIEU supera la dicotomía entre el determinismo objetivista y el subjetivismo voluntarista. Frente al primero, para explicar las prácticas de los sujetos, propone pensarlos como sujetos socialmente producidos en estados anteriores del sistema de relaciones sociales, no como individuos libres y autónomos. En este sentido, los sujetos no pueden reducirse a su posición actual, como si fueran meros soportes de las estructuras sociales. Por otra parte, frente a la visión subjetivista, BOURDIEU supone que los sujetos no actúan libremente, sino que sus prácticas están condicionadas por toda su historia anterior, incorporadas en forma de *habitus*. Es decir, el *habitus* es el conjunto de

---

[57] BOURDIEU, *Outlines of a Theory of Practice*, 1977; BOURDIEU, *Le bal des célibataires*, 2002.

[58] MARTIN CRIADO, «Habitus», en REYES, ROMÁN (dir.), *Diccionario Crítico de Ciencias Sociales*, Plaza y Valdés, Madrid, 2009, vol. 2, pp. 1427 ss.

[59] MARTIN CRIADO, *Diccionario Crítico de Ciencias Sociales*, 2009, p. 1429.

[60] WACQUANT, *An Invitation to Reflexive Sociology*, Polity Press, Chicago, 1992, p. 18.

[61] BOURDIEU, *Questions de sociologie*, Minuit, París, 1980, p. 115.

[62] GARCIA CANCLINI, «Introducción: La Sociología de la Cultura», en BOURDIEU, *Sociología y Cultura*. Grijalbo, México, 1990, pp. 5 ss.

esquemas generativos a partir de los cuales los sujetos perciben el mundo y actúan en él. Aplicado al campo policial, sería el sistema de disposiciones generadas socialmente, resultado de condiciones y experiencias sociales a las que los policías han estado y están expuestos, que actúan como principios generadores de prácticas que tienen lugar sin la intermediación de la conciencia de los sujetos[63]. Son esquemas cotidianos, no reflexionados y considerados como naturales por los agentes. Constituyen, de hecho, la «doxa» profesional, un conjunto de *verdades* que predominan en un determinado período de tiempo en el campo policial en tanto que sustento irreflexivo de los actores en el campo policial[64]; una forma de conocimiento que apenas es discutida y que no necesita defensa en el colectivo: algo distinto «de la creencia ortodoxa o heterodoxa que implica consciencia y reconocimiento de la posibilidad de creencias diferentes o antagonistas»[65].

Estos esquemas están socialmente estructurados, se han conformado a lo largo de la historia de cada sujeto y suponen la interiorización de la estructura social, del campo concreto de relaciones sociales en el que el agente social se ha conformado como tal. Pero al mismo tiempo son estructurantes, son estructuras a partir de las cuales se producen los pensamientos, percepciones y acciones del agente. Es decir, los sujetos piensan y actúan a partir del *habitus*, en tanto que conjunto de esquemas prácticos de percepción –división del mundo en categorías—, apreciación –distinción entre lo adecuado y lo inadecuado, lo que vale la pena y lo que no vale la pena— y evaluación –distinción entre lo bueno y lo malo— a partir de los cuales se generarán las prácticas –las «elecciones»— de los agentes sociales[66]. En definitiva, según BOURDIEU, ni los sujetos son libres en sus elecciones, pues el *habitus* es el principio no elegido de todas las elecciones, ni están simplemente determinados, ya que es una disposición que se puede reactivar en conjuntos de relaciones distintos y dar lugar a prácticas distintas.

Así pues, es posible pensar la cultura policial en términos flexibles, pues ésta puede dar lugar a respuestas diferentes ante situaciones parecidas, cuando la disposición del *habitus* se procesa individualmente junto con otros elementos de la biografía tanto personal como profesional de cada policía, así como con elementos de contexto político-institucional, como el ordenamiento jurídico o determinadas políticas, y organizativo, como las regulaciones, los procedimientos o el régimen de supervisión al cual están sujetos.

Desde esta perspectiva, cuando un policía valora la posibilidad de parar e identificar a una persona que responde a un perfil específico, sobre el que cabría establecer ciertas regularidades ateniéndonos a las prácticas policiales dominantes o más frecuentes, entrarían en juego una multiplicidad de condicionantes. Entre estos condicionantes estaría el valor diferencial que el campo policial reconoce a las diferentes alternativas que barajará en el momento de decidir si la para o no la para y, en el primer caso, el registro que adoptará a la hora de interpelarla y hablar con ella: más o menos considerado, más o menos riguroso. El resultado de esta valoración puede ser pararla e identificarla –porque responde al perfil de persona extraído de denuncias registradas, porque es inmigrante, porque es joven, porque su apariencia no encaja con la zona en la que se encuentra, porque *es lo que toca*, etc.— o no hacerlo y, en este caso, la reflexividad

[63] BOURDIEU, *Outline of a Theory of Practice*, 1977; BOURDIEU, *Pascalian meditations*, Polity Press, Cambridge, 2000.

[64] BOURDIEU /EAGLETON, «Doxa y vida ordinaria», *New Left Review* [En línea], 2000, p. 50 ss.

[65] BOURDIEU, Outline of a Theory of Practice, 1977, p. 164.

[66] MARTIN CRIADO, *Diccionario Crítico de Ciencias Sociales*, 2009.

cuenta[67]. Podría decidir no pararla porque considere que los beneficios asociados a la parada, en términos de trabajo policial, no compensan los perjuicios que comportará dicha acción para la relación que la policía tendrá con la comunidad –el barrio— o el colectivo al que pertenezca –los jóvenes, los inmigrantes, los manteros, etc.—. O podría decidir no pararla porque considere que la intervención sea, sencillamente, arbitraria y, por tanto, injusta.

Esto es, precisamente, lo que ya han advertido diferentes estudios que han ido matizando y actualizando la tradición sobre los estudios sobre la policía y el trabajo policial, cuestionando y revisando aquellos «supuestos básicos» señalados en la primera literatura[68]. Gracias a ellos sabemos que, muchas veces, los agentes, cuando intervienen con alguien, no se comportan siempre tal y como piensan. Que su comportamiento no es un reflejo exacto de lo que dicen o explican en determinados contextos[69]. Que la cultura policial no es una, monolítica e inevitable en todos los rangos, funciones y especialidades policiales, sino varias[70]. Que hay diferentes orientaciones individuales y «estilos» en el ejercicio de la profesión[71]. Que la cultura cambia como consecuencia de cambios en el entorno en el que las organizaciones policiales desarrollan su actividad[72].

No hay duda respecto de que la diversidad policial en términos de actitudes y comportamientos no permite hacer generalizaciones que reducen el concepto de cultura a una instancia que «programa» el comportamiento de unos policías que actúan como autómatas[73]. Sin embargo, este concepto, junto con otros, permite explicar también dicha diversidad, porque no existe una única respuesta cultural a una misma situación o requerimiento.

Es una evidencia poco cuestionable que, actualmente, a diferencia de un pasado si se quiere reciente, las funciones policiales que expresan una mayor orientación a la ciudadanía y una mayor preocupación por su bienestar, especialmente por el de los sectores más vulnerables, tienen una presencia creciente y un mayor reconocimiento en el campo policial[74]. Lo mismo puede decirse del hecho que los policías más jóvenes y formados tienden a ser más sensibles a los problemas y necesidades de estos colectivos y a entender su trabajo como un trabajo dedicado a su protección. Mucho más que los policías más veteranos, más orientados a asegurar el cumplimiento de la Ley y la persecución de la delincuencia, con los que comparten turnos de

---

[67] MAILLARD et al., *Policing and Society*, vol. 28, núm. 2, 2016, pp. 175 ss.

[68] CHAN, *Changing Police Culture: Policing in a Multicultural Society*, 1997.

[69] WADDINGTON, «Police (Canteen) Subculture: An Appreciation», *The British Journal of Criminology*, vol. 39, núm. 2, 1999, pp. 286 ss.

[70] REUSS-IANNI/IANNI, «Street cops and management cops: The two cultures of policing», en PUNCH, MAURICE (ed.), *Control in the Police Organization*, MIT Press, Cambridge, MA, 1983, pp. 251 ss.; CHAN, «Changing Police Culture: Policing in a Multicultural Society», *British Journal of Criminology*, vol. 36, nº 1, 1996, pp. 109 ss.; CHRISTENSEN/CRANK, «Police work and culture in a nonurban setting: An ethnographic analysis», *Police Quarterly*, vol. 4, no 1, 2001, pp. 69 ss.

[71] WILSON, *Varieties of Police Behavior: The Management of Law and Order in Eight Communities*, Harvard University Press, Harvard, 2009 [1968]; JEFFERSON/GRIMSHAW, *Interpreting Police Work. Policy and Prectice in Forms of Beat Policing*, Allen & Unwin, Londres, 1987; TERPSTRA/SCHAAP, «Police culture, stress conditions and working styles», *European Journal of Criminology*, vol. 10, núm. 1, 2013, pp. 59 ss.

[72] LOFTUS, *Police Culture in a Changing World*, Oxford University Press, Oxford USA, 2009; CHARMAN, *International Journal of Emergency Services*, vol. 4, núm. 2, 2015, pp. 158 ss.; CHARMAN, *Police Socialisation, Identity and Culture: Becoming Blue*, 2017.

[73] PEARSON/ROWE, *Police street powers and criminal justice*, 2020.

[74] COCKCROFT, *Police Leadership: Changing Landscapes*, 2019, pp. 23 ss.

servicio y con los que pueden llegar a tener diferencias y conflictos por la manera en que se enfoca y se lleva a cabo una intervención[75]. Pero esto no supone que ambos no compartan una cultura profesional, sino que ésta, como consecuencia de procesos tanto internos –diversificación de la fuerza de trabajo— como externos –cambios en el entorno que exigen esfuerzos de adaptación en el seno de la institución— amplia el repertorio de recursos que pone a disposición de los policías para llevar a cabo su trabajo[76].

Desde mi punto de vista, la cultura policial es esencialmente «fluida»[77] o «fluida» con elementos de estabilidad[78], y es un factor especialmente apropiado para explicar, junto con otros –características individuales, cultura organizativa, regulaciones y procedimientos, supervisión, contexto situacional, contexto político institucional— el comportamiento policial. Éste responde, en última instancia, a las constricciones que todos estos factores imponen al agente a la hora de definir una situación y de decidir si interviene o no en ella, así como la orientación y el registro que debe adoptar dicha intervención.

Este artículo renuncia expresamente a resolver ninguna de aquellas antinomias en relación con el trabajo policial. La empresa sería tan poco realista como falta de utilidad, porque, en realidad, todas ellas están en una tensión dialéctica que es la que, en definitiva, mejor explica el comportamiento social. Antes, pretende contribuir a la explicación de las paradas policiales, de las identificaciones y los registros, desde una perspectiva particular, la de la cultura profesional, con la intención de que complemente la que ofrecen otras perspectivas, centradas en otros aspectos que inciden en el trabajo policial.

Desde dicha perspectiva, las paradas policiales se pueden entender como resultado de la expresión de una serie de disposiciones culturales que tienen que ver, fundamentalmente, con la manera en que los policías conciben su misión y su profesión, así como con la manera en que se piensan a sí mismos y a la ciudadanía.

Desde luego, dichas prácticas no aparecen expresamente referidas en los «temas» habituales en la literatura sobre la cultura profesional en la policía. No obstante, pueden ser interpretadas en clave cultural, como un medio a través del cual los policías, de algún modo, expresan aspectos especialmente relevantes de la identidad profesional en el campo policial, tal y como está configurado actualmente.

La desconfianza es uno de los rasgos culturales que resultan de más utilidad a la hora de interpretar las paradas, las identificaciones y los registros. Entender cómo funciona la (des)confianza policial respecto de todo lo que se sitúa más allá del campo policial y, más ampliamente, de la ciudadanía –cómo se concibe, cómo se describe, cómo se justifica, cómo se legitima tal actitud desde la perspectiva policial— permite entender las prácticas concretas a partir de claves diferentes de las que habitualmente se barajan en una aproximación más instrumental a ellas.

---

[75] CHARMAN, *Police Socialisation, Identity and Culture: Becoming Blue*, 2017.

[76] HENDRIKS/VAN HULST, «Shifting repertoires: understanding cultural plurality in policing», *Innovation: The European Journal of Social Science Research*, vol. 29, núm. 2, 2016, pp. 161 ss.

[77] CHAN, *British Journal of Criminology*, vol. 36, nº 1, 1996.

[78] LOFTUS, *Police Culture in a Changing World*, 2009.

5. Las paradas policiales desde la perspectiva de la desconfianza policial en la ciudadanía

En la práctica policial cotidiana, las identificaciones y los registros son un contexto especialmente indicado en el que los policías expresarían un rasgo tan definitorio de la cultura policial como es la desconfianza. En otros términos, cuando los policías paran, identifican y registran están, de alguna forma, expresando desconfianza.

El análisis del discurso policial sobre la desconfianza pone de manifiesto que los policías tienen una imagen de sí mismos como profesionales particularmente desconfiados, más desconfiados que las personas que no se dedican a lo que se dedican ellos[79]. Aunque no dejan de explicar su desconfianza en el contexto de la confianza generalizada en la sociedad de la que forman parte, en la que las interacciones sociales están condicionadas por determinados prejuicios sobre los otros, en realidad los policías se autoperciben como más desconfiados que el resto de la población, respecto del cual, siempre adoptan cierto «margen de error», es decir de distancia, de desconfianza.

> d) analizarás, y una vez analices..., que es lo que decimos..., tú llegas siempre con los prejuicios, siempre vas con la escopeta cargada, y cuando llegas allí, analizas, y bueno, 'este es bueno, este es malo, este es bueno, este es malo'...
>
> c) no, yo veo que lo que ella dice es que es inevitable tener prejuicios y somos seres humanos, somos personas... eso es inevitable a todo, a todos los niveles, el hecho es dejar ese margen de error. Tú, por norma general, no vas con los prejuicios, pero sí, hay un margen, hay un margen que influye (RPMN, PAT)[80].
>
> b) si tu paras una furgoneta y le ves cable, tú, primero, desconfías y después hablas con el señor y le dices, caballero, ¿para dónde va? 'Ah, pues trabajo aquí, trabajo allá, voy con Telefónica', no sé qué, haces las comprobaciones y coge y se va, pero lo primero que haces... coño, ¿qué hace este tío con cable? (RPMN, PAT).

Uno de los elementos más destacados del discurso policial sobre la desconfianza de los agentes en el desempeño de sus funciones es la naturaleza no consciente de esta actitud. Reconocen que, aunque se saben desconfiados, no son conscientes de ello. En realidad, ni se plantean la desconfianza en su relación con la ciudadanía en general y con las personas que intervienen en particular. Ellos no le ponen nombre («tú le pones nombre») o la llaman de otra manera. No son conscientes porque tienen interiorizada esta manera de funcionar. Desde su punto de vista, no se puede llegar a los servicios «con el lirio en la mano». Confiar es «ir con el lirio en la mano», como los santos o las vírgenes: sin dobleces, sin maldad, con candidez. No pueden ir así porque,

---

[79] La referencia al discurso policial sobre la desconfianza remite a la investigación contenida en REQUENA HIDALGO, *La confianza policial en la ciudadanía. El caso de la Policía de la Generalitat-Mossos d'Esquadra*, 2023. Las citas que aparecen a partir de este punto y a lo largo de todo el apartado son transcripciones de fragmentos de grupos de discusión que han servido para analizar el discurso policial. Una parte considerable de los discursos se recogieron en catalán y se han traducido, para este trabajo, al castellano.

[80] Esta anotación significa que los fragmentos pertenecen a un grupo integrado por patrulleros y patrulleras (PAT) destinados en una comisaría de la Región Policial Metropolitana Norte (RPMN). Más adelante aparecen fragmentos que pertenecen a grupos integrados por policías que trabajan habitualmente en dependencias policiales (DEP), no en la calle, y en alguna comisaría de una región no metropolitana, como es la Región Policial Pirineo Occidental (RPPO).

desde su perspectiva, no saben lo que se encontrarán y «les va mucho», por lo que, de entrada, intervienen desde la desconfianza

> c) sí, por supuesto, siempre hay tiempo de bajar…
>
> a) con educación y todo correcto, pero…. es que nos jugamos mucho. Cuando vas a un requerimiento tienes que pensar en tu integridad física, porque es que no sabes qué te vas a encontrar.
>
> d) de todas maneras, tú le pones nombre, pero yo pienso que todos lo tenemos como muy integrado, la desconfianza, no… es que yo no me planteo que soy desconfiada, tú ahora nos lo dices y pienso, pues sí, es verdad, pero es una cosa que tengo tan interiorizada, que desconfío, que es como… es así, yo llego a un Servicio y… no llegas con el lirio en la mano… (RPPO, DEP).

Admiten que, aunque hay grados, todos los policías son desconfiados.

> c) yo creo que tú eres más o menos desconfiada, pero yo pienso que la desconfianza es bastante… generalizada (RPPO, DEP).

Como ocurre en otras culturas ocupacionales, en el caso de la policial, la mayoría de sus miembros asumen de manera inconsciente los diferentes elementos que la componen, hasta el punto de no distinguir qué parte de su forma de ver el mundo y de comportarse en él obedece a dicha cultura y qué parte responde a su individualidad. Desde este punto de vista, la desconfianza es disposicional en el sentido indicado por BOURDIEU: «una predisposición, una tendencia, una propensión o una inclinación»[81]. Es decir, la desconfianza forma parte del *habitus* policial. Los policías se autoperciben como desconfiados y, sobre su carácter desconfiado, dicen de sí mismos: «Es nuestra condición». Esta afirmación, expresadas así, confirma claramente la naturaleza disposicional de la desconfianza, porque el termino disposición designa, precisamente, una manera de ser[82].

En sus discursos, esta desconfianza diferencial que los policías reconocen se justifica porque la relacionan con un deber impuesto por la naturaleza del propio trabajo; responde a «un protocolo no escrito» que los lleva a actuar desde la desconfianza.

> b) Entones, este, este… ninguno de nosotros piensa que desconfía, no, es que pertenece a mi carácter. Hay un protocolo, que a veces no está escrito, pero actuamos así… (RPMN, DEP).

Por otra parte, en este mismo discurso sobre la desconfianza son habituales alusiones al agravio percibido por los policías respecto de que la ciudadanía pueda obstaculizar su trabajo –no facilitando información a los agentes, mintiéndoles, no aceptando sus indicaciones— porque tienen derecho a hacerlo. El policía se siente en desventaja ante la Ley respecto del ciudadano. En la cita que viene a continuación, este sentimiento se expresa en la percepción policial de que «ellos», la ciudadanía, explicando «milongas», tienen derecho a «salir airosos», mientras que el policía está en una posición subordinada o, cuando menos, pasiva –«tapando la salida»— lo que le impide ser más eficaz.

---

[81] BOURDIEU, *El sentido práctico*, 2007, p. 393.

[82] AGUILAR, «El habitus y la producción de disposiciones», *Miríada: Investigación en Ciencias Sociales*, vol. 9, núm. 13, 2017, pp. 271 ss.

> a) A mí, me he encontrado con dos perfiles de gente, hay gente fría, calculadora, meticulosa, que no dudan… 'hola, buenas tardes, qué, cómo va el servicio' y oye…. y es un psicópata, hablando mal, y resulta que es el que acaba de dar el palo, yo me he encontrado entrar en una casa y encontrarme a un tío de cara y decirme '¿tú dónde vas? Esta es mi casa…', y me lo dice a mí, y era el ladrón. 'Sí, muy bien, disculpe las molestias, pero tendrá que demostrarme que usted es el propietario', porque no será la primera vez que, 'oye, que soy yo', no, no, a mí… si eres tú, oye, ningún problema, ahora: las manos que yo las vea… se escagarrina, cuando le das cuatro órdenes y tal… y hay gente muy fría, muy calculadora, muy meticulosa, … y resulta que te está explicando una milonga, porque ellos tienen el derecho de salir airosos y tú estás allí, tapando la salida… (RPMN, DEP).

Este agravio expresa claramente un aspecto que ha servido para configurar el concepto de cultura profesional en la policía, el de la ley como impedimento para el trabajo policial eficaz[83]. A pesar de las considerables potestades que los policías tienen en sus interacciones con la ciudadanía –que les permiten desde la identificación de personas hasta privarlas de su libertad o utilizar la fuerza contra ellas—, el discurso policial apunta de manera consistente que las leyes y las obligaciones que éstas imponen al desarrollo de su trabajo no dejan de ser, como se ha dicho, un impedimento para que cumplan sus objetivos de la mejor manera posible. Esto conecta con otra clave del discurso policial sobre la propia imagen: la presión por la consecución de resultados, por «parecer eficaces», a la luz de la cual deben ser interpretados los rasgos que definen la «personalidad policial»: la exposición al peligro y el ejercicio de la autoridad[84]. Así, en este plano del discurso policial, la desconfianza aparece como una necesidad para obtener resultados en el trabajo policial.

> d) Yo pienso igual, también, pienso que nuestro trabajo, de hecho, es ser desconfiado, porque si no, no coges nada. Nuestro trabajo se sitúa, yo diría, en tres ámbitos, el administrativo, el de seguridad ciudadana y el judicial. En los tres, a mi parecer, es que desconfío de la ciudadanía, pero… en los tres, es decir, confianza cero (RPMN, DEP).

En el imaginario profesional de la policía, la desconfianza es una actitud poco menos que ineludible en el «verdadero trabajo policial», que no es otro que el trabajo policial en las calles. En este sentido, la desconfianza y las prácticas mediante las que ésta se expresa –entre las cuales, las paradas, las identificaciones y los registros— aparecen como consustanciales al ejercicio profesional. El análisis de las narrativas policiales pone de manifiesto dos elementos que sirven de base a estrategias discursivas de justificación y legitimación de la desconfianza. Por un lado, la experiencia y la estadística; por otro, la identificación del trabajo policial con la actitud desconfiada.

De manera consistente, los policías sostienen que su experiencia laboral confirma los prejuicios que tienen y que la estadística policial no hace sino sostener que, efectivamente, tienen motivos para desconfiar de determinadas personas, de determinados grupos sociales.

> b) … Cuando ya te la han dado 40 veces, dices… 'me la estás colando. Vas siempre sin cinturón y ahora dices que vas aquí a…' (RPPO, PAT).

Aquí, el recurso a una disciplina científica como la estadística juega un papel claramente legitimador de las propias explicaciones y predicciones, lo cual, hay que subrayarlo, no es

---

[83] MONJARDET, «La culture professionnelle des policiers », *Revue Française de Sociologie*, 1994, pp. 393 ss.

[84] SKOLNICK, *Justice without trial. Law Enforcement in Democratic Society*, Wiley, New York, 1966, p. 44.

exclusivo del colectivo policial. Claramente, este recurso se orienta a objetivar las aseveraciones policiales en relación con el comportamiento de determinados sectores sociales, a hacer pasar la experiencia por «realidad objetiva». El policía intenta confiar, pero su trabajo le *demuestra* que hay que desconfiar, que hay que seguir las intuiciones y los prejuicios. Desde la perspectiva policial, estos no son juicios previos o al margen de la experiencia, sino que es la experiencia, la estadística, la que le muestra que hay que desconfiar.

> b) yo, personalmente, intento siempre confiar en el ciudadano más que desconfiar, ya después tendré tiempo para desconfiar, porque yo, personalmente, lo que no haré es el primer día desconfiar, sino que hablaré con él, hablaré con la otra parte y después veré, hostia, sí, pues me la ha pegado o no. Yo, personalmente, intento siempre confiar en el ciudadano, aunque sea un calandraca, pero que a veces prejuzgamos a la gente ya solo por lo que decía él, por el físico, o por la forma o no sé qué, aunque sea quien sea intento confiar, ya después ya veremos.

> b) pero, estadísticamente ¿qué os habéis encontrado más? Realmente lo que, la primera intuición, impresión vuestra que os ha llevado a una actuación, ¿os habéis equivocado mucho o al final lo habéis acertado? Yo, personalmente, la primera intuición la he acertado; esto no quiere decir que no me haya equivocado nunca, a veces me he equivocado (RPPO, PAT).

Para los policías, los prejuicios no son «cosa suya», no son una construcción que configura determinadas personas y grupos sociales de una manera u otra, es que «la gente es así», tal cual la piensan. No son prejuicios, es «estadística».

> b) influye si nuestra experiencia… no por las personas en sí, sino si nuestra experiencia nos dice que, en ese parque, normalmente, todos los grupos de sudamericanos están consumiendo sustancias, entonces tú vas con prejuicios y cuando vas a ese parque, si hay un chavalito que es sudamericano y por desgracia no consume, tú vas a tener… ¿rectificarás? (RPMN, PAT).

Mediante este recurso, los agentes intentan explicar una realidad social a través de «la verdad de los números», porque los números «no engañan», hasta el punto de que, con él, se distancian de los prejuicios que no niegan. Como se ha señalado, comparten los prejuicios que configuran determinados grupos sociales como una amenaza que merece la desconfianza; sin embargo, se desentienden del proceso social que construye esos grupos como peligrosos, porque, desde su perspectiva, la experiencia los lleva al prejuicio, no al revés.

Por otro lado, esta estrategia de legitimización pone en el mismo plano la desconfianza y el cumplimiento el deber: desde la perspectiva policial, hay que desconfiar porque el trabajo policial consiste, precisamente, en eso. Los policías expresan que son desconfiados porque no pueden hacer otra cosa si quieren cumplir con su obligación. La desconfianza aparece en el discurso policial como un rasgo funcional del desempeño profesional, como parte del trabajo policial bien hecho. Lo contrario, el hecho de no desconfiar, se muestra como sinónimo de problemas para el policía, de riesgos tanto para su integridad física como para su integridad jurídico-profesional, pues no desconfiar –no comprobar, no confirmar, no descartar, no asegurar— puede llevar aparejada la sanción tanto informal como formal de iguales y superiores.

En este contexto, cabe entender la parada y la identificación como recursos mediante los que el policía asegura el cumplimiento de lo que considera un deber.

> d) es que, claro, el hecho de los prejuicios…, sí que por desgracia tenemos muchos prejuicios, pero a veces son un poco justificados, porque por la experiencia que nos vamos encontrando… tú llegas a un robo con fuerza y… tienes que analizar siempre, tienes que analizar…, tú puedes llegar y te encuentras un tío que sale con unos alicates y con un destornillador o, por ejemplo, encontramos unos tíos con unas mochilas y salían de unas casas, y abrimos y tienen unos destornilladores y… hostia, acabas de pegar algo, entonces ya, ya sabes que…, que no puedes confiar en esa persona. Que luego te puedes encontrar que no, que es el fontanero que acaba de venir a arreglar eso, pero ya la marcas, desde el principio.
>
> b) yo creo que nuestro trabajo es desconfiar (RPMN, PAT).

En el fragmento siguiente, dicho «deber» se relaciona explícitamente con la identificación.

> f) Somos desconfiados porque nuestro trabajo trata de la libertad de las personas; … y si te equivocas, pillas… por lo tanto, eres desconfiado, eres desconfiada dentro de… si no lo veo claro, identifico y el juez ya lo llamará. Es que tiene que ser así… (RPMN, DEP).

Para los policías, la desconfianza es inevitable, porque –en sus propias palabras— el ejercicio profesional lo exige. Sin embargo, no hay ninguna exigencia explícitamente formulada en los reglamentos policiales. Esto remite, una vez más, a la naturaleza disposicional de esta actitud policial que forma parte del sistema de estructuras que generan y organizan las representaciones y las prácticas policiales. La regularidad de la desconfianza en el comportamiento policial se explica por dicha naturaleza disposicional que opera como principio organizador que no está impuesto por ningún actor exterior –un procedimiento, un protocolo, un mando, la organización—. En definitiva, la desconfianza forma parte del *habitus* policial, la «piedra angular» desde la que los policías, en su trabajo, leen y organizan el mundo social en toda su complejidad[85].

Los policías no quieren verse como desconfiados, es que «son así». Ellos «no piensan que desconfían». Han interiorizado la desconfianza hasta el punto de que, en el discurso policial, aparece más bien como un rasgo de la personalidad policial.

> a) Yo no quiero que nadie piense que yo salgo a trabajar y desconfío de todo el que vea. A mí, si no me dan motivos para desconfiar, yo soy confiado, pero yo me tengo que acercar a alguien, yo no voy en plan de defensa, pero tampoco voy en plan latino, de acercarme a todos, porque no sé con quien… Entonces ¿tengo que pensar que tengo que tomar estas medidas de desconfianza con alguien? No, no pienso… 'oye Juan, no te acerques; oye, Juan, no hagas esto…' Yo no pienso, es que…ya lo tengo de una manera tan interiorizada que si alguien, una tercera persona, me dijese 'ostras, lo que has hecho parecía como si desconfiases totalmente de esa persona…' pero no es que confíe ni desconfíe, es que es mi forma de interactuar, mi forma de acercarme, mi forma de trabajar (RPMN, DEP).

Un tercer argumento mayor que justifica la desconfianza en el discurso policial es el que sostiene que los agentes se autoperciben como desconfiados porque aseguran que el trabajo policial los ha hecho así. Este argumento se articula fundamentalmente en base a dos elementos insistentemente definidos en la literatura sobre la cultura policial: la exposición al peligro y la aversión al riesgo, por un lado, y el carácter imprevisible del trabajo policial, por otro.

---

[85] AGUILAR, *Miríada: Investigación en Ciencias Sociales*, vol. 9, núm. 13, 2017, p. 281.

Incluso en el caso de los policías que prestan su servicio en dependencias policiales, el peligro inherente al trabajo en las calles es un elemento que sirve para organizar el discurso sobre la autoimagen, sobre el carácter más o menos desconfiado de la profesión. Para los policías, trabajar en la calle equivale a enfrentarse a la ciudadanía, por lo que, al menos a nivel discursivo, la ciudadanía aparece configurada como un peligro en sí misma.

La ilustración del trabajo policial pasa, siempre, por los riesgos más extremos, el peligro de muerte, hasta en el caso de los policías que tienen su puesto de trabajo en oficinas.

> d) En el ámbito de la Seguridad ciudadana, como bien ha dicho el compañero, el objetivo es llegar a casa; por lo tanto, tienes que desconfiar, tienes que valorar una persona que tienes delante, no le tienes que demostrar la desconfianza, pero la tienes que tener siempre… por el rabillo del ojo, no la tienes que perder de vista y a ver qué hace, porque en un momento dado lleva cualquier sustancia y la tira, o lleva un arma y te ataca… (RPMN, DEP).

La exposición al peligro y el riesgo que siempre entraña el trabajo policial es otro elemento que aparece una y otra vez en los discursos sobre la desconfianza, y lo hace casi siempre de una manera particular y, en cierto modo, distintiva. Para los policías, el peligro es siempre imprevisible. A diferencia de otros colectivos que están igualmente expuestos a peligros en su ejercicio profesional, cuando los agentes de policía explican su trabajo y se refieren a las situaciones concretas en las que lo desarrollan, el peligro es siempre un peligro acechante. Se trata de un peligro mucho menos calculable que el que entrañan los riesgos que amenazan a otras profesiones.

En su trabajo, los policías no se enfrentan a riesgos matemáticamente establecidos de amenazas físicas o medioambientales, sino a la reacción de las personas con las que intervienen a propósito de una casuística muy diversa. Desde la perspectiva policial, esta reacción siempre es adversa. Su gravedad varía, pero los agentes expresan la necesidad de estar siempre preparados para responder, en cada esquina que giran, en cada puerta que pican, en cada control que establecen, a algún peligro; desde la reacción airada al enojo o a la agresión verbal de los que no están de acuerdo con su intervención a la agresión armada. Esta necesidad sería la causa de que los policías desarrollen atajos cognitivos para identificar los elementos de su entorno que pueden suponer una amenaza, entre los cuales «personas cuyos gestos, lenguaje y atuendo puedan ser reconocidos por el policía como un preludio de violencia»[86].

Por otro lado, esta caracterización del peligro en el discurso policial está estrechamente relacionada con otra de carácter más general, que se refiere al ejercicio profesional en su conjunto. Desde la perspectiva policial, si hay algo que distingue el trabajo policial de otros es su naturaleza imprevisible. En las narrativas policiales, la justificación de la desconfianza se basa, también, en el carácter imprevisible del trabajo policial. Para los policías, cada intervención es diferente y, ante una realidad laboral marcada por este hecho, los agentes sostienen que no pueden sino adoptar una actitud precavida en su trabajo cotidiano, que anticipe peligros y calcule riesgos, porque siempre deben esperar «cualquier cosa» en cualquier intervención, lo que va, en el discurso policial, desde la falta de consideración a la desobediencia o a la agresión física.

[86] SKOLNICK, *Justice without trial. Law Enforcement in Democratic Society*, 1966, p. 266.

Esa imprevisibilidad genera inseguridad y desconfianza en los policías. Ello, a su vez, se ve reflejado en las interacciones que tienen con la ciudadanía, cuando intervienen, por ejemplo, para identificar y registrar a una persona, y en la forma en que se desarrollan dichas intervenciones.

> d) lo que dice él (e) es verdad, tener una atención, analizar las cosas, siempre, hasta que no te vas relajando, hay una desconfianza, cuando tú llegas a un sitio, tú no sabes lo que te vas a encontrar ¿Cuántas veces nos dicen los malos, cuando los identificamos, 'hombre, es que has entrado fuerte'. Hombre, claro, entro fuerte porque no sé con quién estoy hablando, no sé quién eres, no sé si me vas a sacar un cuchillo, no sé si me vas a intentar hacer algo... luego ya te vas relajando, pero, en un principio, yo desconfío de todo el que tengo delante... (RPMN, PAT).

En el trabajo policial es difícil hacer previsiones, es difícil controlarlo todo. A pesar de la experiencia, a pesar del conocimiento que pueda tener, el policía no se confía, no debe confiarse. No puede fiarse ni de los requerimientos de carácter asistencial, ni cuando alguien pide ayuda...

> a) tenemos que estar alerta porque, a lo mejor, los incidentes te llegan y te dicen 'oye, que hay una pelea entre una pareja en el bar tal...' 'hostia, el bar este me suena, el bar este..., a ver qué me encuentro', y llegas allí, a lo mejor, es una batalla campal entre diez personas y.... o vas a una casa, lo que decía antes ella, 'oye, que le ha quemado el fuego', y de repente, el hijo esquizofrénico le ha pegado fuego a la casa. Entonces, sí tienes conocimiento, pero siempre te puede sorprender algo... y lo que llega, la persona que llama al 112, muchas veces, que lo sabéis vosotros de sobra, a lo mejor es totalmente diferente... no tiene nada que ver (RPMN, PAT).

No hay dos situaciones iguales, no hay intervenciones iguales, no se puede generalizar, por lo que los policías no pueden fiarse de nada ni de nadie. Deben desconfiar.

> d) la clave es lo que ha dicho la compañera, que no se puede generalizar, esa es la clave de todo... (RPMN, DEP).

En el trabajo policial, lo habitual es enfrentarse a lo desconocido, a lo imprevisible, al peligro acechando siempre «detrás de la puerta». Porque los policías, incluso desde la perspectiva de los que habitualmente trabajan en oficinas, «no ven», «no saben»: ¿cómo confiar?

> f) ¿Sabes lo que más miedo me da? Cuando vas a una casa a un requerimiento, cuando te abren la puerta, esto es lo que más miedo me da... Cuando abren la puerta, hasta que no ves quien hay dentro... (...) porque no vemos... aunque sea un chalet de un millón y medio de euros, tú no sabes la problemática de esa persona, tú no sabes si es poseedor de armas o no, tú no sabes qué reacción tendrá, tú no sabes mil cosas... a veces coges la citación y lo primero que yo hago, 'ostras, la citación, ¿de qué va? ¿de imputar, de testigo, en calidad de qué cito yo a esta persona? ¿Quién es? antecedentes...' confirmo... y todo esto, cuando vas al domicilio '¿me esperan? ¿no me esperan? ¿estarán? ¿no estarán? ¿cómo reaccionarán? Cuidado...' todo esto, no lo piensas, lo haces porque es nuestro trabajo ¿y te fías? No, pero vamos, no en negativo. (RPMN, DEP).

La imprevisibilidad asociada al trabajo policial conecta con una dimensión que habitualmente pasa desapercibida: la autonomía del policía en las calles y lo que esta autonomía supone en términos de inversión de la disciplina jerárquica que define la institución y las relaciones laborales que tienen lugar en ella. Dicha autonomía, que remite a la idea de discrecionalidad, ha

sido definida como la clave de la explicación del funcionamiento de las organizaciones policiales y la conducta de sus miembros «al margen de la lógica organizacional»[87].

El carácter imprevisible de las situaciones en las que los policías intervienen los sitúa en una posición desde la que fácilmente pueden escapar de las prescripciones de los procedimientos, los protocolos y los reglamentos, así como de las planificaciones de su trabajo cotidiano. A pesar del detalle del programa de trabajo que sus mandos han previsto para ellos, los patrulleros están en disposición de organizar ellos mismos su propia disponibilidad –y su propia indisponibilidad— por medio de la *creación* de situaciones: ante la proximidad de un control planificado, pueden decidir intervenir en cualquier asunto, a partir del más mínimo motivo –el seguimiento de un vehículo sospechoso, la denuncia de una infracción administrativa o la identificación de una persona, entre otros— que justifique la suspensión, aunque sea temporal, de la planificación.

Desde luego, todas estas constricciones impuestas jerárquicamente existen, pero las rutinas policiales están compuestas por una parte prescriptiva y una parte discrecional que, en la práctica, desborda las pretensiones y las posibilidades de codificación reglamentaria y de control del trabajo policial. Las policiales son organizaciones marcadamente jerárquicas. Sin embargo, la discrecionalidad de los agentes de base en el desempeño cotidiano de su trabajo es una característica esencial de estas organizaciones; una discrecionalidad que, si bien no niega o neutraliza la naturaleza jerárquica de las relaciones laborales en la policía, sí que permite a estos agentes administrar sus márgenes.

La autonomía policial se concreta en el «proceso de selección» que articula el ejercicio profesional cotidiano[88]. Los agentes situados en primera la línea de la prestación de servicios tienen un amplio margen de apreciación en sus intervenciones, esto es de definir las situaciones en las que intervienen, de establecer las prioridades en dichas intervenciones y la manera concreta de llevarlas a cabo. No es que no existan el liderazgo o la dirección burocrática en la policía[89], ni que desobedezcan las órdenes y dejen de atender las planificaciones o las indicaciones de sus mandos. Lo que ocurre es que el Estado les reconoce explícitamente esta potestad discrecional[90]. En ambos casos, ante órdenes y planificaciones, los agentes se reservan, en última instancia, esa facultad de acabar de definir la situación, de identificar por sí mismos eventuales infracciones o peligros potenciales. Es decir, en relación con las identificaciones y los registros, podemos establecer que, en el ejercicio de esta potestad, cada agente *construye* la justificación de su decisión de parar a una persona en base a aquella definición de la situación en la que interactúa con ella, y este proceso está más dominado por la subjetividad de su protagonista que por las regulaciones de la organización burocrática, entre ellas, las previstas en los procedimientos normalizados de trabajo sobre las identificaciones y los registros, las cuales, lógicamente, prohíben cualquier forma de discriminación. En este sentido, este poder de apreciación se configura como la base de la normalización de la desviación respecto de las previsiones normativas y de la planificación de servicios[91].

---

[87] MONJARDET, *Ce que fait la police: sociologie de la force publique*, 2010, p. 182.

[88] MONJARDET, *Ce que fait la police: sociologie de la force publique*, 2010, p. 46.

[89] PEARSON/ROWE, *Police street powers and criminal justice*, 2020, p. 11.

[90] JEFFERSON/GRIMSHAW, Inter*preting Police Work. Policy and Practice in Forms of Beat Policing*, 1987.

[91] SKLONICK, *Justice without trial. Law Enforcement in Democratic Society*, 1966; BITTNER, *The functions of the police in modern society: A review of background factors, current practices, and possible role models*, 1970; WILSON, *Varieties of Police Behaviour: The Management of Law and Order in Eight Communities*, 2009.

Sin duda, uno de los aspectos más controvertidos de las paradas policiales remite a la sobrerepresentación de determinados colectivos en las estadísticas policiales, particularmente «supuestos nativos» y «minorías visibles»[92]. La principal interpretación de esta realidad contrastada se basa en la relación que hay entre la existencia de estereotipos específicos en la profesión, la proyección desigual de la confianza y la desconfianza policial en la estructura social, y los cursos de acción que desarrollan los policías[93].

Los policías establecen diferentes niveles de confianza en sus relaciones con la ciudadanía. La (des)confianza policial en la ciudadanía es selectiva, es cuestión de grados, y configura claramente una serie de categorías sociales que son reflejo de la estructura de poder en la sociedad[94].

Por un lado, el nivel de confianza policial se establece racionalmente, en base a la conducta del otro, a signos observables y observados en su comportamiento, y es contextual, pues depende de las circunstancias en la que se desarrolla la interacción con él o ella.

En las narrativas policiales, predomina la idea de que la confianza en la ciudadanía –un hecho que, en la medida que sucede «a veces», aparece como excepcional– es el resultado de un proceso racional, consciente y orientado, de análisis de las informaciones relativas a la persona con la que han de intervenir y/o a las circunstancias en que se desarrollan sus actuaciones.

> a) a veces también hemos dado este margen de decir esta persona merece confianza…
>
> c) sí, porque usted ¿de dónde es? De aquí, lo conoces más o menos… o te suena, o lo has visto más veces…, de esto, te fías (RPPO, PAT).

Esta variabilidad en la confianza policial se explica a partir de la diversidad social. Desde la perspectiva policial, la ciudadanía no es un bloque homogéneo y ello lleva a los policías a modular su «trato» de acuerdo con las «diferencias culturales». Hay grupos que merecen un trato y «unas palabras más correctas», porque tienen «cultura», mientras que hay otros que no.

> d) Hay que ser polivalente, porque tú vas a un incidente y tratas con una persona que tiene un nivel cultural determinado, o tratas con un juez o tratas con un fiscal y lo tratas de una manera, pues lo tienes que tratar de una manera y le dirás unas palabras más correctas, en cambio como le digas las mismas palabras a otra persona que, que… no tenga cultura, pues… repítemelo porque es que no me he enterado de nada, hablas muy bien, pero es que no sé lo que dices… (RPMN, DEP).

La desconfianza policial es, pues, selectiva: no se desconfía como principio, sino según con quién:

> a) desconfiar… según con quién, no como principio, sino… según con quién… (RPPO, PAT).

---

[92] MAILLARD et al., *Policing and Society*, vol. 28, núm. 2, 2016, pp. 175 ss.

[93] BOWLING/PHILLIPS, «Disproportionate and discriminatory: Reviewing the evidence on police stop and search», *The Modern Law Review*, vol. 70, núm. 6, 2007, pp. 936 ss.

[94] REQUENA HIDALGO, *La confianza policial en la ciudadanía. El caso de la Policía de la Generalitat-Mossos d'Esquadra*, Capítulo 6.

En el discurso policial, la diversidad social y cultural, expresada por la existencia de minorías étnicas y de personas migradas, es un elemento catalizador de la desconfianza en la ciudadanía. Desde el punto de vista policial, la diversidad social y cultural aparece como problemática y peligrosa. Es sinónimo de diversidad de problemas.

En dicho discurso, la obstaculización o la oposición al trabajo policial se ilustra con categorías que expresan dicha diversidad.

> d) ... y si muchas veces te llaman y, por ejemplo 'no, mira, es una persona de...' un negro, ¿vale?, y paras a un negro y lo primero que te dice el negro es que me has parado porque soy negro... ¿vale?, es el ejemplo más típico... pues no, 'te he parado porque el autor de los hechos es negro, no porque seas negro', o 'me has parado porque, porque, porque soy gitano'. No.
>
> e) esa es la percepción de la persona...
>
> d) por eso, mira, te he parado porque...
>
> b) eso lo tienen siempre, para dar por saco.
>
> e) hombre, yo creo que para dar por saco... (risas)
>
> b) hombre, los gitanos donde vivo yo, no me digas tú... ¿Cómo son los gitanos? los gitanos son muy cansinos, ay payo... para que digas, mira, te dejo por imposible, me voy, no sé qué... (RPMN, PAT).

En el discurso policial, las referencias a la diversidad social y cultural vehiculan la amenaza que supone el terrorismo yihadista y la justificación de la desconfianza. Con ella, los policías no pueden «ir relajados». Es una prevención que, discursivamente, se extiende al conjunto de la población, porque los agentes se ven obligados a «ir con cuidado» en relación con toda la ciudadanía.

> b) Si fuese un país... no se, me lo invento, ahora tiro de... un país nórdico, donde nunca pasa nada, que la policía allí esta... que hay alguien que va sin chaleco y sin arma, que no llevan nada, pero estamos en un país en que tenemos diversidad de culturas, diversidad de problemas y esto te hace, pues te hace actuar de esta manera.
>
> a) estamos amenazados por el tema yihadista...
>
> b) Amenazados, atentados, bien, pues tienes que estar atento... si estuviésemos viviendo en un país... digo nórdico por no decir otro país ¿vale? pues seguramente iríamos mucho más relajados y pensarías 'nunca pasa nada', hasta que pasa ¿eh?, pero iríamos más relajados y seguramente confiaríamos más en entrar más directos y sin inseguridad y esto, pero el hecho de vivir en la época, en la situación y etc. etc., y donde vivimos, pues genera que tengamos que ir con cuidado. Es así... (RPPO, DEP).

En esta línea, los policías reconocen que, en base a su experiencia profesional, confían o desconfían en función del tipo de personas, «más que en lo que puedan decir», léase hacer. El nivel de confianza, «la predisposición», «el pensamiento», está en función del «tipo de persona», de la categoría a la que pertenezca.

> a) entonces también me he dado cuenta de que, con el paso del tiempo, más que lo que puedan decir, influye mucho también el tipo de persona que se te acerque, digamos... en función de la persona, por

> lo que sea, tienes una predisposición u otra, o tienes un pensamiento u otro, inicial; después puede variar, claro.
>
> b) ¿Tipo? ¿La pasta?
>
> a) No, la persona en sí. Si es… es que ahora no te sabría decir; por ejemplo, me preguntas qué espero de una persona digamos normal y corriente, y tu me dirás '¿qué es una persona normal y corriente?' No sé, dentro del mundo policial todos sabemos lo que es una persona normal y corriente… (RPPO, PAT).

Una primera aproximación a esta expresión diferencial de la (des)confianza policial remite a la idea de normalidad: al grado de ajuste del otro –de su comportamiento, de su condición— a determinada idea de normalidad. Desde la perspectiva policial, el ciudadano normal es el que no da problemas a los policías, el que sigue sus indicaciones.

En el discurso policial, la normalidad aparece asociada al respeto de la Ley, representada por Dios: es normal el que se comporta «como Dios manda»; una normalidad relacionada con una normatividad que sitúa más allá de sus límites determinadas expresiones de la estructura social, como la falta de recursos: no es normal ir con un coche «destartalado».

> c) no, no, también es el criterio que tú tengas, porque claro, si tú tienes allí delante, y ves que… lo que decíamos antes, no va con un coche destartalado ¿no? Ves que es una familia como Dios manda, normal, ¿no? (RPPO, PAT).

En las narrativas policiales, la normalidad se asocia a la familia, la cual, en tanto que institución paradigmática de una sociedad normalizada, aparece vehiculando la confianza en el discurso policial. En él, la familia aparece cuando quiere expresarse confianza. No se hace uso del arma de fuego ante una familia. Si va «en familia», el que tienes delante es un «pobre hombre», es decir un hombre que no constituye, en modo alguno, una amenaza.

El concepto trabajo tiene una función análoga. Una persona conduciendo un camión es una persona trabajando. En el discurso policial, el que trabaja no puede ser una amenaza «mayor».

> c) también, por ejemplo, nosotros en Tráfico, si tú paras a una persona, una familia, y no vas ahí ya… pensando que te sacará un arma, lo que pensarás es que el pobre hombre, bien, ha cometido una infracción o lo paras para denunciar un radar o paras un camión… un camión, pues un camión no vas allá «baje del coche, a ver»… (RPPO, PAT).

Desde la perspectiva policial, las personas consideradas no normales no son dignas de confianza. Con ellas, a diferencia de lo que pasa cuando intervienen con «personas normales», los policías no se pueden relajar.

> a) yo, en el bloque en el que vivo, si hay 27 personas, o 27 coches, pues el que yo veo que no desto, lo paso, le cojo la desto y lo miro, claro, porque nunca sabes… a ver, si es una persona normal, vale, pero igual se te cuela… puedes tener sorpresas, claro, una cosa dentro de tu privacidad… (RPPO, DEP).

Cuando los policías «buscan», lo hacen fuera de «la normalidad».

> a) sí, si hacemos controles y tenemos que parar un coche para identificar, no paramos un matrimonio normal, sino que buscamos... (RPPO, PAT).

Claramente, esta clasificación policial de la ciudadanía está relacionada con un elemento central de la cultura profesional, con el carácter conservador de la misma. Las visiones policiales sobre lo que es normal y lo que no lo es remiten a la relación entre el trabajo policial y el orden social. Las culturas policiales reflejan y aseguran el mantenimiento de las diferencias de poder en la estructura social y la definición del statu quo es una expresión de dichas diferencias. En su trabajo, los policías participan en la modulación de los equilibrios en las relaciones de poder en la sociedad: en este sentido, son «políticos de esquina»[95]. En el discurso policial, la normalidad se equipara con el orden y se define por oposición al desorden, que tiene su reflejo en la anarquía. Y el orden es el que establece la Ley, las reglas del juego en cuya definición no todos los grupos sociales tienen la misma capacidad de participar e influir.

La desconfianza policial lleva a la categorización de la ciudadanía en función de su potencial para crearle problemas en el trascurso de su trabajo y de su grado de alineación con el sistema de valores policial[96]. Entre estas categorías, las hay amplias y genéricas, como las que resultan de dividir la población entre los «normales y corrientes» y los que no lo son, o entre las «personas respetables» y las que no merecen respeto; entre «los elementos desordenados y aquellos que desafían o aquellos que aceptan los valores morales de la clase media que la mayoría de los policías respetan y observan profundamente»[97]; entre «gobernables y rebeldes (...), aquellos que pueden sublevarse en contra de la autoridad policial y aquellos que no lo harían»[98]. Pero, dentro de éstas, hay matices que encontramos en el discurso policial más extendido, independientemente de los perfiles profesionales que tomemos en consideración.

El discurso sobre la desconfianza se articula a partir de categorías como la del ciudadano cliente, las personas que acuden a la policía por interés, porque la necesitan, pero que, en realidad, desconfían de ella; o las que critican y se quejan del trabajo policial, las cuales, como «los malos», recelan, por ejemplo, de los controles policiales y las identificaciones; o las que no colaboran con el trabajo policial, las que lo entorpecen y hacen «que los temas no cuadren», las que «vacilan» al policía que interviene con ellas.

Como hemos venido viendo, la clase social tiene una relevancia especialmente destacada en la articulación del discurso policial sobre la(des)confianza. Aunque los policías insistan en que no se pueden fiar de nadie, en sus narrativas hay indicadores de clase que les sirven para referirse a diferentes niveles de confianza en las interacciones que tienen con las personas con las que intervienen: por ejemplo, el coche que conducen o la ropa que visten. La desconfianza tiene que ver con vehículos de gama baja –no con los Mercedes—; con la apariencia, con el aspecto que confiere la ropa y los complementos que uno viste, con «ir dejado». En el discurso policial, todas estas categorías –los pobres, en sus muy diversas «formas»: personas sin recursos suficientes, personas inmigradas, jóvenes— se asocian a problemas para los policías y su trabajo.

---

[95] MUIR, *Police: Streetcorner Politicians*,1977.

[96] LOFTUS, *Police Culture in a Changing World*, 2009; FASSIN, «A moral interpretation of police deviance», en KARPIAK/GARRIOT (eds.), *The Anthropology of Police*. Routledge, Londres, 2018, pp. 175 ss.

[97] REINER, *The Politics of the Police*, 1992, pp. 117-118.

[98] MUIR, *Police: Streetcorner Politicians*, 1977, pp. 156-157.

Las «pintas» –se defina como se defina este estilo de vestir, es el de las clases no pudientes— se asocian, todavía, con el pelo largo y los pendientes, atributos de los jóvenes.

> c) lo que te estoy diciendo es que, según el coche que paro, si te lo dice uno o te lo dice otro, desconfías más o desconfías menos.
>
> b) bien, pero tú estás diciendo que el Mercedes seguramente tendrá seguro y el otro, el destartalado, éste igual no porque…
>
> c) porque te fías más del Mercedes que del que lleva un coche…
>
> b) no, yo esto no…
>
> a) y quizá no tiene nada que ver porque quizá el otro (el del Mercedes) es más cabrón que el otro…
>
> c) claro, pero si yo no estoy diciendo que sea mayor o peor, que desconfíes… la apariencia pues te…
>
> b) hoy en día, si tiene alguna cosa, algún marrón o lo que sea, ya se cuida más la apariencia de decir… no confiaras, las estafes mismas, se intenta llevar una apariencia de lo más (…) posible que no con el pelo, dos pendientes (…) unes pintas (…) hoy en día si quieres hacer una estafa, se cuida más… no puedes confiar, tampoco (…) (RPPO, PAT).

A diferencia de lo que pasa en las ciudades, en los entornos más rurales, como el de la RPPO, las «pintas» son indicador de «problemas»: consumo de drogas, robos, etc. Desde la perspectiva policial, «no es una cosa aleatoria», léase arbitraria. En esta línea, el trabajo policial consiste en eso, en confirmar el prejuicio: que las personas que tienen «malas pintas» tienen antecedentes policiales y, en este sentido, son una amenaza.

Aunque saben que no debería ser así, que no puede identificar por «aspecto o aleatoriamente», por las pintas, lo hacen… porque su trabajo consiste en eso.

> b) pero en el fondo, en el fondo no, en la práctica, viene dado que si siempre identificamos básicamente un perfil de personas, en una ciudad quizá no, pero en una ciudad pequeña o en un pueblo grande como este pues sí, llega un tipo con mala pinta… pues sí, lo identificas, pero no es una cosa aleatoria ni nada, sino que denuncias de consumo, por robos, y el trabajo policial, en el fondo, tiene que ser éste. Pero se tiene que evitar, ¿no? el hecho de identificar por aspecto o aleatoriamente (RPPO, PAT).

Desde la perspectiva policial, las personas que tienen según qué aspecto, los que van «dejados», los que no tienen recursos para no ir «dejados» en oposición a los que llevan corbata, no merecen confianza. En este sentido, la desconfianza policial, como la del conjunto de la población, es selectiva en relación con los niveles de renta.

> a) Mira, antes lo hemos comentado, que tú llegas allí y ves que la persona está muy dejada, que ves… igual es una muy buena persona que, por condiciones de la vida, está así y… en cambio, uno con corbata seguro que te la intenta meter, pero tú, lo ves dejado, lo ves mal vestido y dices, ostras, bien, por desgracia, en la sociedad en la que estamos es un prejuicio que… igual aquella persona es la mejor del mundo y haría lo que no hace… este sería un input, o la forma en que habla, o el tono de voz…

> d) bien, pero estos prejuicios no los tienes en la policía.. todo el mundo. En la calle, cuando ven una persona mal vestida intentan o disimular o mirar..., o cambiar de acera o no pasar por delante, seamos realistas.
>
> c) somos un reflejo de... quiero decir, ¿no somos de la sociedad? Somos de la sociedad y también tenemos estereotipos, totalmente (...) intentamos..., encasillamos a la gente... mira, traje y corbata, pues debe ser banquero, o abogado... pues no lo es. O va hecho unos zorros, pues no, pues tiene más dinero que todos nosotros juntos pero viene del huerto. Todo esto nos lo planteamos, pero lo hacemos, lo hacemos no porque, bien, porque yo que sé, porque formamos parte de la sociedad e imanta a todo el mundo; después realmente te haces el planteamiento de decir «uy, qué mal, no, he dicho que era para... » (...) y no... «joder, ya me vale».
>
> d) somos personas (RPPO, DEP).

La de los delincuentes es otra categoría clave en el discurso policial sobre la desconfianza. En él, la delincuencia y las personas delincuentes sirven para explicar la modulación de la desconfianza.

> b) pero es que al final todo es un juego, y ellos ya lo saben, jugamos todos un poco y al final, refiriéndonos a la confianza, es realmente..., yo creo que estamos todos un poco así, de acuerdo, cada uno en su..., yo creo que al final siempre entramos con un poco de desconfianza y después, pues depende de las circunstancias, depende de si estás con un delincuente o con uno que no es delincuente..., la cosa cambia dependiendo de la persona y de las circunstancias. (RPMN, PAT).

En dicho discurso, los antecedentes policiales siempre son motivo de desconfianza. Los policías desconfían de las personas que han cometido alguna infracción alguna vez. Porque, desde la perspectiva policial, quien tiene un antecedente, tiene o tendrá más, relacionados con drogas, con violencia de género, con conducciones etílicas. Los antecedentes hacen «malas» a las personas «normales», las que se ajustan al patrón de familia tradicional: un padre de familia con mujer e hijos. Como muestra el fragmento siguiente, los policías no *saben* cómo expresarlo, pero según qué personas, en según qué sitios y a según qué horas... No saben cómo expresar que no hay una base racional para el establecimiento de niveles de confianza, para desconfiar de las personas con antecedentes.

> a) la verdad es que los antecedentes, a nivel de respuesta policial, no ayudan... no debería ser así, pero no ayudan; evidentemente, no ayudan digamos a la persona, porque claro...
>
> b) Una persona que tiene antecedentes...
>
> a) antecedentes por un hecho delictivo concreto, pues...
>
> b) te predispone...
>
> a) es más fácil que tú puedas pensar que, siendo aquella persona, en aquél lugar, momento y hora... es más..., no sé cómo decirlo.
>
> b) se repite mucho... por ejemplo, hay gente, no mucha gente, pero que... con salud pública no solo tienes un antecedente; el que tiene, tiene varios. También pasa a menudo con malos tratos en el ámbito del hogar, sí que hay gente que tiene uno, de antecedente, pero con el tiempo, seguramente, hay gente que tiene dos o tres, ya desde jovencito. En Trafico no sé, me suena que hay gente con muchas alcoholemias también, seguramente (RPPO, PAT).

En el discurso policial, el hecho de que estas personas no merezcan confianza se debe a que, en el imaginario policial, la reinserción de las personas que han cometido algún delito aparece como una posibilidad bastante improbable. Según los policías, el que delinque «es malo y continuará siendo malo» y resulta que «todo el mundo tiene antecedentes», lo que, lógicamente –desde la lógica policial—, les obliga a desconfiar siempre.

> c) De todas formas, yo pienso que esto es bastante homogéneo ¿eh? quiero decir, cuando hacemos *briefings*, nos intercambiamos información y tal, normalmente coincidimos todos bastante de… «oye, fulanito vuelve a estar por la Seu», entonces todos hacen «uuuiiii»…, quiero decir que no hay nadie que diga «venga, vamos a creer en el fulanito, que igual se ha reinsertado', ¿no?
>
> a) ya te llega la información…
>
> c) no, todo el mundo… hay ciertas cosas que compartimos, pero igual tú tienes una información de reincidencia delictiva de alguien… (a: es malo y continuará siendo malo) claro, nadie piensa que se ha reformado; nadie, de verdad; yo no conozco a nadie que lo piense. Todo el mundo piensa «bueno, pues ya veremos si sigue robando coches o no… » «no, que parece que el tío últimamente… » «Bueno, ya veremos»; siempre es lo de «bueno, hasta que se junte con los colegas con los que vivía aquí… » entonces claro, sigue habiendo desconfianza.
>
> d) porque éste tiene antecedentes, pero quizá, lo que quiero decir, si tú ves una persona que no la conocemos con antecedentes anteriores…
>
> c) pero es que todo el mundo tiene antecedentes… (RPPO, PAT).

Otra categoría especialmente relevante en el discurso sobre la desconfianza es la de los jóvenes. Los policías desconfían de los jóvenes, los cuales, a ojos de los policías, aparentan ser «unos desgraciados» antes de hablar con ellos. En el discurso policial, la categoría «joven» aparece junto a la categoría «marginal». Y las personas marginales llevan a los policías a engaño, pues, a veces, llegan a la conclusión de que merecen confianza. Es decir, los policías desconfían de las personas marginales.

> c) a veces, vas a la plaza del (…) que… ves un grupo de jóvenes y piensas «ya está» y te pones a hablar con ellos y dices… «no, no, y son bastante sensatos, estos jóvenes, y desde fuera parecen cuatro desgraciados»… (RPPO, PAT).

En la narrativa policial, la juventud aparece como una «época tonta» –pendientes, tatuajes: como si los adultos no los llevaran— que sitúa a las personas que la atraviesan en una posición de «mala persona», aunque se reconoce que, en ocasiones, cuando dan pruebas de ello, no son malos.

> a) esto también nos pasa con la cresta… hostia, éste… y puede ser, yo qué sé, el chaval lleva esos pelos de color…, pues yo que sé, porque le gusta, no sé…
>
> b) sí, sí, de entrada, ya desconfías, es igual… y después ves que no, que igual es un chaval… la época tonta esta de los 16 años que voy así o voy con un pendiente o voy… o me hago un tatuaje de lo que sea y no, y es un chaval… un chaval… pues buena persona, no tiene porqué ser malo.
>
> a) pero de entrada ¡pam! Tienes que… tienes que comprobar que esto sea así [que sea una buena persona], porque ¿y si no es así y te hace daño, o va con otras intenciones? Pero ya sea así, o sea normal, así bien vestido ¿eh?… tienes que hacer las comprobaciones, porque… (RPPO, DEP).

Desde la perspectiva policial, los jóvenes tienen una «naturaleza transgresora» que los lleva a no respetar nada. Por otro lado, los policías sienten que, a diferencia de lo que pasaba antes, cuando ellos eran jóvenes, no son figuras que los puedan ayudar, figuras en las que puedan confiar. Debido a la manera en que *suben* actualmente: tienen unas «contestaciones», unas «reacciones» (falta de deferencia y respeto) que hacen que, policialmente, no se pueda confiar en ellos.

> (...) entonces, hay cosas que nos han salido bien, hay cosas que no nos han salido tan bien, hay cosas que nos han salido mal... y esto, solo que una cosa te haya salido mal, hace que cada vez tengas más recelo en depositar la confianza en quien sea, aunque tanga 80 años de edad ¿me entiendes? Los chavales, cada vez encuentro más jóvenes que son, por naturaleza, transgresores con las normas, con las cosas, con todo. Yo me llevo una sorpresa cuando a veces, ... «Y a ti ¿por qué te gusta ser policía? », «Mira, yo, cuando tenía tu edad, niño, mis padres me dijeron, Juan, si algún día tienes un problema, ¿ves ese chico que es policía? Te ayudarán si no están ni papá ni mamá». Ostras, yo veía al policía como una persona... no Superman, pero una persona que, si no estaba, yo tenía un problema, esa persona me ayudaría. Entonces, yo intento que confíen en mí, yo confío en ellos, pero después ves que a veces hay unas contestaciones, unas reacciones... (RPMN, DEP).

Las categorías sociales que se configuran a partir de la inmigración –marroquíes y sudamericanos— y de la etnicidad –negros y gitanos- también son especialmente significativas en el discurso policial sobre la desconfianza. Las actitudes desconfiadas, las prevenciones y las precauciones en el trabajo, la necesidad de llevar armas e ir protegidos emergen en las discusiones a propósito de estas categorías. En todo caso, la diversidad aparece claramente como un problema para el trabajo policial y sirve para explicar tanto la necesidad de estar siempre alerta como diferentes fenómenos que atentan contra la sociedad en su conjunto: desde la mentira y el consumo de alcohol y drogas hasta la violencia machista. Explícitamente, las alusiones policiales a estos colectivos y a su comportamiento remiten a estereotipos clasistas y describen espacios relacionados con el ocio nocturno, lo que, de alguna forma, los aleja de la «buena sociedad» representada por los valores del trabajo y la familia[99].

Yendo a categorías concretas, la de las personas gitanas es especialmente relevante en la narrativa policial sobre la desconfianza. En ella, la experiencia de haber intervenido con este tipo de personas sirve a los policías para explicar la necesidad de estar siempre alerta.

> d) Yo estoy en (...), yo en teoría trato con mis jefes, compañeros, y alguna vez con el ciudadano, poco. No hace tanto, fui a llevar una furgoneta al taller, una cosa tan sencilla como esta, y salgo de comisaría y a 100 metros, una pelea. Eran dos contra dos, dos que eran, digamos, pasivos, eran dos gitanos en este caso, con un hacha... «que te corto la pierna pollo esa que tienes»... y el otro, con una barra de hierro, dentro de un coche, cada vez que el otro pegaba un golpe con la barra, el otro metía los pies dentro del coche y le daba al marco de la puerta... y bien, pero lo que comentas ¿no? Quiero decir que, todo y que seas de un ámbito concreto donde el 90% del servicio sea tranquilo, de nivel 1, no quita que nos encontremos servicios como la ORC [Oficina de Atención al Ciudadano]... ¿de dónde fue, que no me acuerdo? (de Santa Coloma de Gramenet), el del tiro... correcto, sí. Somos policías, de uniforme, sin uniforme, en horas de trabajo y sin horas de trabajo (RPMN, DEP).

En el imaginario policial, muy cercano al colectivo gitano está el de las personas de procedencia latinoamericana. Para los policías, éstas «son los reyes» y, culturalmente, se relacionan con todo lo malo: la violencia machista o tráfico de drogas. Desde la perspectiva policial, las personas de

---

[99] REQUENA HIDALGO, *La confianza policial en la ciudadanía. El caso de la Policía de la Generalitat-Mossos d'Esquadra*, pp. 283-284.

nacionalidades latinoamericanas dan motivos para la desconfianza: lo muestran la estadística, los inputs (sic). Desde este punto de vista, ellos son la causa de la desconfianza policial, porque, como se ha señalado, están «concienciados» de determinada manera (les pegan a las mujeres).

> Conductor: ¿Y diríais que hay alguno como específico de la policía? Pues precisamente por vuestra labor en el día a día o cosas así, o la desconfianza ésta de decir sí, hay prejuicios como hay en cualquier ser humano y todo esto… Diríais… ¿hay alguno así específico…?
>
> a) Sí, de que sea suramericano.
>
> d) este lo iba a decir yo, ¿eh?
>
> a) bien, a ver, no; por las estadísticas, por los inputs, ¿vale?
>
> d) por la manera de vestir…
>
> a) el 70% de casos, me lo invento, eh, puede ser un 60 o puede ser un 80, en el 70% de casos este tipo de nacionalidades genera problemas porque ven más…, porque allí están más concienciados de pegar a la mujer, etc. etc. …
>
> d) tráfico de sustancias…
>
> a) bien, da igual, hay inputs…
>
> c) los reyes, son los reyes, las estadísticas más altas, tenemos estereotipos de muchas cosas, estamos en comisaría y viene una maría andando poco a poco… poniendo cara de… de mala de aquello, y dicen (…), esta es pa'ti seguro (…) (RPPO, DEP).

En los discursos analizados, las personas de origen latinoamericano –«playa», «tres de la mañana»— son sinónimo de «problemas», «100%», sin discusión, sin lugar a la posibilidad de que alguna tenga un comportamiento «no problemático». En este caso, la categoría «problemática» de los latinoamericanos se ve asociada a espacios de sociabilidad concretos, los del ocio: la playa y la noche.

> a) Sí, yo este año… ahora ya no tengo estas actuaciones porque hace muchos años, y es diferente aquí arriba, pero salí con este concepto, y suramericano también, suramericano era problema, o sea, verano, playa, suramericano, tres de la mañana, problemas 100%, no había… bien, yo salí con este prejuicio, dependiendo de estas… de estas etnias, no…. (RPPO, DEP).

En el mismo plano que las personas latinoamericanas estarían las de origen marroquí y, junto a estas, sirviendo de término de comparación, las personas negras de origen africano. En el discurso policial, ambos colectivos –marroquíes y negros— aparecen en los mismos hilos para que se establezca una distinción entre ambos que ayude a destacar la peligrosidad de los primeros. Desde el punto de vista policial, en los primeros no se puede confiar, porque tienen «sangre caliente» y suponen siempre un peligro. Es una idea que, según los propios policías, se configura en los primeros años de ejercicio profesional.

> b) Yo, desde el primer año de policía que estuve en la costa, todo el verano, cogí el concepto de… magrebí, desconfía; persona negra, puedes confiar más, o sea, no te intentará engañar con la… con las actuaciones que tuve, yo salí de allá, 'hostia, magrebí, cuidado, sangre caliente, te la intentará

> meter, estar siempre allí…' en cambio un negro, una persona negra… negra, negra, ostras, pararla, documentación, si la tenía ningún problema, pero es que era así ¿eh? el 99% de los casos (RPPO, DEP).

Con los magrebíes–el objeto del discurso policial siempre es un hombre—, los policías siempre refieren «malas experiencias» por razones supuestamente culturales. Los magrebíes, que «esconden el cuchillo bajo diez pantalones» (las que llevan diez pantalones son personas que viven en la calle, sin recursos, expuestas al frío). Las personas negras, las de «Zimbabue», con las que no parece haber distancia cultural como en el caso de los magrebíes, son dignas de confianza: van de cara, son más «claras», más «nobles». La amenaza que se atribuye al marroquí es, pues, no saber qué hará el otro en las intervenciones con él.

La desconfianza respecto de las personas magrebíes está relacionada con la percepción policial de que no se integra, de que permanece en sus comunidades «sin contacto» con la gente del país. Es una desconfianza que, desde la óptica policial, no solo se expresa en la policía: es compartida por el resto de la sociedad autóctona. Una vez más, la desconfianza se asocia a la exclusión social, pero en este caso, desde el punto de vista policial, la exclusión es «querida» por los excluidos.

> d) en un lugar grande no tienes esto [conocer a la mayor parte de las personas con las cuales se interviene], no… hay más… bien, quizá hay más distancia. Yo la… con los magrebíes, estando en Lleida, con los magrebíes en Lleida tienes que coger más distancia de seguridad porque habíamos tenido muy malas experiencias, culturalmente probablemente, la gente de Zimbabue no tenían la tendencia del magrebí, es así, quiero decir, bajo los diez pantalones el magrebí llevaba debajo, te encontrabas un cuchillo, y el negro era como mucho más de cara, "llevo tal cosa" (a: sí, sí, más de cara) y lo veías que era como más claro…
>
> b) más noble…
>
> a) sí, más noble.
>
> d) ¿por qué desconfío? Porque me la han pegado varias veces, entonces, claro, la experiencia te hace desconfiar de ciertos colectivos. No es que tenga nada en contra, sino que la experiencia con este colectivo me ha llevado al final a hacer una especie de conclusión, con esta gente; ey, un metro hacia atrás más, no pasa nada, ¿no?
>
> c) después te da la sensación de que los magrebíes están cerrados más entre ellos… cuando llegan aquí no se relacionan con la gente del país, y los negros siempre tienes esta sensación de decir, 'ostras, pues mira, conozco a este, o hablo con este', no sé por qué… Yo soy de (…) y en mi localidad había un chico negro que es el entrenador de básquet de allí, de los más pequeños, se integra tanto que estudia catalán, quiero decir esto a veces, muchísimas veces, gente del país que viene de otro sitio se integra en tu sociedad y los magrebíes te da la sensación de que están… llegan aquí en sus grupitos, en general ¿eh?, digo, no tienen contacto con la gente del territorio… te dan desconfianza, y al menos es la sensación… y antes de entrar en Mossos, es decir, siempre me han dado muchísima desconfianza los magrebíes y siempre me han dado más confianza gente de color, por este hecho (RPPO, DEP).

En definitiva, el discurso policial refleja una percepción estereotipada de la estructura social en toda su extensión, que va desde los sectores con menos recursos situados en la base de la jerarquía social a los sectores más acomodados; cada uno con segmentos diferenciados que representan distintas amenazas y distintos riesgos para el policía y sus intereses.

Discursivamente, los policías explican y justifican sus prejuicios a partir de su pertenencia a una sociedad en la que estos prejuicios están vigentes. Así, el racismo, el sexismo, el comportamiento autoritario y violento, entre otros, son atributos individuales que vendrían a ser un reflejo de los prejuicios que circulan entre los sectores de la población de los que provienen los policías. Sin embargo, de manera implícita, en los mismos discursos se impone la explicación cultural de los estereotipos: forman parte de la cultura policial, se reproducen y se transmiten en su seno, donde circulan como conocimiento habitual en el que se basan las rutinas laborales –«conocimiento de receta»—: «la manera en que se hacen las cosas en la policía»[100].

En las narrativas policiales se pone claramente de manifiesto un «conocimiento de diccionario», expresión de ese conocimiento cultural que es el *habitus* de la profesión[101]. Esta forma de conocimiento, que se adquiere a lo largo del proceso de socialización, provee a los policías de definiciones y etiquetas que les sirven para organizar su experiencia profesional en relación con personas y situaciones con las que se encuentran en el desempeño profesional. A partir de este conocimiento, los agentes desarrollan maneras rutinarias de categorizar tanto unas como otras: tanto los contextos y situaciones en las que desarrollan sus intervenciones como las personas con las que interaccionan en las comunidades en las que trabajan habitualmente. A partir de esta categorización, los agentes establecen nociones normalidad y anormalidad que dependen siempre del contexto: «Lo que es normal para un lugar es normal para ese lugar en ese momento»[102]. Como he señalado, la desconfianza se relaciona con la anormalidad, definida por indicadores como «individuos fuera de lugar, individuos en lugares particulares, tipos particulares de individuos, independientemente del lugar, circunstancias inusuales en relación a la propiedad»[103]. Estamos hablando, por ejemplo, de jóvenes que se reúnen en parques por la noche, pero lo mismo podría decirse de jóvenes que se reúnen en centros comerciales o de personas pidiendo limosna en determinadas zonas de la ciudad, especialmente valoradas por su centralidad turística y comercial. No se trata únicamente de delincuentes, de «malos», sino de personas que representan clases populares a las que se atribuye cierto potencial peligroso[104].

Las rutinas del trabajo policial derivan de este «conocimiento de diccionario», de las definiciones y categorías contenidas en esta forma de conocimiento cultural. Cuando los agentes salen de servicio a la calle, lo hacen con una predisposición inconscientemente orientada a la sospecha desde la que evalúan si lo que determinadas personas hacen en según qué sitios es adecuado o no[105]. De esta manera, el trabajo policial consiste, básicamente, en identificar lo inusual; lo que se aparta de las normas dominantes, de lo que espera en cada espacio, en cada momento; lo no respetable.

Este trabajo policial rutinario tiene consecuencias muy relevantes para las personas que forman parte de esas categorías policiales. Tradicionalmente, las minorías étnicas, las personas sin hogar y, entre éstas, las que sufren enfermedades mentales, las que son drogadictas, las homosexuales,

---

[100] BOWLING et al., *The Politics of the Police*, 2019, p. 125; ver también CHAN, *Changing Police Culture: Policing in a Multicultural Society*, 1997.

[101] SACKMANN, *Cultural Knowledge in Organizations: Exploring the Collective Mind*, 1991.

[102] SACKS, «Notes on Police Assessment of Moral Character», en MANNING/MAANEN (eds.), *Policing: A View from the Street*, Goodyear, Santa Monica, CA:, 1991, p. 194.

[103] ERICSON, *Reproducing Order: A Study of Police Patrol Work*, 1982, p. 86.

[104] JONES, *Chavs. La demonización de la clase obrera*, 2012.

[105] BAYLEY/MENDELSOHN, *Minorities and the Police: Confrontation in America*, 1969.

las transgénero, las prostitutas, los jóvenes cuyo estilo y comportamiento desafía patrones mayoritarios, y las personas con orientaciones políticas radicales han sido tradicionalmente vistos por la policía como problemáticas. Son los llamados «objetos policiales», constituidos como tales por los poderes dominantes en la sociedad «cuando dejan los problemas de control social de esa categoría a la policía»[106]. Siempre son grupos con un estatus social bajo, que no suelen ser especialmente activos desde el punto de vista de la participación política y que son vistos por la mayoría social con incomodidad y hasta con desagrado. Aunque en el discurso policial se les asocie con la delincuencia y el desorden, la preocupación de la policía por estos grupos no es tanto su vinculación con estos fenómenos como tenerlos controlados y segregados por medio de toda una serie de normas y prácticas que permiten un amplio margen de discrecionalidad policial en la apreciación de las circunstancias que se dan en sus encuentros con las personas que forman parte de estas categorías sociales[107].

De manera consciente o inconsciente, estas rutinas policiales centradas en estas categorías tienen como objetivo que las personas que forman parte de ellas internalicen su estatus marginal en el contexto de retóricas de aumento de la delincuencia y de la inseguridad[108]. Las identificaciones y los registros personales han sido, desde siempre, una táctica para mantener este control[109]. Se trata, como se ha dicho, de controlarlas, no de atenderlas. Cuando los hay, sus requerimientos son tenidos por la policía como minucias[110], hasta molestos, porque se entiende que generalmente se trata de quejas relacionadas con situaciones de las que ellos mismos son responsables[111]. Y en esta labor de control de las clases más desfavorecidas, los policías, con expresiones como «alguien tiene que hacerlo», ponen de manifiesto que, desde su perspectiva, cuentan con el beneplácito de la mayoría social para que se encarguen de estos «objetos», sin que importe demasiado como lo hagan[112].

Como se decía, las consecuencias de esta categorización y de la subsiguiente concentración de la actividad policial preventiva en una serie de colectivos son graves y llevan directamente a la discriminación. La falta de proporcionalidad en la actividad policial tiene que ver con la sobrerrepresentación de las personas que pertenecen a los diferentes «objetos policiales» en las estadísticas oficiales[113]. En el análisis del discurso policial se pone de manifiesto que, para los agentes, la identificación de determinados perfiles –marroquíes, latinoamericanos, jóvenes— responde a la experiencia profesional. Los policías justifican la sobrerrepresentación de estos colectivos en sus estadísticas sobre la base de su experiencia: si los identifican más es porque esta experiencia les dice que es más probable que cometan determinadas infracciones. Y su trabajo, como se ha señalado a partir de las narrativas policiales dominantes, consiste en

---

[106] LEE, «Some Structural Aspects of Police Deviance in Relations with Minority Groups», en SHEARING (ed.) *Organizational Police Deviance*, Butterworth, Toronto, 1981, pp. 53-54.

[107] VITALE, *The End of Policing*, 2021.

[108] FASSIN, *Enforcing Order: An Ethnography of Urban Policing*, 2013.

[109] BRADFORD, *Stop and Search and Police Legitimacy*, 2017; NEWBERRY, «Broken Windows or Breaking Communities», en NEWBERRY, *Racial Profiling and the NYPD: The Who, What, When, and Why of Stop and Frisk*, Palgrave Macmillan, New York, 2017, pp. 19 ss.

[110] En inglés, "*rubbish*", que, por cierto, también quiere decir basura.

[111] SMITH/GRAY, *Police and People in London*, 1985.

[112] LEE, *Organizational Police Deviance*. Butterworth, Toronto, 1981, pp. 51-53. Ver también BOWLING et al., «'Race', Political Economy and Coercitive State», en NEWBURN/PEAY (eds.), *Policing: Politics, Culture and Control*, Hart, Portland, OR, 2012, pp. 43 ss.

[113] BOWLING/PHILLIPS, *The Modern Law Review*, vol. 70, núm. 6, 2007, pp. 936 ss.

desconfiar, por lo que, de alguna manera, las paradas, las identificaciones y los cacheos vienen a expresar el cumplimiento de un deber no escrito que remite a aspectos de la identidad profesional.

Lo cierto es que esta desproporcionalidad, independientemente de la justificación que tenga, es una realidad innegable a la luz de la evidencia empírica disponible. Esta misma evidencia señala que, además de que las personas que la sufren la viven de manera humillante[114], se manifiesta en un trato policial desigual y desfavorable basado en criterios de edad, sexo, género, etnicidad, cultura, religión, lenguaje, clase, orientación sexual, edad, discapacidad física, o de cualquier otra naturaleza[115]. Desde luego, ni en nuestro país ni en ningún otro de nuestro entorno sociocultural la discriminación se expresa directamente, pues no hay leyes que consagren la segregación y la marginación de determinados sectores sociales por parte de la policía ni la protección policial expresa de otros. No obstante, la discriminación funciona de manera indirecta, aun cuando la Ley la prohíbe expresamente: se da mediante la aplicación de protocolos que exigen un trato «igual» pero que, en la práctica, sitúa a determinadas personas que pertenecen a determinados colectivos en una situación objetivamente desfavorable[116].

6. Epílogo

Las paradas policiales, las identificaciones y los registros expresan elementos nucleares del modelo estándar de cultura policial definido en la literatura criminológica. Desde luego, las predisposiciones culturales no dan lugar a comportamientos policiales preestablecidos, porque la manera en que los policías llevan a cabo su trabajo está condicionada por otros factores. Pero dichas predisposiciones pueden influir en la manera en que los policías conciben su profesión y su ejercicio profesional.

La desconfianza ocupa un lugar destacado en el conjunto de estas predisposiciones y las paradas, desde la perspectiva de la cultura policial, *sirven* para que los agentes, en las interacciones con la ciudadanía, pongan de manifiesto aspectos de su identidad profesional contenidos en la ya mencionada *doxa* policial, aquella forma de conocimiento axiomático de la profesión constituido por premisas o creencias fundamentales sobre el ejercicio profesional, sobre «la manera en que se hacen las cosas en la policía».

Y como la desconfianza, otros elementos culturales. Por ejemplo, las creencias sobre el sentido de misión, la manera en que los policías conciben su trabajo y su utilidad. Las paradas policiales, con las identificaciones y los cacheos, también pueden entenderse como situaciones o medios mediante los cuales los agentes, de manera más menos consciente, *comunican* a las personas con las que intervienen y a las que puedan presenciar sus intervenciones dichas concepciones, sea las que sean. Por un lado, las que suponen que la policía es una «causa noble»[117], una «campana

[114] FASSIN, *The Anthropology of Police*, 2018.

[115] BOWLING/PHILLIPS, *Racism, Crime and Justice*, Pearson Education, Londres, 2002.

[116] ETERNO et al., «Forcible stops: Police and Citizens Speak Out", *Public Administration Review*, vol. 77, núm. 2, 2017, pp. 181 ss.

[117] KLOCKARS, «The dirty Harry problem», *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 452, núm. 1, 1980, pp. 33 ss. Ver también WALL, «The police invention of humanity: Notes on the "thin blue line"», *Crime, Media, Culture*, vol. 16, nº 3, 2020, pp. 319 ss.

sagrada»[118], la «delgada línea azul» que separa la civilización de la barbarie[119]; una misión que llega a ser tan esencial y crítica en la salvaguarda del orden social que, en ella, la utilización de medios y prácticas dudosas en términos morales y jurídicos puede llegar a estar justificada[120]. Por otro, las que se aproximan más a una idea de la policía como un servicio público cuya finalidad última es garantizar una seguridad verdaderamente democrática.

En este sentido, desde la perspectiva cultural, las paradas policiales se manifiestan más como un recurso de control social, entendido éste en sentido amplio, que de prevención y lucha contra la delincuencia[121].

Cuando están orientadas por perfiles étnicos, es decir cuando son injustas, estas prácticas socaban uno de los principales fundamentos de cualquier sociedad democrática, la búsqueda de una seguridad común, en la que todos los individuos están sujetos en la misma medida al imperio de la Ley y todos reciben la misma protección legal[122]. A través de la institución policial, las sociedades democráticas dan «efecto material y simbólico a la promesa democrática de seguridad» a la idea de que toda la ciudadanía merece la misma consideración a la hora de pensar, planificar y ejecutar la actividad policial[123]. Cuando los policías identifican a personas por razones distintas a su comportamiento concreto están poniendo en cuestión dicha promesa.

La seguridad pública es un bien que no depende en exclusiva, ni mucho menos, de la policía. Depende de la confianza que tengan las personas en las medidas que las autoridades públicas adoptan frente a los peligros que amenazan su existencia cotidiana, es decir de los recursos que tienen a su alcance para gestionar la incertidumbre y el malestar que dichos peligros suponen. Y esto, en buena medida, está en función de su percepción de pertenencia a la comunidad política[124]. La actividad policial es una poderosa mediadora de esta pertenencia. Desde una decisión tomada a nivel estratégico, en las instancias directivas de la organización, a la atención a una persona que se presenta en una comisaría para presentar una denuncia o a la identificación de una persona en la calle, todas estas acciones comunican a las personas y a los grupos sociales a los que pertenecen el lugar que ocupan en la estructura social. En este sentido, en una sociedad democrática, la seguridad que pueda dar la policía a una persona o a una comunidad no depende tanto de si ésta se siente más o menos segura como de su percepción de pertenencia al conjunto social y de que el Estado y sus instituciones se preocupan por ella.

Esta promesa de una verdadera seguridad democrática sigue teniendo vigencia en nuestras sociedades. Todavía no es una realidad. La preocupación, la frustración y la rabia que provocan las paradas policiales motivadas por el origen étnico–o por la nacionalidad, la edad, el género, la

---

[118] MANNING, *Police Work: The Social Organization of Policing*, 1977.

[119] REINER, The politics of the Police, 1992.

[120] Este es el llamado «dilema de Harry el Sucio», en alusión al conocido personaje cinematográfico encarnado por el actor Clint Eastwood. En la película *Dirty Harry* (Don Siegel, 1971), el inspector Harry Callahan es el perfecto exponente de la "delgada línea azul".

[121] TIRATELLI et al., *The British Journal of Criminology*, vol. 58, núm. 1, 2018, pp. 1212 ss.; ALONSO, «Las identificaciones policiales con perfil racial o étnico como instrumento de control migratorio: Derecho administrativo del enemigo», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2018, núm. 193, 2018, pp. 243 ss.

[122] LOADER, *Revisiting the Police Mision*, 2020.

[123] LOADER, *Revisiting the Police Mision*, 2020, p. 15.

[124] LOADER/WALKER, *Civilizing Security*, 2007.

sexualidad, la clase social o las preferencias políticas— son prueba de ello, por lo que su erradicación sigue siendo una condición imprescindible para su realización efectiva.

Por descontado, la legislación que regula estas prácticas policiales legítimamente orientadas a la prevención debería acotar con más precisión en qué supuestos y de qué manera deben llevarse a cabo, pues afectan de manera muy crítica derechos fundamentales. Y no hay ninguna excusa para que los policías no cumplan con la Ley, ni en este ni en ningún otro ámbito de su ejercicio profesional. No obstante, ignorar que el trabajo policial no responde únicamente a las previsiones legales y reglamentarias, y que las predisposiciones culturales son muy significativas a la hora de entender el comportamiento policial supone una enorme renuncia a la hora de proponer soluciones al hecho incontestable de que las paradas y las identificaciones, como otras prácticas policiales, discriminan a personas que pertenecen a determinados grupos sociales.

Por más que la misión de las fuerzas y cuerpos de seguridad esté perfectamente definida en términos jurídicos –la protección del libre ejercicio de derechos y libertades y la garantía de la seguridad ciudadana—, el *habitus* de la profesión define esta misión de manera que determinados grupos sociales se configuran como un problema y hasta como una amenaza ante las que solo cabe adoptar siempre una actitud desconfiada.

Las imágenes que los policías tienen de sí mismos y de la ciudadanía; la manera en que conciben su trabajo y el elevado grado de autonomía de que disponen a la hora de llevarlo a cabo; la valoración del pragmatismo y la consecución de resultados, la percepción de la Ley como un obstáculo para conseguirlos… Todos estos son aspectos que deben ser tenidos en cuenta a la hora de responder a la cuestión que ha servido para presentar la propuesta que contiene este artículo: cuando un policía para en la calle a una persona, y la identifica y la cachea, ¿qué está haciendo en realidad? Desde la perspectiva policial, estas prácticas suponen mucho más que cumplir con la Ley, con un mandato o un proyecto de prevención. Llegan a tener un significado identitario, cuasi existencial, en términos de cultura profesional.

Como se ha reconocido desde el principio, éste ha sido un ejercicio de reflexión sobre las paradas policiales y su relación con la cultura profesional en la policía. No se ha apoyado en datos específicamente referidos a estas prácticas en España y Cataluña en los que podrían sustentarse juicios y prescripciones sobre ellas. Sin embargo, en virtud de lo expuesto, y coincidiendo en algún caso con las recomendaciones que diferentes instituciones y entidades de defensa de los derechos civiles ya han hecho[125], sí pueden hacerse algunas sugerencias para prevenir las paradas, las identificaciones y los registros arbitrarios e injustos, así como la discriminación que provocan.

La primera sería el reconocimiento explícito, por parte de las autoridades policiales y las cúpulas directivas, de que la policía para, identifica y registra personas basándose en criterios étnicos. Y junto con este reconocimiento, su prohibición igualmente manifiesta. Además de expresarlos públicamente[126] –lo cual puede contribuir a subsanar el oprobio que la persistente negación de

[125] Ver, por ejemplo, AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Parad el racismo, no a las personas. Perfiles raciales y control de la inmigración en España*, 2011; OPEN SOCIETY FOUNDATIONS, *Bajo sospecha. Impacto de las prácticas policiales discriminatorias en España*, 2019; y, muy especialmente, GENERALITAT DE CATALUNYA, *Propostes per unes identificacions policials no discriminatòries*, 2020.

[126] Sirva como ejemplo de este tipo de reconocimiento el que hizo el comisario Eduard Sallent, jefe de los Mossos d'Esquadra, en el programa *Els Matins* de TV3, la televisión autonómica catalana, a propósito de la intervención

estas prácticas ha podido causar en las personas que las han padecido—, convendría que dicho reconocimiento y dicha prohibición se comunicasen en audiencias internas, entre cuadros de mando y la escala básica, acompañándolos de indicaciones prácticas precisas que limiten la potestad policial de identificar y cachear a personas, así como de criterios lo más claros posibles de lo que constituye una sospecha razonable en la que basar estas prácticas.

En materia de formación, podría ser necesario ir más allá de los clásicos enfoques jurídicos, que insisten en que, de acuerdo con lo que establece el Código Europeo de Ética de la Policía y otras normas, los procedimientos policiales en controles de identidad han de observar los principios de igualdad y no discriminación. Convendría, además, concienciar a los policías de que, con su trabajo, incluso de manera inconsciente, pueden contribuir a la reproducción de dinámicas de exclusión social que son perfectamente evitables. En este sentido, la formación, en todas sus modalidades, debería tener un componente sociológico más relevante. Esta sugerencia está especialmente indicada en el caso de los mandos, por la influencia que pueden ejercer en sus subordinados. Desde su posición, pueden promover actitudes y comportamientos más funcionales en las relaciones con la ciudadanía, es decir más justas. Y, particularmente, con personas que pertenecen a los grupos sociales más vulnerables y más desfavorecidos.

También podría plantearse la posibilidad de mejorar las prácticas relacionadas con la planificación de servicios, para que se eviten los servicios genéricos, de prevención en abstracto, y que toda la actividad policial preventiva esté relacionada con problemas de delincuencia y convivencia concretos a los que asociar las identificaciones y los registros. Esto, obviamente, no asegura por completo la erradicación de la arbitrariedad policial, pero la limitaría sensiblemente.

En este ámbito de la planificación, también podría cuestionarse la conveniencia de que el número de identificaciones sea, en las actuales condiciones, un indicador privilegiado de actividad policial en los cuadros de dirección. Con ello se dejaría de incentivar que esta práctica sirviese para mejorar los registros en este ámbito, que pretendidamente informan del dinamismo y la intensidad de dicha actividad.

Hay que insistir en que es necesaria la mejora del registro de las identificaciones y los registros. Básicamente, estableciendo la obligación de redactar y entregar un documento a la persona identificada y/o registrada en el que conste la información de la intervención policial, sobre todo el motivo de la parada y la etnia de la persona objeto de la intervención según la percepción del agente. Hay que insistir porque, aunque la Comisión de Estudio sobre el Modelo Policial del Parlamento de Cataluña instó hace más de un año al Gobierno autonómico a «establecer el uso sistemático y obligatorio por parte del *Cos de Mossos d'Esquadra* y las policías locales de formularios de identificación y registro en los que conste el motivo de la identificación (...) que hay que entregar a la persona afectada y al Departamento de Interior», apenas hay signos de que se esté trabajando en esta línea.

La información contenida en estos formularios permitiría a los responsables policiales auditar las paradas de manera exhaustiva y, eventualmente, en caso de paradas, identificaciones o cacheos injustificados o irregulares, establecer las medidas correctoras que procedan. Además, estos formularios permitirían a las personas identificadas reclamar ante la Justicia y la

de un grupo de agentes de esta policía el 10 de enero de 2019. En ella, estos *Mossos* pararon, identificaron y humillaron a un joven negro de 20 años en una pequeña localidad cercana a Manresa, en la provincia de Barcelona.

Administración en caso de que consideren vulnerados sus derechos con ocasión de un control policial. El mismo formulario serviría también a los agentes para hacer frente a acusaciones infundadas de paradas discriminatorias.

Por otro lado, también cabe suponer que la obligación de extender y entregar un formulario en cada parada operaría en el sentido de limitar la arbitrariedad en esta práctica, pues hay evidencias de que las tareas burocráticas que implican determinadas intervenciones policiales las desincentivan[127]. Conocemos experiencias en nuestro país que, aunque tuvieron una vida efímera, sirven para sustentar tal suposición: que, junto con otras acciones, el uso de estos formularios sirve para reducir sensiblemente la desproporción de paradas de personas que pertenecen a grupos étnicos diferentes del que representa al sector mayoritario de la población española[128].

Y, en relación con esto, también podría sugerirse promover verdaderas políticas de transparencia en este ámbito de las paradas policiales, que vayan más allá de la mera publicación periódica de determinados datos policiales, por lo general de utilidad limitada[129]. Para ello, se podrían promover mecanismos internos y externos de rendición de cuentas, presentándolos internamente, en los equipos policiales, como una oportunidad mayor para la mejora del servicio y la legitimidad de la profesión, más que como una amenaza para la misma[130].

7. Bibliografía

AGUILAR, Omar, «El habitus y la producción de disposiciones», *Miríada: Investigación en Ciencias Sociales*, vol. 9, núm. 13, 2017, pp. 271 ss.

---

[127] PEARSON/ROWE, *Police street powers and criminal justice*, 2020, p. 196.

[128] SCHMITT/PERNAS, *Pasos hacia la igualdad. El Proyecto STEPSS (Strategies for Effective Police Stop and Search) en España*, 2008. Los resultados del estudio amparado por este proyecto pusieron de manifiesto que, cuando se puso en marcha, en octubre de 2007, la policía que participó en él, la del municipio de Fuenlabrada (Madrid), paraba a miembros de minorías étnicas hasta 10 veces más que a españoles. En los seis meses siguientes, pasó de parar a marroquíes 9,6 veces más que a españoles a hacerlo 3,4 veces más, y en general redujo la desproporción de paradas de personas pertenecientes a estos grupos étnicos.

[129] Ni en España ni, más específicamente, en Cataluña, la policía publica datos suficientes sobre sus identificaciones, con el nivel de detalle necesario para hacer una valoración adecuada de estas prácticas policiales. El nivel de agregación es muy alto y los registros no incluyen ni los motivos ni las circunstancias de las identificaciones, ni ofrecen información sobre las personas identificadas (ver LÓPEZ-RIBA, «¿Tienen las identificaciones policiales efectos preventivos en la delincuencia?», *International e-Journal of Criminal Sciences*, núm. 14, 2019, pp. 8 ss.). Lo mismo puede decirse de los cacheos y otros registros, sobre los que no se publica dato alguno. Por otro lado, las cifras publicadas tampoco distinguen entre las identificaciones que resultan de la iniciativa de los policías de las que se producen cuando intervienen en requerimientos que hace la ciudadanía. Por ejemplo, cuando los policías atienden la llamada de una persona que se queja de las molestias que causa la terraza del bar que hay en los bajos del edificio en el que vive, se entrevistan con la persona que hace el requerimiento y con la responsable del establecimiento, para informarle de las quejas y pedirle, si procede, que ponga remedio. Se entrevista con ambas y las identifican a las dos, para que sus datos consten en los aplicativos informáticos que registran la actividad policial

[130] En las sesiones de trabajo de la Comisión de Estudio del Modelo Policial del Parlamento de Cataluña se planteó la posibilidad de crear un mecanismo externo control de las policías catalanas, pero, finalmente, tal posibilidad no prosperó al considerarse que los existentes ya eran suficientes. Explícitamente, la Comisión reconoció que, aunque las comparecencias especializadas coincidieron en que había «recorrido a hacer en el ámbito de la transparencia, sea adoptando normativa y recomendaciones emanadas de las instituciones europeas o con iniciativas propias. La creación de un nuevo mecanismo de control y fiscalización externa de la policía ha generado menos consenso» (PARLAMENT DE CATALUNYA, *Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya*, núm. 460, 2022, p. 109).

ALONSO, Eduardo, «Las identificaciones policiales con perfil racial o étnico como instrumento de control migratorio: Derecho administrativo del enemigo», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 193, 2018, pp. 243 ss.

AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Parad el racismo, no a las personas. Perfiles raciales y control de la inmigración en España*, Editorial Amnistía Internacional, Madrid, 2011.

APEL, Robert, «Sanctions, perceptions, and crime: Implications for Criminal Deterrence», *Journal of Quantitative Criminology*, vol. 29, 2013, pp. 67 ss.

APEL, Robert/NAGIN, Daniel S., «General deterrence: A review of recent evidence», en WILSON, JAMES Q./PETERSILIA, JOAN (eds.), *Crime and Public Policy*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 411 ss.

BACON, Matthew, «Police culture and the new policing context», en BROWN, JENNIFER M., *The Future of Policing*, Routledge, Oxon, 2014, pp. 103 ss.

BAKER, Albert L.,/GOLDSTEIN, Joseph, «2 opinions on stop-and-frisk report», *New York Times*, 2012, http://www.nytimes.com/2012/05/10/nyregion/police-stop-and-frisk-tactic-had-lower-gun-recovery-rate-in-2011.html?_r=1%26ref=nyregion

BAYLEY, David H./MENDELSOHN, Harold, *Minorities and the Police: Confrontation in America*, Free Press, New York, 1969.

BELINA, Bernd/WEHRHEIM, Jan, «'Danger Zones': How Policing Space Legitimizes Policing Race», en VARELA CASTRO, MARIA DO MAR/ÜLKER, BARIŞ, *Doing Tolerance. Urban Interventions and Forms of Participation*, 2020, pp. 95 ss.

BITTNER, Egon, *The functions of the police in modern society: A review of background factors, current practices, and possible role models*, National Institute of Mental Health, Chevy Chase (MD), 1970.

BOURDIEU, Pierre, *Outline of a Theory of Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 1977.

BOURDIEU, Pierre, *Questions de sociologie*, Minuit, Paris, 1980.

BOURDIEU, Pierre, *Pascalian Meditations*, Polity Press, Cambridge, 2000.

BOURDIEU, Pierre, *Le bal des célibataires*, Éditions du Seuil, Paris, 2002.

BOURDIEU, Pierre, *El sentido práctico*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2007.

BOURDIEU, Pierre/EAGLETON, Terry, «Doxa y vida ordinaria», *New Left Review* [En línea], 2000, p. 50 ss.

BRODEUR, Jean-Paul, «High policing and low policing: remarks about the policing of political activities», *Social Problems*, vol. 30, núm. 5, 1983, pp. 507 ss.

BOWLING, Benjamin/PHILLIPS, Coretta, *Racism, Crime and Justice*, Pearson Education, London, 2002.

BOWLING, Ben/PHILLIPS, Coretta, «Disproportionate and discriminatory: Reviewing the evidence on police stop and search», *The Modern Law Review*, vol. 70, núm. 6, 2007, pp. 936 ss.

BOWLING, Ben/PHILLIPS, Coretta/SHEPTYCKI, James, «Race, Political Economy and Coercitive State», en NEWBURN, TIM/PEAY, JILL (eds.), *Policing: Politics, Culture and Control*, Hart, Portland (OR), 2012, pp. 43 ss.

BOWLING, Benjamin/REINER, Robert/SHEPTYCKI, James, *The Politics of the Police*, Oxford University Press, Oxford, 5ª edición, 2019.

BOWLING, Ben/WEBER, Leanne, «Stop and search in global context: An overview», *Policing and Society*, vol. 21, núm. 4, 2011, pp. 480 ss.

BRADFORD, Ben, *Stop and Search and Police Legitimacy*, Routledge, London, 2017.

BRAGA, Anthony A./BRUNSON, Rod K./DRAKULICH, Kevin M, «Race, place, and effective policing», *Annual Review of Sociology*, vol. 45, 2019, pp. 535 ss.

BRAGA, Anthony et al., «Hot Spots Policing Effects on Crime: An Updated Systematic Review and Meta-Analysis», *Justice Quaterly*, vol. 31, 2014, pp. 625 ss.

CHAN, Janet, «Utilizando el marco teórico de Pierre Bourdieu para comprender la cultura policial», *Delito y Sociedad*, vol. 1, núm. 33, 2012, pp. 61 ss.

CHAN, Janet, *Fair Cop: Learning the Art of Policing*, University of Toronto Press, Toronto, 2003.

CHAN, Janet, *Changing Police Culture: Policing in a Multicultural Society*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997.

CHARMAN, Sarah, «Crossing cultural boundaries: Reconsidering the cultural characteristics of police officers and ambulance staff», *International Journal of Emergency Services*, vol. 4, núm. 2, 2015, pp. 158 ss.

CHARMAN, Sarah. *Police Socialisation, identity and Culture: Becoming Blue*, Springer, Cham, 2017.

CHRISTENSEN, Wendy/CRANK, John P., «Police work and culture in a nonurban setting: An ethnographic analysis», *Police Quarterly*, vol. 4, no 1, 2001, pp. 69 ss.

COCKCROFT, Tom, «Police culture and police leadership», en RAMSHAW, Pauline/SILVESTRI, Marisa/SIMPSON, Mark (eds.), *Police Leadership: Changing Landscapes*, Palgrave Macmillan, London, 2019, pp. 23 ss.

ERICSON, Richard V., *Reproducing Order: A Study of Police Patrol Work*, University of Toronto Press, Toronto, 1982.

ETERNO, John A./BARROW, Christine S./SILVERMAN, Eli B., «Forcible stops: Police and Citizens Speak Out», *Public Administration Review*, 2017, vol. 77, núm. 2, 2017, pp. 181 ss.

FASSIN, Didier, *Enforcing Order: An Ethnography of Urban Policing*, Polity Publishing, Cambridge, 2013.

FASSIN, Didier, «A moral interpretation of police deviance», en KARPIAK, KEVIN G./GARRIOT, WILLIAM (eds.), *The Anthropology of Police*, Routledge, Londres, 2018, pp. 175 ss.

GARCÍA-ESPAÑA, Elisa/ARENAS, Lorea, *Identificaciones policiales y discriminación racial en España: Evaluación de un programa para su reducción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

GARCÍA AÑÓN, José/BRADFORD, Ben/GARCÍA, José Antonio/GASCÓN, Andrés/LLORENTE, Antoni, *Identificación policial por perfil étnico en España: Informe sobre experiencias y actitudes en relación con las actuaciones policiales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

GARCIA CANCLINI, Néstor, «Introducción: La Sociología de la Cultura», en BOURDIEU, PIERRE, *Sociología y Cultura*, Grijalbo, México, 1990, pp. 5 ss.

GAUTHIER, Jérémie, «Origines contrôlées: Police et minorités en France et en Allemagne», *Sociétés Contemporaines*, vol. 97, núm. 1, 2015, pp. 101 ss.

GELLER, Amanda et al., «Aggressive policing and the mental health of young urban men», *American Journal of Public Health*, vol. 104, núm. 12, 2014, pp. 2321 ss.

GENERALITAT DE CATALUNYA, *Propostes per unes identificacions policials no discriminatòries*, Generalitat de Catalunya, Oficina de Drets Civils i Polítics, 2020.

HENDRIKS, Frank/VAN HULST, Merlijn, «Shifting repertoires: understanding cultural plurality in policing », *Innovation: the European Journal of Social Science Research*, vol. 29, núm. 2, 2016, pp. 161 ss.

HOUGH, Mike, «Procedural justice and professional policing in times of austerity», *Criminology & Criminal Justice*, vol. 13, núm. 2, 2013, pp. 181 ss.

JEFFERSON, Tony/GRIMSHAW, Roger, *Interpreting Police Work. Policy and Practice in Forms of Beat Policing*, Allen & Unwin, Londres, 1987.

JONES, Owen, *Chavs. La demonización de la clase obrera*, Capitán Swing Libros, Madrid, 2012.

KLOCKARS, Carl B., «The dirty Harry problem», *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 452, núm. 1, 1980, pp. 33 ss.

LEE, John Alan, «Some Structural Aspects of Police Deviance in Relations with Minority Groups», en SHEARING, CLIFFORD (ed.), *Organizational Police Deviance*. Butterworth, Toronto, 1981, pp. 49 ss.

LENNON, Genevieve/MURRAY, Kath, «Under-regulated and unaccountable? Explaining variation in stop and search rates in Scotland, England and Wales», *Policing and Society*, vol. 28, núm. 2, 2018, pp. 157 ss.

LOADER, Ian, *Revisiting the Police Mission*, Police Foundation, London, 2020.

LOADER, Ian/WALKER, Neil, *Civilizing Security*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.

LOFTUS, Bethan. *Police Culture in a Changing World*, Oxford University Press, Oxford USA, 2009.

LÓPEZ-RIBA, José María. «¿Tienen las identificaciones policiales efectos preventivos en la delincuencia?», *International e-Journal of Criminal Sciences*, núm. 14, 2019, pp. 8 ss.

MACDONALD, John/FAGAN, Jeffrey/GELLER, Amanda. «The effects of local police surges on crime and arrests in New York City», *PLOS ONE*, vol. 11, núm 6, 2016, p. e0157223.

MCCANDLESS, Rhydian, et al., *Do initiatives involving substantial increases in stop and search reduce crime? Assessing the impact of Operation BLUNT 2*, Home Office Report, 2016.

MCNEIL, Brian, «Stop-and-frisk in New York, Philadelphia, and Chicago: Slowly approaching an uneasy synthesis or running out of time to justify its freight», *Widener Commonwealth Law Review*, vol. 29, 2020, pp. 69 ss.

MAILLARD, Jacques de et al., «Different styles of policing: discretionary power in street controls by the public police in France and Germany», *Policing and Society*, vol. 28, núm. 2, 2016, pp. 175 ss.

MANNING, Peter K., *Police Work: The Social Organization of Policing*, Waveland Press, Prospect Heights (ILL), 2ª edición, 1977.

MARTIN CRIADO, Enrique, «Habitus», en REYES, ROMÁN (dir.), *Diccionario Crítico de Ciencias Sociales*, Plaza y Valdés, Madrid, 2009, vol. 2, pp. 1427 ss.

MEDINA ARIZA, Juan José, «Policía, legitimidad, paradas y cacheos», Conferencia impartida en Sesión Plenaria del IX Congreso Español de Criminología, Girona, 29 de junio de 2012.

MONJARDET, Dominique, «La culture professionnelle des policiers», *Revue Française de Sociologie*, 1994, pp. 393 ss.

MONJARDET, Dominique, *Ce que fait la police: sociologie de la force publique*, La découverte, Paris, 2010.

MUIR, William K., *Police: Streetcorner Politicians*, University of Chicago Press, Chicago, IL., 1977.

MURRAY, Kath et al., «Procedural justice, compliance with the law and police stop-and-search: a study of young people in England and Scotland», *Policing and Society*, 2021, vol. 31, núm. 3, 2021, pp. 263 ss.

NEWBERRY, Jay L., «Broken Windows or Breaking Communities», en NEWBERRY, JAY L., *Racial Profiling and the NYPD: The who, what, when, and why of stop and frisk*, Palgrave Macmillan, New York, 2017, pp. 19 ss.

NAGIN, Daniel S./SOLOW, Robert M./LUM, Cynthia, «Deterrence, criminal opportunities, and police», *Criminology*, vol. 53, núm. 1, 2015, pp. 74 ss.

OPEN SOCIETY FOUNDATIONS, *Bajo sospecha. El impacto de las prácticas policiales discriminatorias en España*, 2019.

PARLAMENT DE CATALUNYA, «Conclusions aprovades per la Comissió d'Estudi sobre el Model Policial», *Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya*, núm. 460, 2022.

PATERNOSTER, Raymond, «How much do we really know about criminal deterrence», *Journal of Criminal Law & Criminology*, vol. 100, 2010, pp. 765 ss.

PEARSON, Geoff/ROWE, Michael, *Police street powers and criminal justice: regulation and discretion in a time of change*, Hart, London, 2020.

PETERSEN, Kevin, et al., «Police stops to reduce crime: A systematic review and meta-analysis», *Campbell Systematic Reviews*, vol. 19, nº1, 2023, p. e1302.

PICKETT, Justin T./ROCHE, Sean Patrick, «Arrested development: Misguided directions in deterrence theory and policy», *Criminology & Public Policy*, vol. 15, núm. 3, 2016, pp. 727 ss.

PORTILLA, Guillermo, «Identificaciones, cacheos, controles policiales y otros entretenimientos de la libertad: una réplica a las tesis legitimadoras del retroceso histórico en materia de libertad y seguridad personal», *Jueces para la Democracia*, núm. 26, 1996, pp. 12 ss.

REINER, Robert, *The politics of the police*, Wheatsheaf, Harvester, 1992.

REINER, Robert, *The politics of the Police*, Oxford University Press, Oxford, 3a edición, 2000.

REINER, Robert, «Is Police Culture Cultural?», *Policing: A Journal of Policy and Practice*, vol. 11, núm. 3, 2017, pp. 236 ss.

REQUENA HIDALGO, Jesús, *La confianza policial en la ciudadanía. El caso de la Policía de la Generalitat-Mossos d'Esquadra*, Ester Blay Gil, dir. Tesis doctoral. Universitat de Girona, Departament de Dret Públic, 2023.

REUSS-IANNI, Elizabeth/IANNI, Francis, «Street cops and management cops: The two cultures of policing», en PUNCH, MAURICE (ed.), *Control in the Police Organization*, MIT Press, Cambridge, MA, 1983, pp. 251 ss.

RÍOS, Julián Carlos/SEGOVIA, José Luis/ETXEBARRIA, Xabier, *Manual para la defensa de los derechos y las libertades ante la intervención de la policía*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2015.

SACKMANN, Sonja A., *Cultural Knowledge in Organizations: Exploring the Collective Mind*, Sage, Newbury Park, CA, 1991.

SACKS, Harvey, «Notes on Police Assessment of Moral Character», en MANNING, PETER K./MAANEN, JAN VAN (eds.), *Policing: A View from the Street*, Goodyear, Santa Monica, CA, 1991.

SCHMITT, Maggie/PERNAS, Begoña, *Pasos hacia la igualdad. El Proyecto STEPSS (Strategies for Effective Police Stop and Search) en España*, Grupo de Estudios y Alternativas 21 (GEA21), 2008.

SKLANSKY, David A., «Seeing Blue: Police Reform, Occupational Culture, and Cognitive Burn-in», en O'NEILL, MEGAN ET AL. (eds.), *Occupational Culture: New Debates and Directions*, Elsevier, London, 2007, pp. 19 ss.

SKOGAN, Wesley G./FRYDL, Kathleen, *Fairness and effectiveness in policing: The evidence*, National Academies Press, Washington, 2004.

SKOLNICK, Jerome, *Justice without trial. Law Enforcement in Democratic Society*, Wiley, New York, 1966.

SMITH, David J./GRAY, Jeremy, *Police and people in London*. Gower Publishing, 1985.

TELEP, Cody W./WEISBURD, David, «What is known about the effectiveness of police practices in reducing crime and disorder?», *Police Quarterly*, vol. 15, núm. 4, 2012, pp. 331 ss.

TERPSTRA, Jan/SCHAAP, Dorian, «Police culture, stress conditions and working styles», *European Journal of Criminology*, vol. 10, núm. 1, 2013, pp. 59 ss.

TIRATELLI, Mateo/QUINTON, Paul/BRADFORD, Ben, «Does stop and search deter crime? Evidence from ten years of London-wide data», *The British Journal of Criminology*, vol. 58, núm. 1, 2018, pp. 1212 ss.

TYLER, Tom R./FAGAN, Jeffrey/GELLER, Amanda, «Street stops and police legitimacy: Teachable moments in young urban men's legal socialization », *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 11, no 4, 2014, pp. 751 ss.

VAN MAANEN, John E., *Working the street; a developmental view of police behaviour,* 1973.

VAN MAANEN, John E., «The asshole», en MANNING, PETER/VAN MAANEN, JOHN (eds.), *Policing: A view from the street*, Goodyear Publishing Company, Santa Monica, CA , vol. 18, 1978, pp. 221 ss.

VAN MAANEN, John E., «Watching the Watchers», en MANNING, PETER/VAN MAANEN, JOHN (eds.), *Policing: A view from the street*, Goodyear Publishing Company, Santa Monica, CA , vol. 18, 1978, pp. 231 ss.

VITALE, Alex S., *The End of Policing*, Verso Books, Londres, 2021.

WACQUANT, Loïc, *Punishing the Poor: The Neoliberal Government of Social Insecurity*, Duke University Press, Durham/Londres, 2009.

WACQUANT, Loïc, «Toward a social praxeology: The structure and logic of Bourdieu sociology», en BOURDIEU, PIERRE/WACQUANT, LOÏC, *An Invitation to Reflexive Sociology*, Polity Press, Chicago, 1992, pp. 1 ss.

WADDINGTON, Peter A. J., «Police (Canteen) Subculture: An Appreciation», *The British Journal of Criminology*, vol. 39, núm. 2, 1999, pp. 286 ss.

WALL, Tyler, «The police invention of humanity: Notes on the "thin blue line"», *Crime, Media, Culture*, vol. 16, nº 3, 2020, pp. 319 ss.

WEISBURD, David, et al., «Do stop, question, and frisk practices deter crime? Evidence at microunits of space and time», *Criminology & Public Policy*, vol. 15, núm. 1, 2016, pp. 31 ss.

WEISBURD, David/BRAGA, Anthony A./MAJMUNDAR, Malay K., «What Do We Know About Proactive Policing's Effects on Crime and Community?», en WEISBURD, DAVID ET AL. (eds.), *The Future of Evidence-Based Policing*, Cambridge University Press, Cambridge UK, 2023, pp. 107 ss.

WEISBURD, David/ECK, John E., «What can police do to reduce crime, disorder, and fear?», *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 593, núm. 1, 2004, pp. 42.

WEISBURD, David/MAJMUNDAR, Malay K. (eds.), *Proactive Policing: Effects on Crime and Communities*, National Academies of Sciences, Washington, 2018.

WILLIAMS, Kristian, *Our enemies in blue: Police and power in America*, Ak Press, 2015.

WILSON, James Q., *Varieties of Police Behaviour: The Management of Law and Order in Eight Communities*, Harvard University Press, Harvard, 2009 [1968].

InDret
2.2024

Inteligencia artificial y control policial

Cuestiones para un debate frente al hype.

José María López Riba
Universitat de Girona

Sumario

-

Las aplicaciones de la inteligencia artificial en el ámbito del control policial han generado un enfoque dual: por un lado, una creciente fascinación y entusiasmo debido a las posibilidades innovadoras; por otro lado, un conjunto de preocupaciones y cuestionamientos profundos sobre su implementación y sus posibles implicaciones en términos de derechos y justicia social. A pesar de que ya existen investigaciones sustanciales al respecto y se han planteado diversas inquietudes, el tema sigue despertando muchas expectativas exageradas. Es esencial comprender la base de estas expectativas y su origen, ya que a menudo están enraizadas en intereses económicos y en la promesa de una aplicación objetiva y neutral de la tecnología en el ámbito policial. Aquí es donde deben entrar en juego las reflexiones de las ciencias sociales, desempeñando un papel fundamental en la reconfiguración del debate entre optimistas y pesimistas.

Abstract

-

The applications of artificial intelligence within the realm of policing have engendered a dichotomous approach: on one facet, an escalating fascination and enthusiasm attributed to innovative potentialities; conversely, an assemblage of profound concerns and inquiries regarding its implementation and prospective implications for civil liberties and social justice. Despite the existence of substantial investigations in this domain and the articulation of sundry apprehensions, the subject continues to evoke a plethora of exaggerated expectations. It is incumbent upon us to comprehend the underpinning of these expectations and their provenance, as they frequently derive from business interests and the pledge of an impartial and unbiased deployment of technology within the sphere of policing. This is where social science thinking must come into play, undertaking a pivotal role in the reconfiguration of the discourse amidst proponents and skeptics.

Title: *Artificial Intelligence and Policing: issues for a debate amidst the hype.*

-

Palabras clave: control policial, tecnología, inteligencia artificial, ciencias sociales
Keywords: *policing, technology, artificial intelligence, ciencias sociales*

-

DOI: 10.31009/InDret.2024.i2.10

-

InDret

2.2024

Recepción
02/02/2024
-
Aceptación
11/04/2024
-

Índice

-

1. Las (¿exageradas?) expectativas sobre la inteligencia artificial
2. Tipos de herramientas basadas en inteligencia artificial en el control policial
3. Problemas conocidos de las herramientas basadas en la inteligencia artificial
3.1. Investigaciones evaluativas y otros estudios sobre las herramientas basadas en la inteligencia artificial
3.2. Asunciones problemáticas
3.3. Transparencia y rendición de cuentas
4. Si estos problemas son conocidos ¿de dónde viene el hype?
4.1. Intereses económicos
4.2. El giro preventivo y el tecnosolucionismo
5. El papel de las ciencias sociales en la era de la inteligencia artificial
5.1. Destecnificar y problematizar el debate
5.2. Tecnología y ciencia
5.3. ¿Si la solución es la inteligencia artificial, cuál era el problema?
6. Apuntes finales
7. Bibliografía
7.1. Investigaciones
7.2. Noticias y recursos web

-

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

1. Las (¿exageradas?) expectativas sobre la inteligencia artificial*

Últimamente existe un bombardeo de información constante sobre la *inteligencia artificial*[1] y las promesas de revolución que conlleva en todos los ámbitos. James Manyika, vicepresidente de Google, afirmaba en una entrevista que «la inteligencia artificial cambiará el mundo, como las computadoras o la electricidad»[2]. Este fenómeno también puede observarse en ámbitos más concretos como el académico[3]. Para referirse a este fenómeno, a las expectativas (muchas veces exageradas) sobre la inteligencia artificial, se ha acuñado el término *AI hype*[4].

Este *hype* también ha permeado entre los actores de la justicia penal y es frecuente ver noticias donde se afirma que las tecnologías basadas en inteligencia artificial van a ayudar a agilizar los procesos judiciales[5] o, incluso, van a predecir la delincuencia futura[6]. Ya hay, de hecho, autores que hablan de justicia algorítmica[7].

En el campo del control policial, que es el foco del artículo, las herramientas basadas en inteligencia artificial prometen, principalmente, aumentar la eficiencia, al reducir el coste y optimizar la asignación de recursos[8]; una alta precisión en las predicciones, al hacer uso de

---

* José María López Riba (josemaria.lopez@udg.edu).

[1] No es el propósito de este trabajo, ni el autor es el más adecuado para, entrar en la discusión conceptual sobre la inteligencia artificial y sobre si las herramientas de las que se hablará a continuación pueden considerarse parte de este campo. Para ello ver, por ejemplo, BERK, «Artificial Intelligence, Predictive Policing, and Risk Assessment for Law Enforcement», *Annual Review of Criminology*, 4, 2021, pp. 209-237; o MIRÓ LLINARES, «Inteligencia artificial y Justicia Penal: más allá de los resultados lesivos causados por robots», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (20), 2018, pp. 90-94. Se debe tener en cuenta que la confusión de conceptos es uno de los aspectos aprovechados para generar expectativas sobre las herramientas que hacen uso de la inteligencia artificial. Ver KALTHEUNER, «AI Snake Oil, Pseudoscience and Hype», en FREDERIKE KALTHEUNER (ed.), *Fake AI* (Chapter 2). Disponible en versión digital en https://fakeaibook.com/.

[2] ANGELA BRASCIA, «James Manyika (Google): "La inteligencia artificial cambiará el mundo, como las computadoras o la electricidad"», *El País* (edición digital), 28 de junio de 2023. Disponible en https://elpais.com/tecnologia/2023-06-28/james-manyka-google-la-inteligencia-artificial-cambiara-el-mundo-como-las-computadoras-o-la-electricidad.html

[3] EFE, «La inteligencia artificial, un "cambio de paradigma" en la universidad, según expertos», La Vanguardia (edición digital), 22 de junio de 2023. Disponible en https://www.lavanguardia.com/vida/20230622/9062016/inteligencia-artificial-cambio-paradigma-universidad-expertos.html

[4] Por ejemplo, en el caso de los *chatbots* (como ChatGPT) se advierte que las expectativas van muy por delante de su desarrrollo. Ver HILTZIK, «Artificial intelligence chatbots are spreading fast, but hype about them is spreading faster», *Los Angeles Times* (edición digital), 13 de julio de 2023. Disponible en https://www.latimes.com/business/story/2023-07-13/column-artificial-intelligence-chatbots-are-spreading-fast-but-hype-about-them-is-spreading-faster

[5] REQUEIJO, «Sentencias dictadas por inteligencia artificial. ¿Es posible sustituir al juez por un robot?», *El Confidencial* (edición digital), 1 de mayo de 2023. Disponible en https://www.elconfidencial.com/espana/2023-05-01/sentencias-dictadas-inteligencia-artificial_3620933/

[6] WEBEDIA BRAND SERVICES, «Precrimen, ¿cómo se utiliza la IA para la detección de crímenes futuros?», *Xataka.com*, 20 de diciembre de 2020. Disponible en https://ecosistemahuawei.xataka.com/precrimen-como-se-utiliza-ia-para-deteccion-crimenes-futuros/

[7] Por ejemplo, ZAVRŠNIK, «Algorithmic justice: Algorithms and big data in criminal justice settings», *European Journal of Criminology*, 18(5), 2021, pp. 623-642. Para el autor este proceso forma parte de una tendencia social más general: la gobernanza algorítmica.

[8] BRAYNE/ROSENBLAT/BOYD, «*Predictive policing. Data & civil rights: a new era of policing and justice*», 2015, p. 4; FUSSEY/DAVIES/INNES, «"Asssisted" facial recognition and the reinvention of suspicion and discretion in digital policing», *British Journal of Criminology*, 61(2), 2021, p. 326; SAPHIRO, «Reform predictive policing», *Nature*, 541, 2017, p. 459.

técnicas de aprendizaje automático[9]; y una actuación más justa, al tener menos sesgos que los humanos[10].

2. Tipos de herramientas basadas en inteligencia artificial en el control policial

Pueden distinguirse diferentes tipos de herramientas basadas en inteligencia artificial que se han introducido en el control policial. En primer lugar, encontramos los sistemas de vigilancia con reconocimiento (de rasgos biométricos, de matrículas, etc.) o procesamiento de texto o lenguaje natural (por ejemplo, para la búsqueda de determinados patrones en mensajes de las redes sociales). Pese a que la vigilancia policial lleva tiempo apoyándose en la tecnología (principalmente, en las cámaras de videovigilancia), la introducción de la inteligencia en este ámbito permite el reconocimiento, recogida y procesamiento de datos en tiempo real[11]. Entre los sistemas más conocidos están los de reconocimiento facial[12], los de matrículas[13] o los sistemas de rastreo de discursos de odio. Los sistemas de reconocimiento facial no son muy populares en Europa[14]; de hecho, desde el Parlamento Europeo se ha propuesto su prohibición[15]. Sin embargo, en España, existen ejemplos de cámaras de videovigilancia con reconocimiento facial instaladas en estaciones de autobuses desde 2016[16] o en el recinto Ifema de Madrid en noviembre de 2019[17]. También hay ejemplos de cámaras de reconocimiento automático de matrículas adquiridas por

---

[9] WANG/KAPOOR/BAROCAS/NARAYANAN, «*Against predictive optimization: on the legitimacy of decision-making algorithms that optimize predictive accuracy*», 2023, p. 3.

[10] BENNET MOSES/CHAN, «Algorithmic prediction in policing: assumptions, evaluation, and accountability», *Policing & Society*, 28(7), 2018, p. 812; SAPHIRO, «Predictive Policing for Reform? Indeterminacy and Intervention in Big Data Policing», *Surveillance & Society*, 17(3/4), 2019, pp. 456-472.

[11] JANSEN/SÁNCHEZ MONEDERO/DENCIK, «Biometric identity systems in law enforcement and the politics of (voice) recognition: The case of SiiP», *Big Data & Society*, 202, pp. 2-3.

[12] Esta tecnología implica procesado biométrico a tiempo real de imágenes capturadas por cámaras de vídeo fijas o móviles con el propósito de encontrar coincidencias con bases de datos policiales. Cuando el algoritmo detecta un posible emparejamiento envía una alerta y un agente de policía lo revisa. Ver FUSSEY, Pete/DAVIES, Bethan/INNES, «"Asssisted" facial recognition and the reinvention of suspicion and discretion in digital policing», *British Journal of Criminology*, 61(2), 2021, pp. 327-328.

[13] Son cámaras instaladas en carreteras que procesan en tiempo real las matrículas de los coches y las cotejan con bases de datos policiales o administrativas. Representan los sistemas de vigilancia basados en inteligencia artificial más extendidos en Europa. Ver JANSEN, Fieke, «*Data Driven Policing in the Context of Europe*», 2018, p. 5. Disponible en: https:// www.datajusticeproject.net/wp-content/uploads/sites/30/2019/05/Report-Data- Driven-Policing-EU.pdf

[14] La tecnología ha sido testada en Alemania (durante una reunión del G20), ver JANSEN, «*Data Driven Policing in the Context of Europe*», 2018, p. 5. Disponible en: https://www.datajusticeproject.net/wp-content/uploads/sites/30/2019/05/Report-Data-Driven-Policing-EU.pdf. Pero las pruebas más importantes se han realizado en Reino Unido, ver FUSSEY/DAVIES/INNES, «"Asssisted" facial recognition and the reinvention of suspicion and discretion in digital policing», *British Journal of Criminology*, 61(2), 2021, p. 326.

[15] ALARCÓN, Nacho, «La Eurocámara exige prohibir el reconocimiento facial en la norma europea de IA», *El Confidencial* (edición digital), 14 de junio de 2023. Disponible en https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2023-06-14/eurocamara-exige-prohibir-reconocimiento-facial-norma-europea-inteligencia-artificial_3665580/

[16] MIRALLES/CAMPISI/DÍAZ, «*Vigilancia hi-tech en tiempos del COVID-19*», 2021, p. 32. Disponible en https://www.donestech.net/files/mass-surveillance-esp-cast.pdf. Las autoras destacan además la posibilidad de proliferación de esta tecnología.

[17] Aunque se tiene poca información sobre su uso. CALATAYUD, «*Report Automating Society 2020*», 2021, pp. 44-45. Disponible en https://automatingsociety.algorithmwatch.org/report2020/spain/

la Guardia Urbana de Barcelona en 2019[18]. Además, se cuenta con el sistema VeriPol, diseñado para evaluar la veracidad de las denuncias de robos en domicilios y que utiliza el Cuerpo Nacional de Policía[19]; el proyecto europeo TENSOR, cuyo objetivo es desarrollar una plataforma digital con sistemas algorítmicos para detectar posibles actividades terroristas en internet[20]; o un algoritmo para detectar discursos de odio en redes sociales empleado por el Ministerio del Interior[21].

En segundo lugar, deben mencionarse los sistemas predictivos, lo que se ha venido llamando *predictive policing*[22] (policía predictiva). Estos sistemas son los que han acaparado mayor atención mediática y académica. Existen dos tipos: los que predicen el riesgo de comisión de delitos en determinados momentos y lugares (*place-based*) y los que asignan el riesgo a individuos concretos (*person-based*)[23]. Los primeros son los más extendidos. El *place-based predictive policing*, según BRANTINGHAM[24], es un proceso de tres pasos. En primer lugar, se recogen datos de uno o distintos tipos en diferentes zonas, como el tipo de delito, la hora detallada del hecho y la localización concreta. En segundo lugar, estos datos son procesados por algoritmos para predecir la ocurrencia de delitos en un ámbito de interés. En tercer y último lugar, la policía utiliza estas predicciones para fundamentar sus estrategias[25]. Se podría decir que, aunque todavía están en una fase «inicial» y se utilizan mayoritariamente en contextos concretos (principalmente en Estados Unidos de América y algunas ciudades europeas)[26], se prevé que su uso aumente de forma

---

[18] MIRALLES/CAMPISI/DÍAZ, «*Vigilancia hi-tech en tiempos del COVID-19*», 2021, p. 44. Disponible en https://www.donestech.net/files/mass-surveillance-esp-cast.pdf

[19] MIRALLES/CAMPISI/DÍAZ, «*Vigilancia hi-tech en tiempos del COVID-19*», 2021, p. 52 y 53. Disponible en https://www.donestech.net/files/mass-surveillance-esp-cast.pdf

[20] Ver web del projecto en https://tensor-project.eu/

[21] PÉREZ COLOMÉ, «¿Cuánto odio hay en Twitter? No mucho, pero es constante y hay para todos», *El País* (edición digital), 1 de noviembre de 2018. Disponible en https://elpais.com/tecnologia/2018/11/01/actualidad/1541030256_106965.html

[22] Algunos autores destacan que realmente el término correcto debería ser "*forecasting*" y no "*predictive*", ya que el primero captura mejor la dimensión de incertidumbre de los sistemas. Ver ROBINSON/KOEPKE, «*Stuck in a pattern: early evidence on "predictive policing" and civil rights*», 2016, p. 2. Disponible en https://search.issuelab.org/resource/stuck-in-a-pattern-early-evidence-on-predictive-policing-and-civil-rights

[23] ROBINSON/KOEPKE, «*Stuck in a pattern: early evidence on "predictive policing" and civil rights*», 2016, p. 2. Disponible en https://search.issuelab.org/resource/stuck-in-a-pattern-early-evidence-on-predictive-policing-and-civil-rights

[24] BRANTINGHAM, «The Logic of Data Bias and Its Impact on Place-Based Predictive Policing», *Ohio State Journal of Criminal Law*, 15, 2017, p. 473.

[25] Estas herramientas no sirven solo para la predicción en sí misma, también funcionan para los mandos policiales en términos de reconducir la discrecionalidad policial de los agentes y controlar en qué se están invirtiendo los recursos. Ver BENBOUZID, «To predict and to manage. Predictive policing in the United States », *Big Data & Society*, 6(1), 2019, pp. 4-5.

[26] BENNET MOSES/ CHAN, «Algorithmic prediction in policing: assumptions, evaluation, and accountability», *Policing & Society*, 28(7), 2018, p. 806; MIRÓ LLINARES, «Inteligencia artificial y Justicia Penal: más allá de los resultados lesivos causados por robots», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (20), 2018, p. 97; y MIRÓ LLINARES, «Predictive Policing: Utopia or Dystopia? On attitudes towards the use of Big Data algorithms for law enforcement», *Revista d'Internet, Dret i Política*, (30), 2020, p. 5; SAPHIRO, «Reform predictive policing», *Nature*, 541, 2017, p. 458.

significativa[27]/ [28]. En parte, por las expectativas puestas, por las grandes inversiones realizadas y todos los actores involucrados (organizaciones policiales, desarrolladores y comercializadores de la tecnología, investigadores y consultores)[29]. En España[30] existen VioGén, un sistema que ha evolucionado desde su estadio actuarial al predictivo, y que sirve para predecir el riesgo en casos de violencia de género[31]; y Pred-Crime, un software para predecir el momento y lugar de ocurrencia de determinados delitos utilizado por la Policía Local de Rivas-Vaciamadrid[32].

3. Problemas conocidos de las herramientas basadas en la inteligencia artificial

La investigación ya ha destacado algunos de los problemas de las herramientas basadas en inteligencia artificial que están utilizando los cuerpos de policía en la actualidad. Para abordar estas limitaciones y peligros se va a diferenciar entre las investigaciones realizadas, las asunciones teóricas detrás de estas herramientas y los problemas de transparencia y rendición de cuentas.

3.1. Investigaciones evaluativas y otros estudios sobre las herramientas basadas en la inteligencia artificial

a. Investigaciones sobre los sistemas de reconocimiento y detección

Sobre los sistemas de reconocimiento de rasgos biométricos se pueden destacar tres problemáticas halladas por la investigación. En primer lugar, estos sistemas reproducen las

[27] Aunque también tenemos ejemplos de cómo se está frenando su implementación, tanto por problemas que se verán más adelante como por cuestiones de recursos. Ver, por ejemplo, UBERTI, David, «After Backlash, Predictive Policing Adapts to a Changed World», *The Wall Street Journal* (edición digital), 8 de julio de 2021. Disponible en https://www.wsj.com/articles/after-backlash-predictive-policing-adapts-to-a-changed-world-11625752931 También cabe destacar que en Europa existe un fuerte movimiento en contra de la implementación de estas tecnologías. Ver FAIR TRIALS, «AI Act: EU must ban predictive AI systems in policing and criminal justice», *Fair Trials* (News Section), 1 de marzo de 2022. Disponible en https://www.fairtrials.org/articles/news/ai-act-eu-must-ban-predictive-ai-systems-in-policing-and-criminal-justice/

[28] ADENSAMER/KLAUSNER, «"Part Man, Part Machine, All Cop": automation in policing», *Frontiers in Artificial Intelligence*, 4, 2021, p. 8; FERGUSON, «Policing predictive policing», *Washington University Law Review*, 94(5), 2017, p. 1112; JOH, «Feeding the Machine: Policing, Crime Data, & Algorithms», *William & Mary Bill of Rights Journal*, 26(2), 2017, pp. 287-288.

[29] BRAYNE/ROSENBLAT/BOYD, «*Predictive policing. Data & civil rights: a new era of policing and justice*», 2015, p. 5; FERGUSON, «Policing predictive policing», *Washington University Law Review*, 94(5), 2017, p. 1114; JANSEN, «*Data Driven Policing in the Context of Europe*», 2018, p. 7. Disponible en: https:// www.datajusticeproject.net/wp-content/uploads/sites/30/2019/05/Report-Data- Driven-Policing-EU.pdf.

[30] Hay otras iniciativas, pero hasta la fecha no hay información de que se hayan implementado. Como el algoritmo para predecir robos en domicilio desarrollado por un agente de los Mossos d'Esquadra. Ver DURAN, «On hi pot haver onades de robatoris en domicilis? Un model matemàtic ajuda a predir-ho», *Corporació Catalana de Mitjans Audiovisuals* (324 Noticies), 8 de marzo de 2022. Disponible en https://www.ccma.cat/324/on-hi-pot-haver-onades-de-robatoris-en-domicilis-un-model-matematic-ajuda-a-predir-ho/noticia/3150679/ Otro ejemplo, también relacionado con los Mossos d'Esquadra se discutirá más adelante.

[31] En este caso sí que se cuenta con bastante información sobre su uso aunque no sobre el algoritmo en sí. CALATAYUD, «*Report Automating Society 2020*», 2021, pp. 43-44. Disponible en https://automatingsociety.algorithmwatch.org/report2020/spain/; MIRÓ LLINARES, «Inteligencia artificial y Justicia Penal: más allá de los resultados lesivos causados por robots», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (20), 2018, pp. 102-103.

[32] Se tiene poca información al respecto, de hecho no se sabe en qué punto de aplicación después de su implementación como prueba piloto en 2016. CALATAYUD, «*Report Automating Society 2020*», 2021, p. 45. Disponible en https://automatingsociety.algorithmwatch.org/report2020/spain/

desigualdades sociales; por ejemplo, los sistemas de reconocimiento reconocen mejor a los hombres blancos que al resto de personas, lo que ocurre por una sobrerrepresentación de estos en las imágenes que se utilizan para entrenar a los algoritmos[33]/ [34]. En segundo lugar, con el uso de estos sistemas y las actuales bases de datos masivas se puede incurrir en la falacia de la tasa base. Esto ocurre porque ningún sistema de emparejamiento puede tener una tasa de éxito de 100% y al aumentar la escala de los conjuntos de datos aumenta el riesgo de falsos positivos (y más si los algoritmos están «forzados» a encontrar coincidencias)[35]. En tercer lugar, pese a que una de las promesas de estas tecnologías es reducir la discrecionalidad de los agentes de policía, la investigación de FUSSEY et al.[36] muestra como sigue habiendo mucha discrecionalidad policial, sobre todo en la elección de los lugares donde se van a instalar las cámaras y las personas que van a ser sometidas a vigilancia. Por último, el campo de experimentación de algunas de estas tecnologías suele centrarse en las personas más vulnerables. Por ejemplo, existe un proyecto europeo que promete desarrollar un sistema capaz de detectar mentiras en los relatos de personas que quieren cruzar la frontera[37].

b. Investigaciones sobre los sistemas predictivos

En cuanto a los sistemas de policía predictiva, existen algunas evaluaciones sobre su capacidad predictiva y su eficacia. Algunas obtienen resultados positivos. Por ejemplo, MOHLER et al.[38] muestran que el uso del algoritmo ETAS (*Epidemic Type Aftershock Sequence*) predice más delitos que los analistas que hacen uso de la inteligencia policial convencional y mapas de distribución de delitos. Además, las patrullas que siguen sus predicciones consiguen reducir las tasas de delitos. También puede citarse la evaluación de LEVINE et al.[39], donde afirman que desde que la

---

[33] Esto, junto con las protestas tras la muerte de George Floyd, ha llevado a que algunas empresas retiren sus productos o dejen de vendérselos a la policía. Ver BBC, «George Floyd: Amazon bans police use of facial recognition tech», *BBC News*, 11 de junio de 2020. Disponible en https://www.bbc.com/news/business-52989128 Existen múltiples polémicas en las que se han visto envueltos los sistemas de reconocimiento facial. El más reciente es el caso de una mujer detenida erróneamente por la Policía de Detroit en base a las imágenes de una cámara de videovigilancia. Ver SÁNCHEZ-VALLEJO, «La detención errónea de una embarazada reaviva el rechazo a los sistemas de reconocimiento facial», *El País* (edición digital), 12 de agosto de 2023. Disponible en https://elpais.com/tecnologia/2023-08-12/la-detencion-erronea-de-una-embarazada-reaviva-el-rechazo-a-los-sistemas-de-reconocimiento-facial.html De hecho, algunas ciudades como San Francisco han prohibido el uso de estos sistemas por parte de la policía, basándose en los problemas mencionados. Ver MENDOZA GONZÁLEZ, «San Francisco, primera ciudad en prohibir la tecnología de reconocimiento facial en EE UU», *El País* (edición digital), 15 de mayo de 2019. Disponible en https://elpais.com/tecnologia/2019/05/15/actualidad/1557904606_766075.html

[34] BUOLAMWINI/GEBRU, «Gender Shades: Intersectional Accuracy Disparities in Commercial Gender Classification», *Proceedings of Machine Learning Research*, 81, 2018, pp. 77-91.

[35] ADENSAMER/KLAUSNER, «"Part Man, Part Machine, All Cop": automation in policing», *Frontiers in Artificial Intelligence*, 4, 2021, p. 5.

[36] FUSSEY/DAVIES/INNES, «"Asssisted" facial recognition and the reinvention of suspicion and discretion in digital policing», *British Journal of Criminology*, 61(2), 2021, p. 325-344.

[37] Véase SÁNCHEZ MONEDERO/DENCIK, «The politics of deceptive borders: 'biomarkers of deceit' and the case of iBorderCtrl», *Information, Communication & Society*, 25(3), 2022, pp. 413-430.

[38] MOHLER/SHORT/ MALINOWSKI/JOHNSON/TITA/BERTOZZI/BRANTINGHAM, «Randomized controlled field trials of predictive policing», *Journal of the American Statistical Association,* 110(512), 2015, pp. 1-43. Cabe destacar que en el artículo utilizan el algoritmo en el que se basa Predpol y algunos de los autores son fundadores de la empresa que lo comercializó.

[39] LEVINE/TISCH/TASSO/JOY, «The New York City Police Department's Domain Awareness System», *INFORMS Journal of Applied Analytics*, 47(1), 2017, pp. 70-84. Se podría decir que la evidencia en la que sostienen sus afirmaciones sobre la eficacia del sistema es circunstancial.

Policía de Nueva York hace uso de DAS (*Domain Awareness System*) ha mejorado su eficacia en la lucha contra el delito; o la de RATCLIFFE et al.[40], donde comparan zonas con patrullaje tradicional con aquellas que implementan un patrullaje guiado por *software* predictivo y encuentran que en aquellas zonas donde se realiza el último se observan reducciones significativas de delitos contra la propiedad.

Por otro lado, también existen evaluaciones de su eficacia con resultados no tan positivos. HUNT, SAUNDERS Y HOLLYWOOD[41] evalúan la puesta en práctica de un sistema predictivo por parte de la Policía de Shreveport. En su evaluación encuentran que, mientras que los agentes perciben beneficios en el uso de las nuevas estrategias, el uso de este sistema no comporta reducciones en los delitos contra la propiedad. En otra investigación, SAUNDERS, HUNT y HOLLYWOOD[42] muestran como el uso de la SSL (*Strategic Subjects List*) por parte de la Policía de Chicago, un sistema basado en el riesgo de individuos, no es una estrategia efectiva a la hora de prevenir la violencia mediante uso de armas de fuego. Por último, y en referencia concreta a PredPol, BENBOUZID[43] propuso al desarrollador original del algoritmo en el que se inspiró el equipo de PredPol, el sismólogo David Marsan, probar su eficacia frente a estrategias como los mapas de distribución de delitos[44] con datos abiertos de la ciudad de Chicago. Marsan cuestiona que la aplicación del algoritmo suponga ninguna ventaja frente a las estrategias tradicionales, su análisis pone de relieve que la contribución del efecto contagio (el fundamento detrás de PredPol) a la explicación de delitos futuros es muy pequeña y que la asunción de que los delitos futuros tendrán una dinámica similar a los pasados (no estacionalidad) es muy problemática[45], sobre todo teniendo en cuenta que, a diferencia de los eventos naturales (como terremotos), las personas que llevan a cabo los delitos pueden cambiar su comportamiento en el futuro (incluso como respuesta a las nuevas estrategias implementadas por la policía). Una investigación periodística más reciente reveló que las predicciones del *software* de Geolítica (el nombre de PredPol a partir de 2021) en la ciudad de Planfield (Nueva Jersey) tenían una tasa de acierto aproximada del 1 %.[46]

Más allá de las evaluaciones sobre su eficacia o eficiencia, existen estudios sobre otros aspectos de estas herramientas. Por ejemplo, LUM y ISAAC[47] muestran cómo haciendo uso del algoritmo de PredPol para predecir delitos relacionados con drogas se marcan los lugares donde la policía ya (sobre)vigilaba tradicionalmente, barrios vulnerabilizados donde están sobrerrepresentadas personas racializadas y de minorías étnicas. Por ello concluyen que la policía predictiva "predice

---

[40] RATCLIFFE/TAYLOR/ASKEY/THOMAS/GRASSO/BETHEL/FISHER/KOEHNLEIN, «The Philadelphia predictive policing experiment», *Journal of Experimental Criminology*, 17, 2021, pp.15-41.

[41] HUNT/ SAUNDERS/HOLLYWOOD, *Evaluation of the Shreveport Predictive Policing Experiment*, 2014. Disponible en https://www.rand.org/pubs/research_reports/RR531.html

[42] SAUNDERS/HUNT/HOLLYWOOD, «Predictions put into Practice», *Journal of Experimental Criminology*, 12, 2016, pp. 347-371.

[43] BENBOUZID, «Values and Consequences in Predictive Machine Evaluation. A Sociology of Predictive Policing», *Science & Technology Studies*, 32(4), 2018, pp. 124-125.

[44] El lema de PredPol era "*More Than A Hotspot Tool*". Ver BENBOUZID, *Science & Technology Studies*, 32(4), 2018, p. 122.

[45] La solución propuesta por MOHLER, introducir una variable de control temporal, no supone una solución adecuada para MARSAN ya que las dinámicas que él observa en diferentes momentos temporales para el delito son demasiado diferentes. Ver BENBOUZID, *Science & Technology Studies*, 32(4), 2018, p. 125.

[46] SANKIN/MATTU, «Predictive Policing Software Terrible At Predicting Crimes», *The Markup*, 2 de octubre de 2023. Disponible en https://themarkup.org/prediction-bias/2023/10/02/predictive-policing-software-terrible-at-predicting-crimes

[47] LUM/ISAAC, «To predict and serve?», *Singificance*, 13(5), 2016, pp. 14-19.

el control policial futuro, no los delitos futuros"[48]. En una línea similar, la investigación periodística de SANKIN et al.[49] siguió la implementación en 2018 de PredPol[50] en la ciudad de Plainfield. Estos autores encontraron un patrón consistente en las predicciones de PredPol y sus recomendaciones: el *software* recomendaba concentrar más patrullas de forma sistemática en barrios de mayoría negra o latina y de bajos ingresos. Posteriormente, se analizaron las predicciones en otras ciudades de los Estados Unidos de América y encontraron los mismos patrones. Este problema era conocido por algunos de los cofundadores de la empresa comercializadora[51] pero no fue comunicado a los cuerpos policiales que compraron el producto. Además, la investigación también muestra cómo algunos cuerpos policiales utilizan el *software* para delitos que los desarrolladores habían recomendado no utilizar, como delitos de drogas o delitos sexuales.

Ante los resultados y críticas de algunos de los estudios citados, y otros que se citaran posteriormente, BRANTINGHAM, VALASIK y MOHLER[52] investigan si las predicciones de su algoritmo pueden dar lugar a detenciones policiales sesgadas hacia determinados colectivos (por ejemplo, personas racializadas o de minorías étnicas o personas de bajos ingresos). Su estudio muestra que con los datos disponibles de la experiencia de la ciudad de Los Angeles esto no ocurre. Sin embargo, la investigación señala un mayor número de arrestos en las zonas marcadas por el algoritmo. Los autores finalizan advirtiendo de la importancia de la integridad de los datos con los que se «alimenta» el algoritmo. Este es precisamente un punto crítico, como advierten RICHARDSON, SCHULTZ y CRAWFORD[53]. Según los autores, no existen procedimientos estandarizados de recolección, evaluación y uso de información recogida durante las actividades de la policía y no hay evidencia de que las empresas que desarrollan esta tecnología validen de forma independiente los datos policiales. Por lo tanto, existe el riesgo de que los algoritmos se alimenten de datos contaminados. Con este término se refieren a aquellos datos que han sido distorsionados por malas prácticas (como abusos policiales) o sesgos policiales (por ejemplo, actuaciones por perfil étnico). Señalan además que es importante tener en cuenta que los sesgos del trabajo policial pueden actuar tanto de forma activa (cuando son el resultado de prácticas sesgadas) como al omitir información sobre determinados delitos e infractores a los que no se presta la misma atención que a otros.

---

[48] LUM/ISAAC, *Singificance*, 13(5), 2016, p. 16.

[49] SANKIN/MEHROTRA/MATTU/GILBERSTON, «Crime Prediction Software Promised to Be Free of Biases. New Data Shows It Perpetuates Them», *The Markup*, 12 de febrero de 2021. Disponible en https://themarkup.org/prediction-bias/2021/12/02/crime-prediction-software-promised-to-be-free-of-biases-new-data-shows-it-perpetuates-them

[50] En el reportaje se muestra como la compañía responsable del algoritmo, que cambió su nombre de PredPol a Geolítica en marzo de 2021, señaló que los investigadores usaban datos incompletos, aunque no aportaron muchas explicaciones y las que aportaron fueron hechos que los investigadores ya habían tenido en cuenta.

[51] Los autores del reportaje señalan este hecho en base a la presentación MOHLER/RAJE/CARTER/VALASIK/BRANTINGHAM, «A Penalized Likelihood Method for Balancing Accuracy and Fairness in Predictive Policing», 2018 IEEE International Conference on Systems, Man, and Cybernetics (SMC), 7-10 de octubre de 2018. Disponible en https://ieeexplore.ieee.org/abstract/document/8616417/authors#authors. En esta presentación los autores muestran el problema y proponen una corrección del algoritmo para hacerle frente.

[52] BRANTINGHAM/VALASIK/MOHLER, «Does Predictive Policing Lead to Biased Arrests? Results From a Randomized Controlled Trial», *Statistics and Public Policy*, 5(1), 2018, pp. 1-6.

[53] RICHARDSON/SCHULTZ/CRAWFORD, «Dirty data, bad predictions: how civil rights violations impact police data, predictive policing systems, and justice», New York University Law Review Online, 94(15), 2019, pp. 15-55.

En el caso de la discrecionalidad, en un sentido similar a lo que ocurre con los sistemas de reconocimiento, pese a que una de las promesas de los sistemas predictivos es reducir o reemplazar la discrecionalidad policial (y por lo tanto los sesgos de los agentes), la investigación de BRAYNE y CHRISTIN[54] muestra como en realidad lo que ocurre es que esta discrecionalidad se mantiene, por la resistencia de los agentes a ceder poder de decisión, o se desplaza a otros actores menos sujetos a la rendición de cuentas, como los desarrolladores de tecnología o los analistas de datos.

Centrando la atención en el contexto español, existen pocas evaluaciones de la eficacia o el impacto negativo de las herramientas predictivas. La única herramienta sobre la que se ha puesto el foco es VioGén. La investigación de LÓPEZ OSORIO, GONZÁLEZ ÁLVAREZ y ANDRÉS PUEYO[55], personas involucradas en la creación y desarrollo de todo el sistema VioGén, destaca que la valoración policial del riesgo (VPR, según ellos, el núcleo del sistema), que sirve para asignar protección a las víctimas, tiene una buena capacidad predictiva con una AUC[56] de 0,71 , con una sensibilidad del 85 % y una especificidad del 53,7 %[57], para intervalos de tiempo de tres meses, y una AUC de 0,58, sensibilidad de 61,2 % y especificidad del 53,6 % para seis meses[58]. Siguiendo a MARTÍNEZ GARAY y MONTES SUAY[59] los indicadores propuestos por los autores para medir la capacidad predictiva tienen una limitación importante. El AUC es un indicador de riesgo relativo, indica la mayor probabilidad del suceso de los individuos clasificados con un alto riesgo frente a los clasificados como de bajo riesgo. En base a los valores mostrados por LÓPEZ OSORIO et al.[60] y siguiendo a MARTÍNEZ GARAY y MONTES SUAY[61] se puede calcular que el valor predictivo positivo[62] es de 8,7 %, mientras que el valor predictivo negativo[63] es del 98,6 %. El valor predictivo positivo muestra que de los individuos que el modelo estimó que reincidirían a los tres meses sólo lo hizo finalmente el 8,6 %. Si bien para los autores del modelo el valor predictivo positivo bajo puede ser un indicador de eficacia de las medidas policiales tomadas, para MARTÍNEZ GARAY y MONTES SUAY[64] esto no está tan claro en ausencia de más datos. Además, consideran que los indicadores de riesgo relativo pueden ser interesantes cuando se cuenta con pocos recursos y se necesita priorizar su asignación, pero cuando se trata de tomar decisiones policiales o judiciales sobre

---

[54] BRAYNE/CHRISTIN, «Technologies of Crime Prediction: The Reception of Algorithms in Policing and Criminal Courts», *Social Problems*, 68(3), 2021, pp. 608-624.

[55] LÓPEZ OSORIO/GONZÁLEZ ÁLVAREZ/ANDRÉS PUEYO, «Eficacia predictiva de la valoración policial del riesgo de la violencia de género», *Pshychosocial intervention*, 25, 2016, pp. 1-7.

[56] El Área Bajo la Curva (AUC) se utiliza para evaluar la capacidad de un modelo de predecir correctamente entre dos clases de una variable binaria. La curva a la que se hace referencia es la curva ROC (Característica de Operación del Receptor) y esta representa la relación entre la tasa de verdaderos positivos y la tasa de falsos positivos. Una AUC de 0,5 indica que el modelo actúa aleatoriamente y, por lo tanto, no sirve para realizar predicciones. En este caso, al ser de 0,71 se podría considerar aceptable, por ser mayor que 0,5.

[57] La sensibilidad indica el porcentaje de identificación de los verdaderos positivos y en este caso es relativamente alto (de 85 %), mientras que la especificidad se refiere al porcentaje de clasificación de los verdaderos negativos, siendo en este caso relativamente bajo (53,7 %).

[58] Valores menos positivos en todos los casos, por lo que los autores consideran que la herramienta no es útil en este supuesto.

[59] MARTÍNEZ GARAY/MONTES SUAY, «El uso de valoraciones del riesgo de violencia en Derecho Penal: algunas cautelas necesarias», *InDret: revista para el análisis del derecho*, (2), 2018, pp. 1-47.

[60] LÓPEZ OSORIO/GONZÁLEZ ÁLVAREZ/ANDRÉS PUEYO, *Pshychosocial intervention*, 25, 2016, p. 5.

[61] MARTÍNEZ GARAY/MONTES SUAY, *InDret: revista para el análisis del derecho*, (2), 2018, pp. 31.

[62] El número de casos positivos observados dividido entre el total de casos positivos.

[63] El número de casos negativos observados dividido entre el total de casos negativos.

[64] MARTÍNEZ GARAY/MONTES SUAY, *InDret: revista para el análisis del derecho*, (2), 2018, pp. 32-33.

individuos, que afectan a sus derechos fundamentales, lo que se necesita es conocer el riesgo absoluto del suceso para el caso concreto. Por otro lado, la evaluación de ETICAS[65] sobre VioGén, destaca diferentes elementos discutibles. En primer lugar, que este sistema no ha sido evaluado de forma independiente; en segundo lugar, que no es transparente, ya que las investigadoras no pudieron acceder a los datos; en tercer lugar, el hecho de que, según su investigación, se acepten el 95 % de las recomendaciones hace pensar que es un sistema automático, aunque se promueve como un sistema de recomendación; en cuarto lugar, el sistema no involucra en ningún punto a las potenciales usuarias del mismo, lo que puede explicar el alto porcentaje de opiniones negativas de las mujeres que han formado parte de la evaluación; por último, destacan que la transición del sistema actuarial a un sistema predictivo alimentado por aprendizaje automático puede crear nuevas incógnitas.

3.2. Asunciones problemáticas[66]

A pesar de lo mencionado previamente, tal vez la faceta más crucial de estas herramientas se relaciona con las premisas teóricas, en el sentido de asunciones sobre el funcionamiento del mundo, en las que se fundamentan. Aquí se van a repasar algunas, principalmente enfocadas en las herramientas predictivas.

a. Los datos disponibles reflejan la realidad de la delincuencia

Esta asunción es difícilmente armonizable con años de investigación criminológica señalando los problemas de los datos sobre delitos registrados por la policía: los delitos que no se denuncian (cifra oscura), los patrones de denuncia diferenciales según la tipología delictiva, las inconsistencias en los registros, etc.[67]. Y esto lleva al problema de los bucles de retroalimentación (*confirmation feedback loops*)[68], problema señalado anteriormente[69]: el hecho de basar las actuaciones futuras en datos sesgados de actuaciones pasadas refuerza esas mismas actuaciones

[65] ETICAS, «*The external audit of VioGén System*», 2022. Disponible en https://eticasfoundation.org/gender/the-external-audit-of-the-viogen-system/

[66] Este apartado es una reproducción ligeramente reducida y modificada de un apartado del trabajo de BENNET MOSES/CHAN, «Algorithmic prediction in policing: assumptions, evaluation, and accountability», *Policing & Society*, 28(7), 2018, pp. 809-815.

[67] BENNET MOSES /CHAN, *Policing & Society*, 28(7), 2018, pp. 809-810; FERGUSON, «Policing predictive policing», *Washington University Law Review*, 94(5), 2017, pp. 1146-1147; VESTBY/VESTBY, «Machine Learning and the Police: Asking the Right Questions», *Policing*, 15(1), 2019, pp. 51-52; ZAVRŠNIK, *European Journal of Criminology*, 18(5), 2021, pp. 629.

[68] CHAPMAN/GRYLLS/UGWUDIKE/GAMMACK/AYLING, «A Data-driven analysis of the interplay between Criminological theory and predictive policing algorithms», *FAccT '22: Proceedings of the 2022 ACM Conference on Fairness, Accountability, and Transparency*, 2022, pp. 36-45. En este estudio las investigadoras muestran cómo esos bucles de retroalimentación ocurren incluso con datos simulados, y en parte el fenómeno de los bucles se explica por las teorías criminológicas que fundamentan las prácticas policiales y los propios algoritmos. Véanse también ENSING/FRIEDLER/NEVILLE/SCHEIDEGGER/VENKATASUBRAMANIAN, «Runaway Feedback Loops in Predictive Policing», *Proceedings of Machine Learning Research*, 81, 2018, pp. 1-12; ENSING/FRIEDLER/NEVILLE/SCHEIDEGGER/VENKATASUBRAMANIAN, «Runaway Feedback Loops in Predictive Policing», *Proceedings of Machine Learning Research*, 81, 2018, pp. 1-12.

[69] Véase LUM/ISAAC, «To predict and serve?», *Singificance*, 13(5), 2016, pp. 14-19.

pasadas[70]. Pero el verdadero elemento crítico, según JOH[71], es asumir que la policía es el consumidor final del producto cuando son ellos mismos los que generan los datos (que procesan los sistemas) con cada una de sus decisiones sobre qué hechos investigar y cómo registrarlos.

Estos problemas son conocidos por personas que investigan la delincuencia, pero no tanto por todas las personas que participan en el desarrollo de *software* de policía predictiva[72]. Algunas empresas han intentado hacer frente a este problema (y el de los datos contaminados), aunque con enfoques muy limitados. Por ejemplo, PredPol no utiliza los datos policiales del registro del delito sino los de las denuncias. Pese a que esto, a priori[73], puede eliminar el problema de los sesgos de las prácticas policiales, tiene otros problemas, entre otros los sesgos de las personas que denuncian o las diferencias sistemáticas a la hora de denunciar entre diferentes tipologías delictivas y determinados grupos sociales[74]. Además, no elimina del todo el sesgo policial ya que hay denuncias que son interpuestas por la propia policía durante sus actuaciones como las paradas y cacheos[75].

b. Las dinámicas delincuenciales futuras serán similares a las dinámicas del pasado

Asumir que la delincuencia futura será similar a la del pasado es una asunción discutible. Anteriormente ya se ha mostrado como las dinámicas delictivas de un año en la ciudad de Chicago eran muy diferentes al anterior[76]. Es razonable esperar que la regularidad sea diferente dependiendo de la tipología delictiva y de factores estructurales. Además, buscar patrones regulares puede hacer perder de vista fenómenos no tan regulares pero igualmente relevantes[77].

---

[70] RICHARDSON/SCHULTZ/CRAWFORD, «Dirty data, bad predictions: how civil rights violations impact police data, predictive policing systems, and justice», New York University Law Review Online, 94(15), 2019, p. 20.

[71] JOH, «Feeding the Machine: Policing, Crime Data, & Algorithms», *William & Mary Bill of Rights Journal*, 26(2), 2017, pp. 289-296.

[72] Con notables excepciones como la de Jeffrey P. BRANTINGHAM. Ver una discusión sobre estos temas en BRANTINGHAM, «The Logic of Data Bias and Its Impact on Place-Based Predictive Policing», *Ohio State Journal of Criminal Law*, 15, 2017, pp. 473-486; JOH, *William & Mary Bill of Rights Journal*, 26(2), 2017, p. 300; MIRÓ LLINARES, «Predictive Policing: Utopia or Dystopia? On attitudes towards the use of Big Data algorithms for law enforcement», *Revista d'Internet, Dret i Política*, (30), 2020, p. 13.

[73] Las investigaciones muestran que lo atenúa, pero no lo elimina. Ver ENSING/FRIEDLER/NEVILLE/SCHEIDEGGER/VENKATASUBRAMANIAN, «Runaway Feedback Loops in Predictive Policing», *Proceedings of Machine Learning Research*, 81, 2018, pp. 1-12.

[74] JOH, *William & Mary Bill of Rights Journal*, 26(2), 2017, p. 299; RICHARDSON/SCHULTZ/CRAWFORD, «Dirty data, bad predictions: how civil rights violations impact police data, predictive policing systems, and justice», New York University Law Review Online, 94(15), 2019, p. 23-24; SAPHIRO, «Reform predictive policing», *Nature*, 541, 2017, p. 459.

[75] FERGUSON, «Policing predictive policing», *Washington University Law Review*, 94(5), 2017, p. 1150.

[76] BENBOUZID, «Values and Consequences in Predictive Machine Evaluation. A Sociology of Predictive Policing», *Science & Technology Studies*, 32(4), 2018, p. 125.

[77] ADENSAMER/KLAUSNER, «"Part Man, Part Machine, All Cop": automation in policing», *Frontiers in Artificial Intelligence*, 4, 2021, pp. 3-4; BENNET MOSES/CHAN, *Policing & Society*, 28(7), 2018, p. 810; FERGUSON, «Policing predictive policing», *Washington University Law Review*, 94(5), 2017, p. 1157; KAUFMANN/EGBERT/LEESE, «Predictive policing and the politics of patterns», *British Journal of Criminology*, 59(3), 2019, pp. 679-684.

c. Irrelevancia de las variables omitidas

Como señalan BENNET MOSES y CHAN[78], cualquier herramienta analítica depende de un volumen limitado de información disponible. Esta información limitada difícilmente será compatible con la teoría criminológica, que señala la naturaleza multifactorial del fenómeno delictivo. En la práctica, las variables omitidas tienen un efecto en la precisión del modelo predictivo: a menor número de variables relevantes (señaladas por la teoría) menor será la precisión del modelo.

d. El proceso de análisis de datos no discrimina de forma injusta

El objetivo de cualquier sistema predictivo es diferenciar lugares o personas asignándoles distintos niveles de riesgo, es decir, discriminar. Sus defensores argumentan que esta discriminación no se produce por motivos injustos, como los basados en constructos sociales de raza o género, puesto que esa información no se utiliza en el proceso de análisis. Sin embargo, esto no toma en cuenta que los criterios de diferenciación que el sistema «aprende» pueden ser resultado de procesos de discriminación social históricos, por lo que los algoritmos pueden discriminar por raza o género incluso sin que esas variables estén presentes en los datos de entrenamiento[79]. Como ejemplifica SAPHIRO[80] «dado que en Estados Unidos la raza está estrechamente relacionada con la ubicación geográfica y el estatus socioeconómico, es imposible controlar totalmente los efectos indirectos en los datos».[81]

e. La intervención policial sugerida por el sistema predictivo es la que se llevará a cabo

Para que el sistema predictivo pueda mostrar su eficacia es necesario que las intervenciones policiales que sugiere en sus predicciones sean las que se llevan a cabo[82]. Sin embargo, años de estudio sobre los procesos de toma de decisiones en la institución policial o sobre la cultura policial desaconsejan dar por sentada esta asunción[83]. La investigación ha mostrado las discrepancias entre el «conocimiento» generado por los sistemas predictivos y la experiencia profesional de los agentes de policía[84], y una investigación reciente de SELTEN, ROBEER y GRIMMELIKHUIJSEN[85] muestra que los agentes de policía están más inclinados a aceptar las recomendaciones de los sistemas predictivos cuando confirman su juicio profesional.

---

[78] BENNET MOSES /CHAN, *Policing & Society*, 28(7), 2018, pp. 810-811.

[79] ADENSAMER/KLAUSNER, «"Part Man, Part Machine, All Cop": automation in policing», *Frontiers in Artificial Intelligence*, 4, 2021, pp. 3-4; BENNET MOSES/CHAN, *Policing & Society*, 28(7), 2018, pp. 811-812; BRAYNE/ROSENBLAT/BOYD, «*Predictive policing. Data & civil rights: a new era of policing and justice*», 2015, p. 4.

[80] SAPHIRO, «Reform predictive policing», *Nature*, 541, 2017, p. 459.

[81] Algo que también puede verse de forma más desarrollada en JEFFERSON, «Predictable Policing: Predictive Crime Mapping and Geographies of Policing and Race», *Annals of the American Association of Geographers*, 108, 2018, pp. 1-16. Este artículo sugiere que los sistemas de información geográfica sirven para legitimar las prácticas policiales dirigidas contra determinados lugares poblados por mayoría de personas racializadas.

[82] A este respecto es también interesante ver las opiniones de los agentes de policía sobre la introducción de estos sistemas. Por ejemplo, ver BRAYNE/CHRISTIN, «Technologies of Crime Prediction: The Reception of Algorithms in Policing and Criminal Courts», *Social Problems*, 68(3), 2021, pp. 608-624.

[83] BENNET MOSES/CHAN, *Policing & Society*, 28(7), 2018, pp. 813-814; FERGUSON, «Policing predictive policing», *Washington University Law Review*, 94(5), 2017, pp. 1172-1174.

[84] Véase, por ejemplo, RATCLIFFE/TAYLOR/FISHER, «Conflicts and congruencies between predictive policing and the patrol officer's craft», *Policing & Society*, 30, 2020, pp. 639-655.

[85] SELTEN/ROBEER/GRIMMELIKHUIJSEN, «'Just like I thought': Street-level bureaucrats trust AI recommendations if they confirm their professional judgment», *Public Administration Review*, 83(2), 2023, pp. 263-278.

Las anteriores asunciones son pertinentes tanto para los sistemas predictivos basados en lugares como en personas. Sin embargo, a estos últimos habría que añadirle otros problemas como la falta de fundamentos teóricos sólidos y sus negativas implicaciones para la presunción de inocencia[86].

3.3. Transparencia y rendición de cuentas[87]

Los algoritmos que utilizan las herramientas predictivas presentan dos problemas de transparencia. El primero, es que muchos están protegidos por el secreto comercial. Y, el segundo, es que tienen una naturaleza de caja negra[88] que hace muy difícil entender los resultados, incluso para las personas que los han desarrollado[89].

Derivado de este problema de transparencia existe otro de rendición de cuentas. En una sociedad democrática se espera que los criterios de las actuaciones de la administración pública estén establecidos previamente y sean entendibles. Pero con los sistemas basados en aprendizaje automático los criterios no están definidos previamente y la persona que implementa las recomendaciones del sistema puede no conocer el «razonamiento" detrás de las predicciones, por lo tanto existe una dificultad para justificar las actuaciones[90]. Además, las técnicas de policía predictiva suponen otro problema para la rendición de cuentas. Es difícil exigir responsabilidad en un contexto en el que intervienen una gran variedad de actores (desarrolladores de tecnología, decisores, implementadores, etc.) y es difícil delimitar la responsabilidad de cada uno[91]. Para FERGUSON[92] esto se añade a los problemas ya existentes de falta de transparencia y rendición de cuentas en la policía.

4. Si estos problemas son conocidos ¿de dónde viene el *hype*?

Si se conocen las anteriores limitaciones y problemas de estos sistemas, cabría preguntarse porqué existen tantas expectativas. Aquí se proponen dos aspectos que contribuyen al *hype*: los

---

[86] FERGUSON, «Policing predictive policing», *Washington University Law Review*, 94(5), 2017, p. 1143; MIRÓ LLINARES, «Predictive Policing: Utopia or Dystopia? On attitudes towards the use of Big Data algorithms for law enforcement», *Revista d'Internet, Dret i Política*, (30), 2020, p. 4; SAPHIRO, *Nature*, 541, 2017, p. 458.

[87] Para algunos autores, los problemas en estas áreas pueden ser los más decisivos a la hora de frenar el avance de estas tecnologías en la toma de decisiones de la Administración en general. Ver, por ejemplo, BELL, «Replacing Bureaucrats with Automated Sorcerers?», *Daedalus*, 150, 2021, pp. 89-103.

[88] Estos algoritmos toman datos de entrada, los procesan a través de capas y capas de cálculos complejos (tomando en cuenta gran cantidad de parámetros), y luego proporcionan una predicción. Es difícil entender cómo se llega a un resultado específico a través de todas esas capas de cálculos.

[89] BENBOUZID, «Values and Consequences in Predictive Machine Evaluation. A Sociology of Predictive Policing», *Science & Technology Studies*, 32(4), 2018, p. 121-123; BENNET MOSES/CHAN, *Policing & Society*, 28(7), 2018, p. 818; FERGUSON, *Washington University Law Review*, 94(5), 2017, pp. 1165-1166; JOH, *William & Mary Bill of Rights Journal*, 26(2), 2017, pp. 292-293; RICHARDSON/SCHULTZ/CRAWFORD, «Dirty data, bad predictions: how civil rights violations impact police data, predictive policing systems, and justice», New York University Law Review Online, 94(15), 2019, p. 21; RICHARDSON/SCHULTZ/CRAWFORD, «Dirty data, bad predictions: how civil rights violations impact police data, predictive policing systems, and justice», New York University Law Review Online, 94(15), 2019, p. 21; SAPHIRO, *Nature*, 541, 2017, p. 458.

[90] BELL, «Replacing Bureaucrats with Automated Sorcerers?», *Daedalus*, 150, 2021, pp. 89-103.

[91] BENNET MOSES/CHAN, *Policing & Society*, 28(7), 2018, pp. 817-818; MEIJER/WESSELS, «Predictive Policing: Review of Benefits and Drawbacks», *International Journal of Public Administration*, 42(12), 2019, p. 1035.

[92] FERGUSON, *Washington University Law Review*, 94(5), 2017, p. 1168.

intereses comerciales y la intersección entre el proceso de reestructuración de prioridades del control policial y el solucionismo tecnológico.

4.1. Intereses económicos

Aunque es difícil establecer si primero surgen los intereses económicos o el *hype*, parece claro que en un contexto de expectativas exageradas es más fácil vender productos que prometen conseguir resultados excepcionales surgidos de la inteligencia artificial.[93]

Es frecuente que el desarrollo de herramientas que hacen uso de inteligencia artificial para la vigilancia y control de la delincuencia sean adjudicadas a empresas privadas por parte de administraciones públicas[94]. Por poner un ejemplo concreto, en una búsqueda rápida en la Plataforma de Servicios de Contratación Pública de la Generalitat de Catalunya[95] se puede encontrar un contrato de 2020 por valor de 1.481.785,97 € de la *Comissaria General d'Informació* de los Mossos d'Esquadra con la empresa S21sec para dotarse de una herramienta que permite identificar en internet el riesgo de amenaza terrorista. Las herramientas en cuestión son Voyager Analytics y Voyager Check, desarrolladas por la empresa israelí Voyager Labs. Este contrato se hizo sin concurso a través de la vía de emergencia, justificándose en el alto nivel de alerta antiterrorista[96].

Pero esto no ocurre solo con las administraciones de ámbito estatal (sean de nivel nacional, autonómico o local), MIRALLES, CAMPISI y DÍAZ[97] muestran a lo largo de su investigación como la Unión Europea financia, directa o indirectamente, empresas que desarrollan varias de estas tecnologías a través de los fondos del programa Horizonte 2020. Y el interés económico no está solo en el desarrollo de estas herramientas sino también en fases posteriores como la supervisión de su uso[98].

---

[93] Aunque en la práctica no funcionan con inteligencia artificial o sus resultados están muy lejos de las promesas. Se pueden ver ejemplos en https://www.aisnakeoil.com/ o https://fakeaibook.com/

[94] MIRALLES, «Quan la inseguretat és un negoci», *La Directa* (edición digital), 4 de mayo de 2023. Disponible en https://directa.cat/quan-la-inseguretat-es-un-negoci/. También se pueden ver varios ejemplos en MIRALLES/CAMPISI/DÍAZ, «*Vigilancia hi-tech en tiempos del COVID-19*», 2021. Disponible en https://www.donestech.net/files/mass-surveillance-esp-cast.pdf

[95] Ver https://contractaciopublica.cat/ca/detall-publicacio/6f0bb8e3-912d-8381-7268-e37fce24c46b/66289761

[96] Cabe destacar que la empresa desarrolladora de las herramientas ha estado envuelta en polémica en otros países. En 2020 varios medios colombianos publicaron un reportaje donde anunciaban que el ejército de Colombia había estado realizando perfiles de periodistas, activistas, políticos o sindicalistas haciendo uso de las herramientas de Voyager Labs. Noticias que resuena con el hecho de que, entre 2012 y 2013, los Mossos d'Esquadra encargaron al Cesicat (la actual Agencia de Ciberseguridad de Catalunya) realizar informes de seguimiento de activistas y periodistas. Ver BORRÀS, Enric, «El Govern destina 1,5 milions en un sistema per espiar el jihadisme a la xarxa», *Ara* (edición digital), 18 de agosto de 2020. Disponible en https://www.ara.cat/societat/govern-mossos-plataforma-tecnologica-inteligencia-criminal-emergencia-seguretat-nacional-terrorisme-jihadista_1_1082254.html

[97] MIRALLES/CAMPISI/DÍAZ, «*Vigilancia hi-tech en tiempos del COVID-19*», 2021. Disponible en https://www.donestech.net/files/mass-surveillance-esp-cast.pdf.

[98] Como muestra la posible adjudicación de importantes contratos a la gran consultora Deloitte y a la asociación OdiseIA, que además son empresas que también tienen intereses en la fase de desarrollo. Ver GONZALO, «Qué empresas están detrás del contrato para supervisar la IA en España», *Newtral*, 10 de junio de 2023. Disponible en https://www.newtral.es/empresas-contrato-odiseia-ia-deloitte/20230610/

4.2. El giro preventivo y el tecnosolucionismo

Muchos de los cambios ocurridos en el seno del sistema de justicia penal (incluyendo a la policía) en las últimas décadas se ha enmarcado en el denominado «giro preventivo»[99]. Esto para la institución policial ha implicado pasar de tener un rol principalmente reactivo ante la delincuencia y el desorden, aunque siempre ha tenido un peso importante la actuación proactiva, a exigirle que sus tareas se centren principalmente en la anticipación de los comportamientos infractores[100].

Según HARCOURT[101] el programa actuarialista, que se enmarca en el giro preventivo, supuso la permeación en la concepción de la justicia de saberes técnicos, procedentes de fuera del propio sistema de justicia: la idea de que se debe y se puede predecir el comportamiento delictivo y que debe tratarse como un riesgo práctico. Esto provocó cambios estructurales en el sistema de justicia penal. Por ejemplo, para el autor, el actuarialismo desplaza las teorías del castigo: la sentencia pasa de estar fundada en ideas sobre lo que debería ser un castigo justo, a estar más relacionada con el historial previo de la persona como fundamento para predecir un riesgo futuro.

En este sentido, se podría decir que las «nuevas» herramientas, basadas en inteligencia artificial, forman parte del avance del mismo proyecto: centrar el problema del comportamiento delictivo en sus cuestiones más prácticas o técnicas[102]/[103]. Pese a las diferencias de las herramientas (si son de policía predictiva o de reconocimiento de rasgos biométricos), todas persiguen un mismo fin: anticiparse a los riesgos y aumentar la eficiencia en la asignación de recursos[104]. Lo que diferenciaría a las nuevas herramientas es la reducción todavía mayor del papel de (algunas)

---

[99] Aunque el mismo proceso, o parte de este, ha recibido otros nombres. Ver, por ejemplo, GARLAND, «*The culture of control: Crime and Social Order in Contemporary Society*», 2001. The University of Chicago Press.

[100] GARCÍA GARCÍA /MENDIOLA/ÁVILA /BONELLI/BRANDARIZ/FERNÁNDEZ BESSA/MAROTO CALATAYUD, «*Metropolice: seguridad y policía en la ciudad neoliberal*», 2021, pp. 63 y ss. Traficantes de Sueños; SAN MARTÍN SEGURA, «El papel de los objetos técnicos en el giro preventivo de las políticas securitarias», *Revista Crítica Penal y Poder*, (19), 2020, pp. 31-33.

[101] HARCOURT, «*Against Prediction: Profiling, policing and punishing in an actuarial age*», 2007, pp. 173 y ss. The University of Chicago Press.

[102] También en el sentido de la gestión de los recursos. Ver BENBOUZID, «To predict and to manage. Predictive policing in the United States », *Big Data & Society*, 6(1), 2019, pp. 1-13.

[103] BRAYNE/ROSENBLAT/BOYD, «*Predictive policing. Data & civil rights: a new era of policing and justice*», 2015, p. 1; FERGUSON, *Washington University Law Review*, 94(5), 2017, p. 1114; HONG, «Prediction as extraction of discretion», *Big Data & Society*, online, 2023, pp. 1-11; KAUFMANN/EGBERT/LEESE, «Predictive policing and the politics of patterns», *British Journal of Criminology*, 59(3), 2019, p. 677; RICHARDSON /SCHULTZ/CRAWFORD, «Dirty data, bad predictions: how civil rights violations impact police data, predictive policing systems, and justice», New York University Law Review Online, 94(15), 2019, p. 21; SAN MARTÍN SEGURA, «El papel de los objetos técnicos en el giro preventivo de las políticas securitarias», *Revista Crítica Penal y Poder*, (19), 2020, pp. 39-50; ZAVRŠNIK, *European Journal of Criminology*, 18(5), 2021, pp. 627-628.

[104] La herramienta antecesora con más relación con la policía predictiva es el COMPSTAT, ejemplo más representativo de la gestión actuarial en la policía, que se implementa, de la mano de William BRATTON, en 1994 en la Policía de Nueva York y que consiste en un sistema de georreferenciación de datos policiales en tiempo real que se utiliza para la asignación de recursos (y también para la rendición de cuentas). A finales de la década de los 2000, en un contexto de crisis económica y recortes en las organizaciones policiales, y ante la presión de distribuir los recursos policiales de forma más eficiente, William BRATTON, esta vez como jefe de la Policía de Los Ángeles y utilizando sus experiencias previas, comienza a trabajar con agencias federales para desarrollar la idea de policía predictiva. Ver BENBOUZID, *Big Data & Society*, 6(1), 2019, pp. 2-3.; BRAYNE/ROSENBLAT/BOYD, «*Predictive policing. Data & civil rights: a new era of policing and justice*», 2015, pp. 1-2.; FERGUSON, *Washington University Law Review*, 94(5), 2017, pp. 1124-1125.

personas[105] y de las teorías sobre el comportamiento delictivo en la toma de decisiones, la menor transparencia de la racionalidad detrás de las predicciones, y su aprovechamiento de los avances computacionales[106]/[107].

SAN MARTÍN SEGURA[108] sostiene que no es que el avance de las tecnologías de seguridad esté relacionado con el giro preventivo, sino más bien que este último se apoya en el primero y las decisiones de política preventiva se apoyan entonces en cuestiones técnicas «con pretensión de objetividad matemática»[109]. Este último punto, el de pasar decisiones sobre política criminal bajo la pretensión de objetividad que acompaña al uso de la tecnología, se relaciona también con la idea de tecnosolucionismo o solucionismo tecnológico[110]. Esta se puede definir cómo la idea de que los complejos problemas sociales pueden solucionarse a través de la tecnología. Pese a que es una idea que algunas personas siguen con la esperanza honesta de mejorar la sociedad, esta idea contiene dos peligros. Por un lado, esconde que otras personas promueven estas soluciones tecnológicas por meros intereses económicos y políticos (como los mencionados más arriba) y, por otro lado, simplifica la compleja realidad social y desvía la atención de soluciones menos «espectaculares» que sí toman en cuenta esta complejidad[111].

5. El papel de las ciencias sociales en la era de la inteligencia artificial

Llegados a este punto, es posible preguntarse por el papel que deben desempeñar las ciencias sociales ante este escenario. Más allá de la tarea de fiscalizar los intereses de la industria y otras instituciones, como hacen las investigaciones periodísticas antes mencionadas, se van a señalar una serie de ámbitos donde se considera necesaria la aportación de las ciencias sociales, entre ellas la criminología.

---

[105] Se puede considerar que hay una transferencia del poder de decisión de determinados actores públicos a los desarrolladores de la tecnología (que suelen ser empresas privadas).

[106] Incluso se podría considerar que las herramientas anteriores no generaban predicciones *per se*, ya que, por ejemplo, con los mapas de la delincuencia se pasa de mapas retrospectivos a mapas prospectivos usando para construir los parámetros del modelo los elementos de contagio y victimización reiterada. Ver BENBOUZID, «From situational crime prevention to predictive policing: sociology of an ignored controversy», *Champ pénal/Penal field,* 12, 2015, online.

[107] BENNET MOSES/CHAN, *Policing & Society*, 28(7), 2018, p. 808; BRAYNE/ROSENBLAT/BOYD, «*Predictive policing. Data & civil rights: a new era of policing and justice*», 2015, p. 7; MEIJER/WESSELS, «Predictive Policing: Review of Benefits and Drawbacks», *International Journal of Public Administration*, 42(12), 2019, p. 1033; MIRÓ LLINARES, «Inteligencia artificial y Justicia Penal: más allá de los resultados lesivos causados por robots», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (20), 2018, pp. 92-94.

[108] SAN MARTÍN SEGURA, «El papel de los objetos técnicos en el giro preventivo de las políticas securitarias», *Revista Crítica Penal y Poder*, (19), 2020, pp. 32-33.

[109] Una problematización sobre la concepción neutral de la tecnología puede verse en MIRÓ LLINARES, «Predictive Policing: Utopia or Dystopia? On attitudes towards the use of Big Data algorithms for law enforcement», *Revista d'Internet, Dret i Política*, (30), 2020, pp. 1-18.

[110] Aquí lo importante no es tanto el debate entre posiciones utópicas o distópicas en torno a las aplicaciones de la inteligencia artificial en el control policial sino como ese debate puede ignorar otros debates más profundos sobre la naturaleza del control policial. Al respecto, algunos estudios muestran que el marco predominante en la investigación académica es favorable a estas tecnologías. Ver LAVORGNA/UGWUDIKE, «The datafication revolution in criminal justice: An empirical exploration of frames portraying data-driven technologies for crime prevention and control», *Big Data & Society*, online, 2021, pp. 1-15. Un repaso sobre las posturas optimistas y fatalistas puede verse en MIRÓ LLINARES, «Predictive Policing: Utopia or Dystopia? On attitudes towards the use of Big Data algorithms for law enforcement», *Revista d'Internet, Dret i Política*, (30), 2020, pp. 1-18.

[111] MOROZOV, «*La locura del solucionismo tecnológico*», 2015. Katz Editores; ZAVRŠNIK, *European Journal of Criminology*, 18(5), 2021, pp. 623-642.

5.1. Destecnificar y problematizar el debate

Una de las cosas que debe hacerse desde las ciencias sociales es entender que el uso de herramientas basadas en inteligencia artificial en el trabajo policial no es solo una cuestión técnica. Se debe tener claro qué está en juego cuando debatimos sobre cualquier aspecto de la seguridad o la policía[112].

Un punto del debate, que se pierde en la discusión de los elementos técnicos, es la cuestión de para qué se van a usar estar herramientas[113]: qué delitos, qué personas, qué lugares, en definitiva, qué riesgos se van a intentar detectar o predecir[114]. A este respecto, CLIFTON, LAVIGNE y TSENG[115] de *The New Inquiry Magazine* desarrollaron una herramienta predictiva[116] con una clara intencionalidad reivindicativa. Su trabajo comienza afirmando que «el crimen financiero es una amenaza rampante pero oculta. A pesar de esto, los sistemas policiales predictivos apuntan de manera desproporcionada a los delitos callejeros en lugar de los delitos de cuello blanco». Por lo menos desde 2016 existen herramientas para predecir las malas prácticas policiales y algunas personas se preguntan por qué la policía no hace uso de ellas[117]. Elegir para qué se utilizan estas herramientas tiene poco que ver con aspectos técnicos. Pero además existen otras cuestiones que son antes debates normativos que técnicos, como por ejemplo, qué objetivos se buscan cuando se utilizan estas herramientas[118] o qué debe prevalecer en los sistemas, si la precisión o la equidad[119]. Para ZAVRŠNIK[120] el problema va más allá, dado que el delito es un fenómeno normativo que varía según el contexto, los algoritmos nunca podrán ser calibrados con precisión dado el conjunto inicial y cambiante de hechos.

Por otro lado, existe el mencionado problema de los datos contaminados. Aun cuando se reconoce este problema es muy difícil hacerle frente por dos razones: existe poco control sobre las prácticas policiales problemáticas, y no existe ninguna solución técnica que pueda mitigar el problema de la información que no se genera por la omisión de determinados hechos[121].

---

[112] LOADER, «*Revisiting the police mission»,* 2020. Disponible en https://www.policingreview.org.uk/wp-content/uploads/insight_paper_2.pdf

[113] Algunos autores señalan que los sistemas no miden otras necesidades de las comunidades ni usan otros indicadores sobre actuación policial más allá de la tasa de delitos. ROBINSON/KOEPKE, «*Stuck in a pattern: early evidence on "predictive policing" and civil rights*», 2016, p. 6. Disponible en https://search.issuelab.org/resource/stuck-in-a-pattern-early-evidence-on-predictive-policing-and-civil-rights

[114] HONG, *Big Data & Society*, online, 2023, pp. 1-11; VESTBY/VESTBY, «Machine Learning and the Police: Asking the Right Questions», *Policing*, 15(1), 2019, pp. 52-54.

[115] CLIFTON/LAVIGNE/TSENG, «Predicting Financial Crime: Augmenting the Predictive Policing Arsenal», 2017. Disponible en https://whitecollar.thenewinquiry.com/static/whitepaper.pdf

[116] Puede consultarse aquí: https://whitecollar.thenewinquiry.com/

[117] ARTHUR, «We Now Have Algorithms To Predict Police Misconduct», *FiveThirtyEight*, 9 de marzo de 2016. Disponible en https://fivethirtyeight.com/features/we-now-have-algorithms-to-predict-police-misconduct/

[118] VESTBY/VESTBY, *Policing*, 15(1), 2019, pp. 52-54.

[119] BERK, «Artificial Intelligence, Predictive Policing, and Risk Assessment for Law Enforcement», *Annual Review of Criminology*, 4, 2021, p. 233.

[120] ZAVRŠNIK, *European Journal of Criminology*, 18(5), 2021, pp. 629.

[121] RICHARDSON/SCHULTZ/CRAWFORD, «Dirty data, bad predictions: how civil rights violations impact police data, predictive policing systems, and justice», New York University Law Review Online, 94(15), 2019, pp. 48-49.

WANG et al.[122] destacan además otros problemas de legitimidad de lo que ellos llaman optimización predictiva (el uso de aprendizaje automático para hacer predicciones sobre individuos y tomar decisiones en base a estas). Entre ellos: si los objetivos que persigue la optimización predictiva son objetivos socialmente relevantes, si los individuos afectados por las decisiones tienen capacidad para cuestionar estas decisiones, cómo de grave son las consecuencias de un error de clasificación, si las personas participan en procesos de optimización predictiva de forma voluntaria o involuntaria, o si las personas con mayor conocimiento del sistema pueden verse beneficiadas.

En resumen, se trataría de hacer visible que decisiones que son aparentemente técnicas no lo son, sino que son decisiones con elementos normativos y de legitimidad.

5.2. Tecnología y ciencia

A veces, el uso de tecnología parece legitimar científicamente algunas prácticas que no tienen fundamentos científicos verdaderamente sólidos (o que directamente no los tienen).

a. Reconocimiento sin conocimiento

En el caso de los sistemas de reconocimiento de rasgos biométricos, además de los problemas planteados anteriormente, algunos sistemas van más allá y prometen detectar, a partir de los datos físicos registrados en imágenes, aspectos como las emociones, las mentiras o incluso la propensión a la criminalidad. Se puede decir que las expectativas que generan estas promesas son inversamente proporcionales a la base científica real de las afirmaciones. Algunas grandes empresas tecnológicas (como Google, Amazon o IBM) venden algoritmos de reconocimiento de las emociones a través de imágenes faciales. Para el campo de la vigilancia policial, por ejemplo, esto podría significar ser capaz de anticipar amenazas[123]. El problema es que no existe ninguna base científica para inferir emociones en base a las expresiones faciales[124].

Otros sistemas aseguran poder detectar cuándo una persona está mintiendo, como ya se ha mencionado anteriormente[125]. El interés de las agencias del control penal en tecnologías que permitan detectar las mentiras de sospechosos, acusados, testimonios, etc. no es nuevo. Pero las evidencias científicas sobre la capacidad de estas tecnologías para efectuar lo que prometen han sido débiles o inexistentes (ver, por ejemplo, para el caso del Polígrafo, el informe del NATIONAL RESEARCH COUNCIL[126]). Y es que existe poco apoyo científico a las asunciones de que las personas generan una respuesta física cuando están relatando un hecho que saben que es falso (ya que, por ejemplo, esas mismas respuestas físicas se dan independientemente de si el contenido del

---

[122] WANG/KAPOOR/BAROCAS /NARAYANAN, «*Against predictive optimization: on the legitimacy of decision-making algorithms that optimize predictive accuracy*», 2023, pp. 1-45. Disponible en

[123] VINCENT, «AI 'emotion recognition' can't be trusted», *The Verge*, 25 de junio de 2019. Disponible en https://www.theverge.com/2019/7/25/8929793/emotion-recognition-analysis-ai-machine-learning-facial-expression-review

[124] BARRET/ADOLPHS/MARSELLA/MARTINEZ/POLLAK, «Emotional Expressions Reconsidered: Challenges to Inferring Emotion From Human Facial Movements», *Psychological Science in the Public Interest*, 20(1), 2019, 1-68.

[125] Ver SÁNCHEZ MONEDERO/DENCIK, *Information, Communication & Society*, 25(3), 2022, pp. 413-430.

[126] NATIONAL RESEARCH COUNCIL, «*The Polygraph and Lie Detection*», 2003. Washington, DC: The National Academies Press. Disponible en https://nap.nationalacademies.org/catalog/10420/the-polygraph-and-lie-detection

relato es falso o verídico) o que la mentira sea un predictor válido de la culpabilidad[127]. Sin embargo, estas promesas han vuelto, esta vez apoyadas en la capacidad discriminatoria de los algoritmos de aprendizaje automático[128], como iBorderCtrl (cuyos problemas son analizados por SÁNCHEZ-MONEDERO y DENCIK[129]).

En nuestro contexto y en el terreno de la detección de mentiras tenemos el ejemplo de VeriPol[130]. Un algoritmo que según sus desarrolladores es muy efectivo a la hora de determinar si una denuncia de robo en domicilio es falsa[131]. A diferencia de las anteriores tecnologías, esta se basa en el procesamiento del lenguaje (escrito por los agentes de policía a través de las denuncias orales), no de imágenes, lo que supone una novedad relevante. A falta de evaluaciones o estudios independientes de la herramienta, se pueden destacar algunas limitaciones como la representatividad de los datos de entrenamiento o que en realidad no detecta mentiras sino lo similar que son algunos testimonios a denuncias que la policía ya ha catalogado como falsas[132].

Por último, y con promesas que van mucho más allá, algunos investigadores han afirmado crear algoritmos basados en aprendizaje automático capaces de predecir la «tendencia criminal» de individuos a partir de imágenes[133]. Este estudio ha sido criticado entre otras cuestiones por su diseño: las personas etiquetadas como criminales provenían de imágenes de identificaciones policiales mientras que las personas etiquetadas como no criminales provenían de fotos recopiladas de internet[134]. En otro artículo, otro grupo de investigadores, proponían también un algoritmo que aseguraba los mismos resultados. Sin embargo, este artículo no llegó a ver la luz por las críticas contenidas en una carta abierta de más de 1.000 personas expertas en diversas áreas (como el aprendizaje automático o la sociología)[135] que hicieron que la editorial Springer

---

[127] NATIONAL RESEARCH COUNCIL, «*The Polygraph and Lie Detection*», 2003. Washington, DC: The National Academies Press. Disponible en https://nap.nationalacademies.org/catalog/10420/the-polygraph-and-lie-detection; SÁNCHEZ MONEDERO/DENCIK, *Information, Communication & Society*, 25(3), 2022, p. 416.

[128] BITTLE, «Lie detectors have always been suspect. AI has made the problem worse.», *MIT Technology Review*, 13 marzo de 2020. Disponible en https://www.technologyreview.com/2020/03/13/905323/ai-lie-detectors-polygraph-silent-talker-iborderctrl-converus-neuroid/

[129] SÁNCHEZ MONEDERO/DENCIK, *Information, Communication & Society*, 25(3), 2022, pp. 413-430.

[130] GARCÍA, «VeriPol, el polígrafo 'inteligente' de la policía, puesto en cuestión por expertos en ética de los algoritmos», *El País* (edición digital), 9 de marzo de 2021. Disponible en https://elpais.com/tecnologia/2021-03-08/veripol-el-poligrafo-inteligente-de-la-policia-puesto-en-cuestion-por-expertos-en-etica-de-los-algoritmos.html

[131] QUIJANO SÁNCHEZ/LIBERATORE/CAMACHO COLLADOS/CAMACHO COLLADOS, «Applying automatic text-based detection of deceptive language to police reports: Extracting behavioral patterns from a multi-step classification model to understand how we lie to the police», *Knowledge-Based Systems*, 149(1), 2018, pp. 155-168.

[132] Ver GARCÍA, *El País* (edición digital), 9 de marzo de 2021. Disponible en https://elpais.com/tecnologia/2021-03-08/veripol-el-poligrafo-inteligente-de-la-policia-puesto-en-cuestion-por-expertos-en-etica-de-los-algoritmos.html

[133] Por ejemplo, HASHEMI/HALL, «Retracted article: *Criminal tendency detection from facial images and the gender bias effect*», *Journals of Big Data*, 7(2), 2020, pp. 1-16. Cabe destacar que los autores se retractaron de este artículo porque no se solicitó la aprobación de un comité ético antes de la investigación (aún haciendo uso de datos biométricos).

[134] BOWYER/KING/SCHEIRER/VANGARA, «The "Criminality From Face" Illusion», *IEEE Transactions on Technology and Society*, 1(4), 2020, pp. 175-183.

[135] Puede consultarse en https://medium.com/@CoalitionForCriticalTechnology/abolish-the-techtoprisonpipeline-9b5b14366b16

Nature rechazara su publicación. Las críticas tachan estos estudios de seguir con la corriente pseudocientífica y racista de la frenología[136].

b. La ilusión del progreso[137]

Por lo que se refiere a los sistemas predictivos que hacen uso de algoritmos de aprendizaje automático, estos se promueven a través de una promesa de mayor precisión que las técnicas predictivas anteriores. En este punto cabe destacar que HAND[138] demostró que el valor añadido de los modelos predictivos cada vez más complejos era pequeño comparado con los modelos más simples en términos de precisión. Además, el autor argumenta a favor del uso de modelos más sencillos por varias cuestiones, principalmente porque los modelos complejos necesitan cumplir muchas asunciones que en el mundo real no se cumplen y porque los modelos simples son más fácilmente interpretables.

c. Los límites de la predictibilidad

La «ilusión de progreso» ha sido confirmada en estudios posteriores. SALGANIK et al.[139] presentan el resultado de una colaboración entre multitud de investigadores/as de diferentes disciplinas. El propósito de esta colaboración era, partiendo de un mismo conjunto de datos, predecir seis hitos en trayectorias vitales (por ejemplo, el promedio en las calificaciones escolares en la infancia o la probabilidad de sufrir un desahucio). Con este objetivo, diferentes grupos de investigadores/as crearon sus propios modelos predictivos. Los resultados muestran que los modelos más complejos, aquellos que hacían uso de algoritmos de aprendizaje automático, no eran más precisos que los modelos más simples. Pero este estudio muestra un problema aun mayor: los mejores modelos no eran muy precisos. Los resultados de este estudio tienen implicaciones muy serias en cuanto a los límites de la predicción en las ciencias sociales. De hecho, NARAYANAN, uno de los participantes del estudio, en una presentación afirma que, así como los algoritmos para detectar discursos de odio en redes sociales o internet son prometedores, en el campo de la policía predictiva la aplicación de la inteligencia artificial tiene muchos problemas y «estos problemas son difíciles porque no podemos predecir el futuro. Esto debería ser sentido común. Pero parece que hemos decidido suspender el sentido común cuando la inteligencia artificial está involucrada»[140].

---

[136] VINCENT, «AI experts say research into algorithms that claim to predict criminality must end», *The Verge*, 24 de junio de 2020. Disponible en https://www.theverge.com/2020/6/24/21301465/ai-machine-learning-racist-crime-prediction-coalition-critical-technology-springer-study

[137] Título en referencia al trabajo HAND, «Classifier Technology and the Illusion of Progress», *Statistical Science*, 21(1), 2006, 1-14.

[138] HAND, *Statistical Science*, 21(1), 2006, 1-14.

[139] SALGANIK/LUNDBERG/KINDEL/AHEARN/AL-GHONEIM/ALMAATOUQ/MCLANAHAN, «Measuring the predictability of life outcomes with a scientific mass collaboration», *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 117(15), 2020, pp. 8398-8403.

[140] La presentación puede verse en https://www.cs.princeton.edu/~arvindn/talks/MIT-STS-AI-snakeoil.pdf

d. Pragmatismo versus conocimiento

Hay que tener en cuenta, además, que, aunque el uso de la tecnología envuelva algunas prácticas en cierta capa de cientificidad[141], las personas que desarrollan esta tecnología no siempre lo hacen siguiendo los procedimientos ni buscando objetivos meramente científicos. El estudio de BENBOUZID[142] muestra las discrepancias entre el sismólogo Marsan y los desarrolladores de PredPol en este sentido. Para Marsan, la forma de evaluar el éxito de su algoritmo era mediante la comparación del modelo matemático y una concepción coherente del objeto estudiado. La forma de evaluar el éxito del algoritmo de PredPol para sus desarrolladores era comparando su rendimiento frente a otros algoritmos[143].

5.3. ¿Si la solución es la inteligencia artificial, cuál era el problema?

Como se ha visto anteriormente, la introducción de la inteligencia artificial en el control policial viene a solucionar principalmente un problema: la eficacia y eficiencia en la reducción de la delincuencia. Sin embargo, tradicionalmente los estudios sobre eficacia y eficiencia de las actuaciones policiales suelen obviar una parte importante del cálculo: los costes sociales[144].

Cabe destacar que hay algunas excepciones. Por ejemplo, en un informe de la Academia Nacional de Ciencias, Ingeniería, y Medicina de Estados Unidos de América, coordinado y editado por WEISBURD y MAJMUNDAR[145], se hace una revisión de la eficacia de diferentes estrategias policiales proactivas. En las conclusiones de este estudio se señala uno de los costes sociales más importantes: «es muy probable que se produzcan grandes disparidades raciales en el volumen y naturaleza de los encuentros entre policía y ciudadanía cuando la policía se centra en personas o lugares de alto riesgo, como es común en muchos de los programas policiales proactivos». En una revisión sistemática reciente sobre los efectos de las paradas policiales[146] se muestra que este tipo de actuaciones policiales pueden ir seguidas de reducciones en tasas delictivas, sin embargo, también van seguidas de mayores probabilidades de sufrir problemas de salud física y mental para las personas afectadas, más actitudes negativas hacía la policía (sobre todo entre los y las jóvenes) y mayores niveles de delincuencia autorreportada.

En resumen, estos estudios advierten que determinadas actuaciones policiales, más allá de su eficacia en la reducción de delitos, pueden tener consecuencias graves en las personas y comunidades afectadas. Sin embargo, estos estudios se centran en algunas de las posibles

---

[141] HONG, *Big Data & Society*, online, 2023, pp. 1-11; JEFFERSON, «Predictable Policing: Predictive Crime Mapping and Geographies of Policing and Race», *Annals of the American Association of Geographers*, 108, 2018, pp. 1-16.

[142] BENBOUZID, *Science & Technology Studies*, 32(4), 2018, p. 127-128.

[143] Una discrepancia en términos similares, el avance en el conocimiento frente a la investigación aplicada surgió entre HOPE y PEASE, dos investigadores de la prevención situacional de la delincuencia. Ver BENBOUZID, «From situational crime prevention to predictive policing: sociology of an ignored controversy», *Champ pénal/Penal field,* 12, 2015, online.

[144] STAGOFF-BELFORT/BODAH/GILBERT, «*The Social Costs of Policing*», *2022* Disponible en https://www.vera.org/downloads/publications/ the-social-costs-of-policing.pdf

[145] WEISBURD/MAJMUNDAR (eds.), «*Proactive Policing: effects on crime and communities*», 2017. Washington, DC: The National Academy Press.

[146] PETERSEN/WEISBURD/FAY/EGGINS/MAZEROLLE, «Police stops to reduce crime: A systematic review and meta-analysis», *Campbell Systematic Reviews*, 19, 2023, pp. 1-42.

actuaciones policiales. Por el contrario, la investigación de STAGOFF-BELFORT, BODAH y GILBERT[147] es la primera que intenta sistematizar todos los costes sociales asociados al control policial. En este estudio se exponen tanto los costes sociales directos para los individuos afectados como los costes indirectos para la comunidad. Clasifican estos costes en cuatro ámbitos: daños a la salud de personas y comunidades; impactos negativos en el rendimiento escolar; impactos negativos en la seguridad económica; y reducciones en la participación cívica y el compromiso comunitario. Los autores critican que no tener en cuenta estos costes, como es común en las evaluaciones de la actividad policial, supone sobreestimar los beneficios en la seguridad.

Entonces, si se tienen en cuenta estos costes lo siguiente sería buscar alternativas menos dañinas. Sin embargo, este punto crucial se pierde en los debates sobre la eficacia de las nuevas herramientas de inteligencia artificial de las que dispone la policía.

6. Apuntes finales

En este trabajo se ha intentado mostrar cómo las exageradas expectativas, promovidas por intereses económicos y perspectivas tecnoptimistas, sobre las aplicaciones de la inteligencia artificial en el control policial ignoran, y en cierta manera dificultan, el debate sobre cuestiones más básicas sobre la policía.

Se ha de tener en cuenta que estas herramientas se insertan en un contexto en el que falta un debate público más profundo sobre diversas cuestiones, como por ejemplo: ¿cuál debe ser la misión fundamental de la policía en una sociedad democrática? ¿de qué medios debe disponer la policía para cumplir con su misión? ¿qué costes sociales relacionados con la actividad policial se está dispuesto a asumir? ¿qué problemas que ahora gestiona la policía podrían ser gestionados de otra forma?[148]. Es difícil posicionarse en el debate sobre las herramientas discutidas en este trabajo sin antes haber establecido un acuerdo en estas cuestiones (entre otras).

7. Bibliografía

7.1 Investigaciones

ADENSAMER, Angelika/KLAUSNER, Lukas Daniel, «"Part Man, Part Machine, All Cop": automation in policing», *Frontiers in Artificial Intelligence*, 4, 2021, pp. 1-10.

BARRET, Lisa Fieldman/ADOLPHS, Ralph/MARSELLA, Stacy/MARTINEZ Alex M./POLLAK, Seth D., «Emotional Expressions Reconsidered: Challenges to Inferring Emotion From Human Facial Movements», *Psychological Science in the Public Interest*, 20(1), 2019, 1-68.

BELL, Bernard V., «Replacing Bureaucrats with Automated Sorcerers?», *Daedalus*, 150, 2021, pp. 89-103.

[147] STAGOFF-BELFORT/BODAH/GILBERT, «*The Social Costs of Policing*», *2022* Disponible en https://www.vera.org/downloads/publications/ the-social-costs-of-policing.pdf

[148] Un buen punto de partida podrían ser los términos que propone LOADER, «*Revisiting the police mission»,* 2020. Disponible en https://www.policingreview.org.uk/wp-content/uploads/insight_paper_2.pdf

BENBOUZID, Bilel, «From situational crime prevention to predictive policing: sociology of an ignored controversy», *Champ pénal/Penal field,* 12, 2015, online.

BENBOUZID, Bilel, «Values and Consequences in Predictive Machine Evaluation. A Sociology of Predictive Policing», *Science & Technology Studies*, 32(4), 2018, pp. 119-136.

BENBOUZID, Bilel, «To predict and to manage. Predictive policing in the United States », *Big Data & Society*, 6(1), 2019, pp. 1-13.

BENNET MOSES, Lyria/CHAN, Janet, «Algorithmic prediction in policing: assumptions, evaluation, and accountability», *Policing & Society*, 28(7), 2018, pp. 806-822.

BERK, Richard A., «Artificial Intelligence, Predictive Policing, and Risk Assessment for Law Enforcement», *Annual Review of Criminology*, 4, 2021, pp. 209-237.

BOWYER, Kevin W./KING, Michael C./SCHEIRER, Walter J./VANGARA, Kushal, «The "Criminality From Face" Illusion», *IEEE Transactions on Technology and Society*, 1(4), 2020, pp. 175-183.

BRANTINGHAM, P. Jeffrey, «The Logic of Data Bias and Its Impact on Place-Based Predictive Policing», *Ohio State Journal of Criminal Law*, 15, 2017, pp. 473-486.

BRANTINGHAM, P. Jeffrey/VALASIK, Matthew/MOHLER, George O., «Does Predictive Policing Lead to Biased Arrests? Results From a Randomized Controlled Trial», *Statistics and Public Policy*, 5(1), 2018, pp. 1-6.

BRAYNE, Sarah/CHRISTIN, Angèle, «Technologies of Crime Prediction: The Reception of Algorithms in Policing and Criminal Courts», *Social Problems*, 68(3), 2021, pp. 608-624.

BRAYNE, Sarah/ROSENBLAT, Alex/BOYD, Danah, «*Predictive policing. Data & civil rights: a new era of policing and justice*», 2015, pp. 1-11. Disponible en http://www.datacivilrights.org/pubs/2015-1027/Predictive_Policing.pdf

BUOLAMWINI, Joy/GEBRU, Timnit, «Gender Shades: Intersectional Accuracy Disparities in Commercial Gender Classification», *Proceedings of Machine Learning Research*, 81, 2018, pp. 77-91.

CALATAYUD, José Miguel, «*Report Automating Society 2020*», 2021. Disponible en https://automatingsociety.algorithmwatch.org/report2020/spain/

CHAPMAN, Adriane/GRYLLS, Philip/UGWUDIKE, Pamela/GAMMACK, David/AYLING, Jacqui, «A Data-driven analysis of the interplay between Criminological theory and predictive policing algorithms», *FAccT '22: Proceedings of the 2022 ACM Conference on Fairness, Accountability, and Transparency*, 2022, pp. 36-45.

CLIFTON, Brian/LAVIGNE, Sam/TSENG, Francis, «Predicting Financial Crime: Augmenting the Predictive Policing Arsenal», 2017. Disponible en https://whitecollar.thenewinquiry.com/static/whitepaper.pdf

ENSING, Danielle/FRIEDLER, Sorelle A./NEVILLE, Scott/SCHEIDEGGER, Carlos/VENKATASUBRAMANIAN, Suresh, «Runaway Feedback Loops in Predictive Policing», *Proceedings of Machine Learning Research*, 81, 2018, pp. 1-12.

ETICAS, «*The external audit of VioGén System*», 2022. Disponible en https://eticasfoundation.org/gender/the-external-audit-of-the-viogen-system/

FERGUSON, Andrew G., «Policing predictive policing», *Washington University Law Review*, 94(5), 2017, pp. 1109-1189.

FUSSEY, Pete/DAVIES, Bethan/INNES, Martin, «"Asssisted" facial recognition and the reinvention of suspicion and discretion in digital policing», *British Journal of Criminology*, 61(2), 2021, pp. 325-344.

GARCÍA GARCÍA, Sergio/MENDIOLA, Ignacio/ÁVILA, Débora/BONELLI, Laurent/BRANDARIZ, José Ángel/FERNÁNDEZ BESSA, Cristina/MAROTO CALATAYUD, Manuel, «*Metropolice: seguridad y policía en la ciudad neoliberal*», 2021. Traficantes de Sueños.

GARLAND, David, «*The culture of control: Crime and Social Order in Contemporary Society*», 2001. The University of Chicago Press.

HAND, David J., «Classifier Technology and the Illusion of Progress», *Statistical Science*, 21(1), 2006, 1-14.

HARCOURT, Bernard E., «*Against Prediction: Profiling, policing and punishing in an actuarial age*», 2007. The University of Chicago Press.

HASHEMI, Mahdi/HALL, Margaret, «Retracted article: *Criminal tendency detection from facial images and the gender bias effect*», *Journals of Big Data*, 7(2), 2020, pp. 1-16.

HUNT, Priscillia/ SAUNDERS, Jessica/HOLLYWOOD, John S., «*Evaluation of the Shreveport Predictive Policing Experiment*», 2014. Disponible en https://www.rand.org/pubs/research_reports/RR531.html

JANSEN, Fieke, «*Data Driven Policing in the Context of Europe*», 2018. Disponible en: https:// www.datajusticeproject.net/wp-content/uploads/sites/30/2019/05/Report-Data-Driven-Policing-EU.pdf

JANSEN, Fieke/SÁNCHEZ MONEDERO, Javier/DENCIK, Lina, «Biometric identity systems in law enforcement and the politics of (voice) recognition: The case of SiiP», *Big Data & Society*, 202, pp. 1-13.

JEFFERSON, Brian Jordan, «Predictable Policing: Predictive Crime Mapping and Geographies of Policing and Race», *Annals of the American Association of Geographers*, 108, 2018, pp. 1-16.

JOH, Elizabeth E., «Feeding the Machine: Policing, Crime Data, & Algorithms», *William & Mary Bill of Rights Journal*, 26(2), 2017, pp. 287-302.

KALTHEUNER, Frederike, «AI Snake Oil, Pseudoscience and Hype», en Frederike KALTHEUNER (ed.), *Fake AI* (Chapter 2). Disponible en versión digital en https://fakeaibook.com/

KAUFMANN, Mareile/EGBERT, Simon/LEESE, Mathias, «Predictive policing and the politics of patterns», *British Journal of Criminology*, 59(3), 2019, pp. 674-692.

LAVORGNA, Anita/UGWUDIKE, Pamela, «The datafication revolution in criminal justice: An empirical exploration of frames portraying data-driven technologies for crime prevention and control», *Big Data & Society*, online, 2021, pp. 1-15.

LEVINE, E. S./TISCH, Jessica/TASSO, Anthony/JOY, Michael, «The New York City Police Department's Domain Awareness System», *INFORMS Journal of Applied Analytics*, 47(1), 2017, pp. 70-84.

LOADER, Ian, «*Revisiting the police mission»,* 2020. Disponible en https://www.policingreview.org.uk/wp-content/uploads/insight_paper_2.pdf

LÓPEZ OSORIO, Juan José/GONZÁLEZ ÁLVAREZ, José Luis/ANDRÉS PUEYO, Antonio, «Eficacia predictiva de la valoración policial del riesgo de la violencia de género», *Pshychosocial intervention*, 25, 2016, pp. 1-7.

LUM, Kristian/ISAAC, William, «To predict and serve?», *Singificance*, 13(5), 2016, pp. 14-19.

MARTÍNEZ GARAY, Lucía/MONTES SUAY, Francisco, «El uso de valoraciones del riesgo de violencia en Derecho Penal: algunas cautelas necesarias», *InDret: revista para el análisis del derecho*, (2), 2018, pp. 1-47.

MEIJER, Albert/WESSELS, Martijn, «Predictive Policing: Review of Benefits and Drawbacks», *International Journal of Public Administration*, 42(12), 2019, pp. 1031-1039.

MIRALLES, Nora/CAMPISI, Giulia/DÍAZ, Carlos, «*Vigilancia hi-tech en tiempos del COVID-19*», 2021, p. 44. Disponible en https://www.donestech.net/files/mass-surveillance-esp-cast.pdf

MIRÓ LLINARES, Fernando, «Inteligencia artificial y Justicia Penal: más allá de los resultados lesivos causados por robots», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (20), 2018, pp. 87-130.

MIRÓ LLINARES, Fernando, «Predictive Policing: Utopia or Dystopia? On attitudes towards the use of Big Data algorithms for law enforcement», *Revista d'Internet, Dret i Política*, (30), 2020, pp. 1-18.

MOHLER, George O./SHORT, Martin B./ MALINOWSKI, Sean/JOHNSON, Mark/TITA, George E./BERTOZZI, Andrea L./BRANTINGHAM, P. Jeffrey, «Randomized controlled field trials of predictive policing», *Journal of the American Statistical Association,* 110(512), 2015, pp. 1-43.

MOROZOV, Evgeny, «*La locura del solucionismo tecnológico*», 2015. Clave Intelectual.

NATIONAL RESEARCH COUNCIL. «*The Polygraph and Lie Detection*», 2003. Disponible en https://nap.nationalacademies.org/catalog/10420/the-polygraph-and-lie-detection

PETERSEN, Kevin/WEISBURD, David/FAY, Sindey/EGGINS, Elizabeth/MAZEROLLE, Lorraine, «Police stops to reduce crime: A systematic review and meta-analysis», *Campbell Systematic Reviews*, 19, 2023, pp. 1-42.

QUIJANO SÁNCHEZ, Lara/LIBERATORE, Federico/CAMACHO COLLADOS, José/CAMACHO COLLADOS, Miguel, «Applying automatic text-based detection of deceptive language to police reports: Extracting behavioral patterns from a multi-step classification model to understand how we lie to the police», *Knowledge-Based Systems*, 149(1), 2018, pp. 155-168.

RATCLIFFE, Jerry H./TAYLOR, Ralph B./ASKEY, Amber Perenzin/THOMAS, Kevin/GRASSO, John,/BETHEL, Kevin J./FISHER, Ryan/KOEHNLEIN, Josh, «The Philadelphia predictive policing experiment», *Journal of Experimental Criminology*, 17, 2021, pp.15-41.

RATCLIFFE, Jerry H./TAYLOR, Ralph B./FISHER, Ryan, «Conflicts and congruencies between predictive policing and the patrol officer's craft», *Policing & Society*, 30, 2020, pp. 639-655.

RICHARDSON, Rashida/SCHULTZ, Jason M/CRAWFORD, Kate, «Dirty data, bad predictions: how civil rights violations impact police data, predictive policing systems, and justice», *New York University Law Review Online*, 94(15), 2019, pp. 15-55.

ROBINSON, David/KOEPKE, Logan, «*Stuck in a pattern: early evidence on "predictive policing" and civil rights*», 2016. Disponible en https://search.issuelab.org/resource/stuck-in-a-pattern-early-evidence-on-predictive-policing-and-civil-rights

SALGANIK, Matthew J./LUNDBERG, Ian/KINDEL, Alexander T./AHEARN, Caitlin E./AL-GHONEIM, Khaled/ALMAATOUQ, Abdullah/… MCLANAHAN, Sara, «Measuring the predictability of life outcomes with a scientific mass collaboration», *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 117(15), 2020, pp. 8398-8403.

SÁNCHEZ MONEDERO, Javier/DENCIK, Lina, «The politics of deceptive borders: 'biomarkers of deceit' and the case of iBorderCtrl», *Information, Communication & Society*, 25(3), 2022, pp. 413-430.

SAN MARTÍN SEGURA, David, «El papel de los objetos técnicos en el giro preventivo de las políticas securitarias», *Revista Crítica Penal y Poder*, (19), 2020, pp. 30-55.

SAPHIRO, Aaron, «Reform predictive policing», *Nature*, 541, 2017, pp. 458-460.

SAPHIRO, Aaron, «Predictive Policing for Reform? Indeterminacy and Intervention in Big Data Policing», *Surveillance & Society*, 17(3/4), 2019, pp. 456-472.

SAUNDERS, Jessica/HUNT, Priscillia/HOLLYWOOD, John S., «Predictions put into Practice», *Journal of Experimental Criminology*, 12, 2016, pp. 347-371.

SELTEN, Friso/ROBEER, Marcel/GRIMMELIKHUIJSEN, Stephan, «'Just like I thought': Street-level bureaucrats trust AI recommendations if they confirm their professional judgment», *Public Administration Review*, 83(2), 2023, pp. 263-278.

STAGOFF-BELFORT, Aaron/BODAH, Daniel/GILBERT, Daniela, «*The Social Costs of Policing*», *2022* Disponible en https://www.vera.org/downloads/publications/ the-social-costs-of-policing.pdf

VESTBY, Annette/VESTBY, Jonas, «Machine Learning and the Police: Asking the Right Questions», *Policing*, 15(1), 2019, pp. 44-58.

WANG, Angelina/KAPOOR, Sayash/BAROCAS, Solon/NARAYANAN, Arvind, «*Against predictive optimization: on the legitimacy of decision-making algorithms that optimize predictive accuracy*», 2023, pp. 1-45. Disponible en https://predictive-optimization.cs.princeton.edu/

WEISBURD, David/MAJMUNDAR, Malay K. (eds.), «*Proactive Policing: effects on crime and communities*», 2017. The National Academy Press.

ZAVRŠNIK, Aleš, «Algorithmic justice: Algorithms and big data in criminal justice settings», *European Journal of Criminology*, 18(5), 2021, pp. 623-642.

7.2. Noticias y recursos web

ALARCÓN, Nacho, «La Eurocámara exige prohibir el reconocimiento facial en la norma europea de IA», *El Confidencial* (edición digital), 14 de junio de 2023. Disponible en https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2023-06-14/eurocamara-exige-prohibir-reconocimiento-facial-norma-europea-inteligencia-artificial_3665580/

ANGELA BRASCIA, Clara, «James Manyika (Google): "La inteligencia artificial cambiará el mundo, como las computadoras o la electricidad"», *El País* (edición digital), 28 de junio de 2023. Disponible en https://elpais.com/tecnologia/2023-06-28/james-manyka-google-la-inteligencia-artificial-cambiara-el-mundo-como-las-computadoras-o-la-electricidad.html

ARTHUR, Rob, «We Now Have Algorithms To Predict Police Misconduct», *FiveThirtyEight*, 9 de marzo de 2016. Disponible en https://fivethirtyeight.com/features/we-now-have-algorithms-to-predict-police-misconduct/

BBC, «George Floyd: Amazon bans police use of facial recognition tech», *BBC News*, 11 de junio de 2020. Disponible en https://www.bbc.com/news/business-52989128

BITTLE, Jake, «Lie detectors have always been suspect. AI has made the problem worse.», *MIT Technology Review*, 13 marzo de 2020. Disponible en https://www.technologyreview.com/2020/03/13/905323/ai-lie-detectors-polygraph-silent-talker-iborderctrl-converus-neuroid/

BORRÀS, Enric, «El Govern destina 1,5 milions en un sistema per espiar el jihadisme a la xarxa», *Ara* (edición digital), 18 de agosto de 2020. Disponible en https://www.ara.cat/societat/govern-mossos-plataforma-tecnologica-inteligencia-criminal-emergencia-seguretat-nacional-terrorisme-jihadista_1_1082254.html

DURAN, Xavier, «On hi pot haver onades de robatoris en domicilis? Un model matemàtic ajuda a predir-ho», *Corporació Catalana de Mitjans Audiovisuals* (324 Noticies), 8 de marzo de 2022.

Disponible en https://www.ccma.cat/324/on-hi-pot-haver-onades-de-robatoris-en-domicilis-un-model-matematic-ajuda-a-predir-ho/noticia/3150679/

EFE, «La inteligencia artificial, un "cambio de paradigma" en la universidad, según expertos», La Vanguardia (edición digital), 22 de junio de 2023. Disponible en https://www.lavanguardia.com/vida/20230622/9062016/inteligencia-artificial-cambio-paradigma-universidad-expertos.html

FAIR TRIALS, «AI Act: EU must ban predictive AI systems in policing and criminal justice», *Fair Trials* (News Section), 1 de marzo de 2022. Disponible en https://www.fairtrials.org/articles/news/ai-act-eu-must-ban-predictive-ai-systems-in-policing-and-criminal-justice/

GARCÍA, Jorge G., «VeriPol, el polígrafo 'inteligente' de la policía, puesto en cuestión por expertos en ética de los algoritmos», *El País* (edición digital), 9 de marzo de 2021. Disponible en https://elpais.com/tecnologia/2021-03-08/veripol-el-poligrafo-inteligente-de-la-policia-puesto-en-cuestion-por-expertos-en-etica-de-los-algoritmos.html

GONZALO, Marilín, «Qué empresas están detrás del contrato para supervisar la IA en España», *Newtral*, 10 de junio de 2023. Disponible en https://www.newtral.es/empresas-contrato-odiseia-ia-deloitte/20230610/

HILTZIK, Michael, «Artificial intelligence chatbots are spreading fast, but hype about them is spreading faster», *Los Angeles Times* (edición digital), 13 de julio de 2023. Disponible en https://www.latimes.com/business/story/2023-07-13/column-artificial-intelligence-chatbots-are-spreading-fast-but-hype-about-them-is-spreading-faster

MENDOZA GONZÁLEZ, Susana, «San Francisco, primera ciudad en prohibir la tecnología de reconocimiento facial en EE UU», *El País* (edición digital), 15 de mayo de 2019. Disponible en https://elpais.com/tecnologia/2019/05/15/actualidad/1557904606_766075.html

MIRALLES, Nora, «Quan la inseguretat és un negoci», *La Directa* (edición digital), 4 de mayo de 2023. Disponible en https://directa.cat/quan-la-inseguretat-es-un-negoci/

PÉREZ COLOMÉ, Jordi, «¿Cuánto odio hay en Twitter? No mucho, pero es constante y hay para todos», *El País* (edición digital), 1 de noviembre de 2018. Disponible en https://elpais.com/tecnologia/2018/11/01/actualidad/1541030256_106965.html

REQUEIJO, Alejandro, «Sentencias dictadas por inteligencia artificial. ¿Es posible sustituir al juez por un robot?», *El Confidencial* (edición digital), 1 de mayo de 2023. Disponible en https://www.elconfidencial.com/espana/2023-05-01/sentencias-dictadas-inteligencia-artificial_3620933/

SÁNCHEZ-VALLEJO, María Antonia, «La detención errónea de una embarazada reaviva el rechazo a los sistemas de reconocimiento facial», *El País* (edición digital), 12 de agosto de 2023. Disponible en https://elpais.com/tecnologia/2023-08-12/la-detencion-erronea-de-una-embarazada-reaviva-el-rechazo-a-los-sistemas-de-reconocimiento-facial.html

SANKIN, Aaron/ MATTU, Surya, «Predictive Policing Software Terrible At Predicting Crimes», *The Markup*, 2 de octubre de 2023. Disponible en https://themarkup.org/prediction-bias/2023/10/02/predictive-policing-software-terrible-at-predicting-crimes

SANKIN, Aaron/MEHROTRA, Dhruv/MATTU, Surya/GILBERSTON, Annie, «Crime Prediction Software Promised to Be Free of Biases. New Data Shows It Perpetuates Them», *The Markup*, 2 de diciembre de 2021. Disponible en https://themarkup.org/prediction-bias/2021/12/02/crime-prediction-software-promised-to-be-free-of-biases-new-data-shows-it-perpetuates-them

UBERTI, David, «After Backlash, Predictive Policing Adapts to a Changed World», *The Wall Street Journal* (edición digital), 8 de julio de 2021. Disponible en https://www.wsj.com/articles/after-backlash-predictive-policing-adapts-to-a-changed-world-11625752931

VINCENT, James, «AI 'emotion recognition' can't be trusted», *The Verge*, 25 de junio de 2019. Disponible en https://www.theverge.com/2019/7/25/8929793/emotion-recognition-analysis-ai-machine-learning-facial-expression-review

VINCENT, James, «AI experts say research into algorithms that claim to predict criminality must end», *The Verge*, 24 de junio de 2020. Disponible en https://www.theverge.com/2020/6/24/21301465/ai-machine-learning-racist-crime-prediction-coalition-critical-technology-springer-study

WEBEDIA BRAND SERVICES, «Precrimen, ¿cómo se utiliza la IA para la detección de crímenes futuros?», *Xataka.com*, 20 de diciembre de 2020. Disponible en https://ecosistemahuawei.xataka.com/precrimen-como-se-utiliza-ia-para-deteccion-crimenes-futuros/

InDret
2.2024

Pornografía y daño a menores: principales efectos perjudiciales asociados a la exposición temprana a pornografía

Alejandro Turienzo Fernández
Universidad de Barcelona
-

Sumario

-

A pesar de que tradicionalmente se le ha denominado «cine para adultos», lo cierto es que la pornografía no tiene ya exclusivamente un público mayor de dieciocho años. Hoy en día, los menores también visualizan en la red estos contenidos, muchos de cuales son ofrecidos de manera gratuita. La presente contribución pretende explorar las principales consecuencias lesivas que se han asociado al consumo de pornografía por menores. Concretamente, serán consideradas las siguientes: la realización por los menores de prácticas de riesgo offline (sexo sin preservativo) y online (sexting), la insatisfacción corporal y/o sexual y, muy en especial, el desarrollo de actitudes favorables hacia la violencia sexual contra las mujeres.

Abstract

-

Despite being traditionally called «adult cinema», pornography no longer has exclusively an over eighteen years old audience. Nowadays, minors also watch online pornographic contents most of which are free of charge. In this paper, the main harms of minors' pornography use will be examined. To be more precise, the following deleterious outcomes will be considered: offline risky practices (condomless sex) and online risky practices (sexting), body and sexual dissatisfaction and especially the development of attitudes supporting sexual violence against women.

Title: *Pornography and harm to minors: the main deleterious outcomes of early exposure to pornography*

-

Palabras clave: pornografía, menores de edad, sexo sin preservativo, sexting, insatisfacción corporal y/o sexual, violencia sexual contra mujeres

***Keywords*:** *pornography, minors, condomless sex, sexting, body and/or sexual dissatisfaction, sexual violence against women*

-

DOI: 10.31009/InDret.2024.i2.11

-

InDret

2.2024

Recepción
28/11/2023
-
Aceptación
01/04/2024
-

Índice

-

1. Introducción
2. Consideraciones preliminares
3. Realización de prácticas de riesgo offline y online
3.1. Sexo sin preservativo
3.2. *Sexting*
4. Insatisfacción con la imagen corporal y el ejercicio de la sexualidad
5. Desarrollo de actitudes favorables hacia la violencia sexual contra las mujeres
5.1. Factores de riesgo de la delincuencia sexual juvenil: en particular, la inadecuada sexualización del menor
5.2. La nociva influencia de algunas clases de pornografía en la socialización sexual de aquellos menores que las consumen
6. Conclusiones
7. Bibliografía

-

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

1. Introducción*

Desde el año 1995 el artículo 186 CP prohíbe que, por cualquier medio directo, se venda, difunda o exhiba material pornográfico entre menores de edad. Sin embargo, ahora no solo preocupa que alguien facilite directamente a un menor pornografía, entendiéndose por tal, desde una óptica puramente descriptiva (y, por tanto, vacía de consideraciones sobre si la pornografía es, total o parcialmente, buena o mala)[1], el conjunto de videos e imágenes de sexo explícito que tienen como finalidad generar en el espectador excitación de carácter sexual[2]. Intranquiliza asimismo que el propio menor se exponga a esta clase de contenidos[3], bien intencionalmente (p. ej., mediante su búsqueda activa en páginas web que ofrecen exclusivamente contenidos pornográficos o en plataformas, como OnlyFans, donde también pueden encontrarse), bien accidentalmente (p. ej., porque, mientras navegaba por Internet, ha saltado automáticamente un *pop-up* pornográfico, debido a que se ha topado con contenidos pornográficos en redes sociales como X (antes Twitter[4]) o a causa de que el menor se ha visto expuesto a tales contenidos mientras jugaba a videojuegos en línea como Roblox[5])[6].

Según el informe de *Save the Children* España «(Des)información sexual: pornografía y adolescencia» (p. 27), publicado en el año 2020, hoy en día, casi siete de cada diez menores de

---

* Alejandro Turienzo Fernández (alejandro.turienzo@ub.edu). Este trabajo se ha desarrollado en el marco del proyecto de investigación «Nuevos retos y reformas pendientes de la justicia penal de menores» (Referencia del Proyecto: PID2021-125718NB-I00). Investigadores principales: Prof. Dr. Sergi Cardenal Montraveta y Profa. Dra. Silvia Fernández Bautista. Agradezco a Noelia Gómez y a Rosa Viñas sus valiosos consejos y orientaciones durante el proceso de elaboración del presente trabajo.

[1] Vid. WEST, «Pornography and Censorship», *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2022, p. 2.

[2] Así, MALAMUTH, «Pornography», en SMELSER/BALTES (eds.), *International encyclopedia of social and behavioral sciences*, Amsterdam, Elsevier, 2001, pp. 11.817. La pornografía no ha de ser confundida con el erotismo por estar basado en la insinuación y la sugestión, no en la explicitud de los actos sexuales reflejados en los materiales visuales o audiovisuales. En mayor profundidad, sobre la noción de pornografía y su evolución así como percepción a lo largo de la historia, ofreciendo, a su vez, un riguroso análisis acerca de los más importantes pronunciamientos judiciales dictados en Estados Unidos en materia de obscenidad y pornografía, vid. ROTHMAN, *Pornography and Public Health*, Oxford Academic, Oxford, 2021, pp. 16 y ss.; VALERO, *La libertad de la pornografía*, Athenaica, Sevilla, 2021, pp. 29 y ss.

[3] El problema del consumo de pornografía por menores de edad no ha de confundirse con otro distinto: el de la pornografía infantojuvenil. Esto es, imágenes y videos de menores de edad en contextos sexuales.

[4] https://famisafe.wondershare.com/social-app-control/twitter-porn.html

[5] En el documento «*Gaming and the Metaverse. The Alarming Rise of Online Sexual Exploitation and Abuse of Children Within the New Digital Frontier*», publicado en el año 2022 por el *United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute* en colaboración con *Bracket Foundation* y *Value for Good* (https://unicri.it/Publication/Gaming-and-the%20Metaverse), se exploran los riesgos asociados al uso por menores de videojuegos *online* que implican una interacción social con otros usuarios: entre ellos, el *cyberbulling*, el *online grooming* o, en lo que aquí interesa, la exposición indeseada a contenidos pornográficos.

[6] Tal como advierte FLOOD, «The Harms of Pornography Exposure Among Children and Young People», *Child Abuse Review*, vol. 18 (6), 2009, p. 385 la exposición de los menores a pornografía puede producirse como consecuencia de una visualización tanto intencional como fortuita de tales contenidos. En este mismo sentido, HORNOR, «Child and Adolescent Pornography Exposure», *Journal of Pediatric Health Care,* vol. 34 (2), 2020, p. 192. Concretamente, en el estudio de CAMILLERI/PERRY/SAMMUT, «Compulsive Internet Pornography Use and Mental Health: A Cross-Sectional Study in a Sample of University Students in the United States», *Frontiers in Psychology*, vol. 11, 2020, p. 7 se concluyó que las principales causas por las que se produjo la primera exposición de los menores a pornografía fueron la curiosidad personal y la exposición accidental, tanto en chicos como en chicas. Sin embargo, en los chicos la curiosidad personal fue significativamente mayor que la exposición no intencional, mientras que en las chicas resultó ser al revés.

entre 13 y 17 años (concretamente, un 68,2 %) consumen de manera habitual pornografía[7]. Y las edades a partir de las cuales se produce la primera toma de contacto con la pornografía son especialmente precoces. En el caso de nuestro país, de acuerdo con la Fundación de Ayuda contra la Drogadicción, en su campaña «Por no, porno. Educa a tus hijos antes de que el porno lo haga por ti», los menores visualizan pornografía por primera vez entre los 8 y 12 años[8]. Estos datos casan bien con los aportados en el «Estudio sobre pornografía en las Illes Balears: acceso e impacto sobre la adolescencia, derecho internacional y nacional aplicable y soluciones tecnológicas de control y bloqueo» de diciembre de 2022. A partir de 3.629 encuestas respondidas por alumnado joven de entre 13 y 18 años, se obtuvo como resultado (p. 92) que la media de edad en lo que respecta al primer contacto con la pornografía fue anterior a los 11 años: concretamente, a los 10,89 años para ellas y a los 10,93 para ellos. También en el ya citado informe «(Des)información sexual: pornografía y adolescencia» (p. 21) se ofrecen datos similares: el 53,8 % de las personas encuestadas accedieron por primera vez a pornografía antes de los 13 años y un 8,7 % con anterioridad a los 10 años, situándose la edad media global en los 12 años.

A este fenómeno parece que han contribuido, además de la curiosidad de los menores en torno a lo pornográfico, la búsqueda de sensaciones o la influencia del grupo de iguales, otros posibles factores específicos que, en su conjunto, han generado un caldo de cultivo óptimo para que se produjese.

En primer lugar, el precoz contacto y la cada vez más temprana familiarización con las nuevas tecnologías por parte de aquellos menores que ya nacieron en una era digital en constante evolución, desde los llamados *millennials* (o generación Y), pasando por la generación Z, hasta llegar a la más reciente generación Alfa. Significativo es que la edad media, a partir de la cual, se accede, por primera vez, a un teléfono móvil se sitúa en los 10,96 años, según el «Estudio sobre el impacto de la tecnología en la adolescencia» publicado en el año 2021 por UNICEF España en alianza con la Universidad de Santiago de Compostela y el Consejo General de Colegios Profesionales de Ingeniería en Informática de España (p. 22)[9]. El informe «El uso de las tecnologías por los menores en España» (p. 12) publicado en el año 2022 por el Observatorio Nacional de Tecnología y Sociedad[10] señala, por su parte, que un 22 % de menores de 10 años cuentan con teléfono móvil, cifra que asciende al 96 % entre los menores de 15 años. Estos últimos datos son coherentes con los recogidos en la «Encuesta sobre Equipamiento y Uso de Tecnologías de Información y Comunicación (TIC) en los Hogares» (p. 13) publicada por el Instituto Nacional de Estadística en noviembre de 2023[11]. Allí se constata que un 70,6 % de menores de entre 10 y 15 años ha utilizado el teléfono móvil en los tres meses anteriores a la fecha del informe, el 93,1 % ha hecho uso del ordenador en el periodo señalado y el 94,7 % ha navegado por Internet. Adicionalmente, se estima que el uso de las TIC es creciente a medida que aumenta la edad de los usuarios, especialmente a partir de los 13 años: mientras que un 23,3 % de menores de 10 años emplearon el teléfono móvil en el periodo señalado, ese porcentaje se incrementó hasta el 88,2 % llegados los 13 años y hasta el 94,8 % alcanzados los 15 años.

---

[7] https://www.savethechildren.es/informe-desinformacion-sexual-pornografia-y-adolescencia

[8] https://fad.es/campana/pornoeducar/

[9] https://www.unicef.es/publicacion/impacto-de-la-tecnologia-en-la-adolescencia

[10] https://www.ontsi.es/es/publicaciones/uso-nuevas-tecnologias-menores-Espana-2022

[11] https://www.ine.es/prensa/tich_2023.pdf

Igualmente, importa, especialmente tras la pandemia del coronavirus, el tiempo que los menores, en su condición de «nativos digitales», pasan delante de la pantalla de un portátil, una *tablet* o un *smartphone*, sea por ocio o por obligaciones escolares. Si bien las cifras varían según cada estudio, lo relevante es que resultan preocupantemente elevadas. Revelador es el informe del año 2021 «*Living and learning in a digital world*» elaborado por la plataforma de control parental Qustodio en el que se recogen datos sobre los hábitos de los menores en relación con las nuevas tecnologías[12]. En éste se estima que, fuera de las aulas, los menores están conectados una media de cuatro horas diarias. No obstante, en dicho informe se señala que en España las cifras son comparativamente más esperanzadoras que en otros países: mientras que un 58 % de menores en Reino Unido y un 57 % de menores en Estados Unidos pasan durante el fin de semana más de dos horas *online*, en España la cifra es del 44 %. Por otro lado, en la *EU Kids Online 2020* (p. 22) se refleja que en España los menores de entre 9 y 16 años pasan conectados *online* una media de tres horas al día en comparación con el anterior estudio *EU Kids Online 2010*, conforme al cual, el tiempo de uso era de solo una hora[13]. Y en el ya citado «Estudio sobre el impacto de la tecnología en la adolescencia» de UNICEF España (p. 25) figura que un 31,6 % de menores de entre 11 y 18 años pasan más de cinco horas conectados a Internet, cifra que asciende hasta el 49,6 % durante el fin de semana.

Por otro lado, en la comprensión del porqué del temprano consumo de pornografía ha jugado también un papel decisivo lo extremadamente sencillo que resulta acceder, hoy en día, a contenidos pornográficos en comparación con una lejana era analógica. Si antes de la llegada de Internet la pornografía convencional era distribuida a través de revistas, vendidas en kioscos, y películas en formato VHS y DVD, disponibles en videoclubs o tiendas físicas, en estos momentos, cualquier internauta tiene a su alcance en la red un sinfín de variados materiales pornográficos gratuitos o, a lo sumo, a bajo coste que pueden ser consumidos de manera relativamente anónima[14]/[15] . Y este fácil acceso a la pornografía, por lo general, no ha venido acompañado de un efectivo control sobre quién la consume ni tampoco de una adecuada educación afectivo-sexual dirigida a los más jóvenes e inexpertos.

A todo lo anterior se le sumaría, finalmente, un fenómeno que algunos autores han bautizado con el nombre de «sexualización de la cultura» [16]. Es decir, la proliferación en distintos ámbitos

---

[12] https://www.qustodio.com/en/living-and-learning-in-a-digital-world/

[13] https://www.eukidsonline.ch/files/Eu-kids-online-2020-international-report.pdf

[14] Señalan BALLESTER BRAGE/ORTE SOCIAS, *Nueva pornografía y cambios en las relaciones interpersonales*, Octaedro, Barcelona, 2019, pp. 12-13 como notas características de la «nueva pornografía» las siguientes: calidad de imagen, asequible, accesible, sin límite y anónima o con intensa interactividad. En este mismo sentido, KLAASSEN/PETER, «Gender (In)equality in Internet Pornography: A Content Analysis of Popular Pornographic Internet Videos», *Journal of Sex Research*, vol. 52 (7), 2015, p. 721.

[15] De manera aún más detallada, SHOR, E., SEIDA, K., *Aggression in Pornography. Myths and Realities*, Routledge, New York, 2021, pp. 10-12 distinguen hasta tres eras en la historia de la industria pornográfica: la era del cine porno, en la que la pornografía era consumida públicamente en salas de cine, la era de las películas en formato VHS y DVD, que permitió el consumo privado de la pornografía, y la actual era de la pornografía digital.

[16] Sobre este fenómeno, vid., en general, PAASONEN, SUSANNA, «Pornification and the Mainstreaming of Sex», *Oxford Research Encyclopedia of Criminology*, 2016, pp. 1 y ss. Particularmente, acerca de la pornificación de la sociedad estadounidense, desde una mirada crítica, vid. BARTON, *The Pornification of America: How Raunch Culture is Ruining Our Society*, NYU Press, New York, 2021. En cambio, MCNAIR, *Porn? Chic! How Pornography Changed the*

de contenidos pornográficos o eróticos, protagonizados principalmente por mujeres, alimentándose, con ello, un imaginario colectivo cada vez más sexualizado. Manifestaciones de este fenómeno hay unas cuantas: la escena musical (p. ej., videoclips altamente erotizados), películas (p. ej., la famosa saga «50 sombras de Grey») y series (p. ej., las escenas de sexo mostradas en series tan populares como «Euphoria» o «Élite»), *reality shows* (p. ej., «La isla de las tentaciones» o «Jugando con fuego» cuya narrativa pivota en torno al placer sexual), campañas publicitarias (p. ej. la carga erótica de determinados anuncios) o la gran popularidad cosechada por algunas (ex)estrellas del porno (p. ej., Mia Khalifa o Sasha Grey).

Si preocupa que la pornografía sea consumida a edades tempranas es por la nociva influencia que la visualización de tales contenidos se estima que puede ejercer en los menores. De hecho, hay quien ha calificado el consumo de pornografía, tanto por adultos como por menores, como un problema de salud pública[17]. Por eso mismo, el presente artículo tiene como propósito examinar los principales efectos perjudiciales que se han asociado al precoz consumo de pornografía por menores de edad. En concreto, serán considerados las siguientes: la realización por los menores de prácticas de riesgo *offline* (sexo sin preservativo) y *online* (*sexting*), la insatisfacción corporal y/o sexual y, muy en especial, el desarrollo de actitudes favorables hacia la violencia sexual contra las mujeres[18].

A tales efectos, se ha seguido el método de la revisión bibliográfica. Concretamente, se realizó una primera búsqueda en las bases de datos Web of Science, SAGE Journals Online, PsycInfo y Google Scholar a partir de las palabras clave «pornography», «exposure», «children» or «adolescents». Tras descargar de allí algunos de los trabajos con mayores índices de impacto se procedió a su lectura y, a partir del listado bibliográfico de dichas publicaciones, se extrajeron otras referencias bibliográficas más que, debido a su relación con el tema investigado, fueron igualmente consultadas. Dado que durante el desarrollo del trabajo se tuvieron que atender otras cuestiones vinculadas con el objeto principal de la investigación (p. ej., la teoría de los guiones sexuales, el fenómeno del *sexting* o la prevalencia de los actos violentos en la pornografía), se realizaron ulteriores búsquedas de información en las bases de datos anteriormente mencionadas a partir de aquellas palabras clave que, en atención al tema en cuestión, resultaron pertinentes (p. ej., «sexual scripts»; «sexting», «children» or «adolescents»). Por último, también se accedió a algunos de los trabajos publicados en España sobre el tema que aquí nos ocupa.

World and Made It a Better Place, Routledge, 2013 cree que la sexualización de la cultura refuerza la igualdad de género y la libertad de las minorías sexuales.

[17] Paradigmáticamente, p. ej., vid. TAYLOR, «Pornography as a Public Health Issue: Promoting Violence and Exploitation of Children, Youth, and Adults», *Dignity: A Journal of Analysis of Exploitation and Violence*, vol. 3 (2), 2018, pp. 1 y ss. En cambio, opinan que es erróneo entender que la pornografía constituye una crisis de salud pública NELSON/ROTHMAN, «Should Public Health Professionals Consider Pornography a Public Health Crisis?», *AJPH Public Health of Pleasure*, vol. 110 (2), 2020, pp. 151-153.

[18] ROTHMAN, *Pornography and Public Health*, pp. 136-138 incluye en su obra un exhaustivo listado de efectos negativos ligados al consumo de pornografía por menores que han sido explorados en una selección de estudios tanto transversales como longitudinales. Por cuestiones de espacio, muchos de ellos, como, p. ej., los problemas de salud mental, el prematuro inicio en la práctica de sexo, la adicción a la pornografía o el abuso de alcohol o drogas, no podrán ser abordados en este trabajo.

2. Consideraciones preliminares

Antes de entrar a examinar cada una de las principales consecuencias negativas habitualmente asociadas con el prematuro consumo de pornografía, resulta pertinente efectuar un par de consideraciones preliminares: una primera relativa al nervio teórico común que recorrería las distintas explicaciones sobre los efectos nocivos de la pornografía en menores y otra acerca de los sesgos que condicionarían muchas de las investigaciones empíricas efectuadas en esta materia y que, por tanto, no habría que pasar por alto.

Sin perjuicio de otras explicaciones teóricas complementarias, el marco teórico común al que frecuentemente se acude para explicar por qué la pornografía puede llegar a tener un impacto negativo en el desarrollo de los menores es la teoría de los guiones sexuales (*sexual scripts theory*)[19] que analiza la actividad sexual humana desde la óptica de la interacción social. De acuerdo con esta teoría, los seres humanos seguimos un metafórico «guion» a la hora de practicar sexo. Ese «guion sexual», que es completamente personal, gobernaría las actitudes, opiniones e interpretaciones del individuo en el terreno de la sexualidad y sería «escrito» a partir de múltiples influencias, entre ellas, la pornografía, concretamente a través de la observación e imitación de aquellas conductas que ésta refleja, aspecto abiertamente conectado con la teoría del aprendizaje social[20]. De este modo, tales directrices servirían como guía para definir cuestiones tales como cuándo un comportamiento es sexualmente relevante, cómo interactuar en un contexto sexual o qué esperar de aquellas personas con las que se mantienen relaciones íntimas (p. ej., etiquetas mentales tales como «el sexo termina cuando el hombre eyacula» o «es fácil conseguir que la mujer llegue al orgasmo» contarían como ejemplos de partes de un posible «guion sexual»).

Por otro lado, debe advertirse que muchas de las investigaciones sobre los efectos del consumo de pornografía en menores de edad[21] se encuentran condicionadas por una serie de sesgos de los que se hacen eco PETER/VALKENBURG en su célebre meta-análisis[22], de los cuales, destacaremos tres que sirven por reflejar algo fundamental: que el tema que nos ocupa es especialmente difícil y que, por tanto, el diablo está en los detalles. Primero, un sesgo cultural, no sólo porque la mayor parte de estudios han sido realizados en Europa, Estados Unidos y Australia, sino también por

---

[19] Vid. BRIDGES et al, «Sexual Scripts and the Sexual Behavior of Men and Women Who Use Pornography», *Sexualization, Media & Society*, (4), 2016, pp. 1 y ss., WIEDERMAN, «Sexual Script Theory: Past, Present, and Future», en DELAMATER/PLANTE, (eds.), *Handbook of the Sociology of Sexualities*, Springer, New York, 2015, pp. 7 y ss., SUN et al., «Pornography and the Male Sexual Script: An Analysis of Consumption and Sexual Relations», *Archives of Sexual Behavior*, vol. 45 (4), 2016, 2016, pp. 983 y ss.

[20] No es casual que la influencia de la pornografía en los comportamientos de los consumidores también haya pretendido explicarse desde dicha aproximación teórica. Vid., p. ej., CHECK/MALAMUTH, «Pornography and Sexual Aggression: A Social Learning Theory Analysis», *Annals of the International Communication Association*, vol. 9 (1), 1986, pp. 181 y ss.

[21] Debido a comprensibles limitaciones éticas, no se han llevado a cabo, ni en España ni en ningún otro país, estudios experimentales consistentes en la exposición de menores a pornografía y en la sucesiva evaluación durante un intervalo de tiempo determinado del impacto que tal acción haya podido desencadenar en su desarrollo. Gran parte de los estudios disponibles hasta la fecha han sido realizados a través de encuestas respondidas por grupos de población joven a fin de conocer su experiencia y opinión acerca de la pornografía. En el sentido señalado, vid. PETER/VALKENBURG, «Adolescents and Pornography: A Review of 20 Years of Research», *The Journal of Sex Research*, vol. 53 (4-5), 2016, p. 510; WRIGHT, «Pornography and the Sexual Socialization of Children: Current Knowledge and a Theoretical Future», *Journal of Children and Media*, vol. 8 (3), 2014, p. 307.

[22] PETER/VALKENBURG, *The Journal of Sex Research*, vol. 53 (4-5), 2016, p. 528.

las diferencias culturales en las socializaciones sexuales y de género de los menores en función de cada país. Luego, un sesgo negativo, por centrarse la mayor parte de los estudios en, llamémoslo así, el «lado oscuro de la pornografía», a pesar de que al consumo de pornografía también se le han reconocido algunos beneficios para la sexualidad humana (p. ej., obtención de placer sexual, autodescubrimiento de aspectos personales relativos a la sexualidad o validación de los deseos sexuales)[23]. Finalmente, un sesgo heteronormativo al ponerse el foco en los contenidos pornográficos heterosexuales y dejar frecuentemente de lado otras posibilidades como la pornografía gay o la pornografía trans. Esto último resulta especialmente revelador porque refleja que la pornografía es un fenómeno poliédrico. Los contenidos pornográficos disponibles en línea son suficientemente variopintos como para haber espacio para categorías e incluso subcategorías[24]. Por ello, ROTHMAN, con buen criterio, prefiere hablar de «pornografías» antes que de «pornografía» en general[25] y puntualiza que prácticamente cualquier afirmación que empiece con «el porno es…» estaría abocada al error[26]. Aquellas consideraciones que valgan para una clase de pornografía puede que para otras no, de modo habrá que evitar caer en la tentación de generalizar y efectuar, en cambio, las puntualizaciones que sean necesarias.

3. Realización de prácticas de riesgo *offline* y *online*

3.1. Sexo sin preservativo

En la pornografía rara vez los protagonistas de las escenas de carácter sexual emplean preservativos durante la penetración (vaginal y/o anal) o la práctica de sexo oral. La tónica habitual, cuando menos en la pornografía dirigida a un público heterosexual, es el sexo sin profilácticos[27]. Algunos estudios así lo reflejan. VANNIER/CURRIE/O'SULLIVAN analizaron un total de 50 vídeos pornográficos de género «*teen*» y otros 50 de género «*milf*» disponibles en algunas de las páginas web pornográficas más populares y llegaron a la conclusión de que sólo en un 2 % de la muestra se emplearon preservativos[28]. Resultados similares se obtuvieron en la investigación de GORMAN/MONK-TURNER/FISH: de los 45 vídeos pornográficos *online* examinados, solamente en uno de ellos se hizo uso de preservativos[29]. Una de las explicaciones que ha cosechado mayor acogida sobre el porqué de esta extendida ausencia de los preservativos en los rodajes tiene que ver con los problemas que conlleva emplearlos durante la grabación de las escenas: dado que éstas pueden durar varias horas, el preservativo no sólo resta fluidez al acto

---

[23] Vid. FLOOD, *Child Abuse Review*, vol. 18 (6), 2009, p. 394; WATSON/SMITH, «Positive Porn: Educational, Medical, and Clinical Uses», *American Journal of Sexuality Education*, (7), 2012, pp. 122-145; ROTHMAN, *Pornography and Public Health*, pp. 209 y ss. Mencionar que la pornografía posee igualmente efectos positivos, tal como comenta ROTHMAN, *Pornography and Public Health*, pp. 218-219, no debe malinterpretarse y tomarlo como evidencia concluyente de que el «porno es bueno» o de que no hay motivos para seguir investigando sobre sus potenciales daños. Una cosa no quita la otra.

[24] Muy ilustrativa es la detallada clasificación elaborada por ROTHMAN, *Pornography and Public Health*, pp. 47 y ss.

[25] ROTHMAN, *Pornography and Public Health*, pp. 29-30, 47 y ss.

[26] ROTHMAN, *Pornography and Public Health*, p. 51.

[27] Lo advierten WRIGHT et al., «Condom Use, Pornography Consumption, and Perceptions of Pornography as Sexual Information in a Sample of Adult U.S Males», *Journal of Health Communication*, (1-7), 2019, p. 694.

[28] VANNIER/CURRIE/O'SULLIVAN, «Schoolgirls and Soccer Moms: A Content Analysis of Free "Teen" and "MILF" Online Pornography», *Journal of Sex Research*, vol. 51 (3), 2014, p. 259.

[29] GORMAN/MONK-TURNER/FISH, «Free Adult Internet Web Sites: How Prevalent Are Degrading Acts?», *Gender Issues*, (27), 2010, p. 136.

sino que, además, debido a la fricción que desencadena, puede causar irritaciones vaginales y anales[30]. Para compensar su ausencia, en la industria de la pornografía profesional tanto actores como actrices suelen someterse regularmente a pruebas médicas a efectos de detectar posibles enfermedades de transmisión sexual (p. ej., VIH, gonorrea o clamidia).

Desde esta óptica, preocupa que la habitual falta de empleo de preservativos en la pornografía constituya un factor de influencia nocivo en aquellos espectadores más jóvenes e inexpertos, configurando, en un sentido inadecuado, sus «guiones sexuales» y determinándolos, en consecuencia, a emular dicha actividad de riesgo, con todo lo que ello conlleva (riesgos de contraer una enfermedad de transmisión sexual y riesgos de embarazo). Sin embargo, lo cierto es que los resultados arrojados por las investigaciones realizadas hasta el momento han sido mixtos. PETER/VALKENBURG comentaron, con base en los datos obtenidos en su estudio comparativo entre adultos y adolescentes neerlandeses, que son los primeros, y no los segundos, quienes constituyen un potencial grupo de riesgo de cara a ser influidos a raíz de su exposición a materiales de sexo explícito para llevar a cabo conductas sexuales de riesgo. Y ello porque los adolescentes perciben un mayor riesgo de experimentar consecuencias de salud sexual adversas en comparación con los adultos. Destacaron, a su vez, que, en cuestiones de salud sexual, a los adolescentes les influyen más otros factores[31]. Otras investigaciones han apuntado lo contrario. Es el caso del trabajo de LUDER et al. consistente en una encuesta transversal con una muestra de 6.054 adolescentes suizos de entre 16 y 20 años que se conectaron a Internet en el mes anterior a su participación en el estudio. Si bien se concluyó, en general, que la exposición, deliberada o accidental, a pornografía no estuvo asociada a la realización entre los jóvenes de comportamientos sexuales arriesgados, hubo una sola excepción: el descuidado uso de preservativos entre los participantes varones [32]. Otro ejemplo es el estudio de WRIGHT/HERBENICK/PAUL quienes, a partir de los datos extraídos de un cuestionario *online* que tomó como sub-muestra 614 jóvenes con edades comprendidas entre los 14 y los 18 años, hallaron una correlación positiva, aunque no significativa, entre un mayor uso de pornografía y la práctica de sexo sin protección[33].

Con todo, ha de puntualizarse algo que WRIGHT et al. ya pusieron de manifiesto en una investigación que tomó como grupo de referencia la población adulta: el consumo de pornografía solamente se asocia a un inferior uso de preservativos en las relaciones sexuales cuando la pornografía es considerada por el agente una fuente de información sexual primaria[34]. Esto es: en el supuesto de que tome en cuenta y le importen preferentemente los mensajes que la pornografía transmite. Este dato me parece especialmente revelador para el caso de los menores: si resulta que la pornografía representa para algunos de ellos una importante fuente de

---

[30] De gran interés es el testimonio de la estrella del porno Casey Calvert quien justifica, en el sentido apuntado, por qué en muy raras ocasiones utiliza en su trabajo preservativos. Vid. CALVERT, «Why I Don't Want Condoms: A Porn Performer's Perspective», *HuffPost*, 2014, pp. 1-7.

[31] PETER/VALKENBURG, «The Influence of Sexually Explicit Internet Material on Sexual Behavior: A Comparison of Adolescents of Adults», *Journal of Health Communication*, vol. 16, (17), 2011, pp. 760-762.

[32] LUDER et al., «Associations Between Online Pornography and Sexual Behavior Among Adolescents: Myth or Reality?», *Archives of Sexual Behavior*, vol. 40, (5), 2011, p. 1.034.

[33] WRIGHT/HERBENICK/PAUL, «Adolescent Condom Use, Parent-adolescent Sexual Health Communication, and Pornography: Findings from a U.S. Probability Sample», *Health Communication*, vol. 35 (13), 2020, p. 1.579.

[34] WRIGHT et al., *Journal of Health Communication*, (1-7), 2019, p. 696.

información sexual, o, más aún, la única, la probabilidad de que luego imiten prácticas de riesgo *offline* como el sexo sin preservativo resultará, de acuerdo con el citado estudio (y con los necesarios matices), superior. Por eso mismo, será bueno esforzarse para que la escuela y la familia ocupen un rol protagonista en el proceso de socialización sexual de los menores con tal de educarlos en la dirección adecuada. Así pues, resulta de amplio interés, p. ej., que en el citado trabajo de WRIGHT/HERBENICK/PAUL se advirtiera una interacción estadísticamente significativa entre la exposición de los menores a pornografía y la comunicación entre padres e hijos sobre salud sexual[35]. La exposición de los menores a pornografía se asoció al sexo sin preservativo únicamente cuando los progenitores omitieron mantener, o mantuvieron escasamente, un diálogo con sus hijos acerca de cuestiones de salud sexual. Por el contrario, cuando la comunicación entre ambos fue buena, el consumo de pornografía no tuvo nada que ver con que se llevara a cabo semejante práctica de riesgo.

A tenor de lo explicado, quizás haya quien piense que también sería bueno obligar a las productoras pornográficas a que promuevan un mayor uso de preservativos durante los rodajes con la esperanza de repercutir positivamente en sus potenciales espectadores, entre ellos, los menores de edad. No obstante, pienso que esta propuesta no terminaría de casar bien con el fin último que la industria de la pornografía persigue: entretener a un público adulto, no educar[36]. Sin perjuicio de que haya productoras pornográficas que voluntariamente se sumen a tal iniciativa y que los poderes públicos incentiven acciones como ésta, me parece que es responsabilidad de la familia y de la escuela ejercer de contrapeso educativo con tal de combatir los posibles mensajes distorsionados que la pornografía transmita. Por el momento, a la industria de la pornografía solamente veo razonable exigirle dos cosas: primero, introducir efectivos sistemas de verificación de edad para dificultar que los menores acceden a los contenidos de sexo explícito ofertados, y segundo, controlar que en los portales web no se publican vídeos que vulneran derechos de terceros (p. ej., pornografía infantojuvenil).

3.2. *Sexting*

Definir qué es el «*sexting*» no es tarea sencilla. Aunque cabe expresar, en términos generales, que dicha práctica consiste en el intercambio mediante las nuevas tecnologías (p. ej., un *smartphone* o una *tablet*) de contenidos de índole sexual, los expertos no se ponen de acuerdo en qué elementos integrarían tal definición[37]. Surge el interrogante de qué clase de contenidos quedarían concretamente abarcados: mensajes de texto de índole sexual, poses en ropa interior o bañador, semi-desnudos, desnudos y/o, por último, videos y fotografías de sexo explícito en las que el autor figura solo (p. ej., masturbaciones) o con terceros (p. ej., práctica de sexo oral, vaginal o anal). Pero también existen dudas en torno a qué acciones deberían ser consideradas: el envío, el reenvío y/o la simple recepción de contenidos sexuales. Semejante disparidad de opiniones no es, ni mucho menos, baladí: dependiendo de la noción de «*sexting*» de la que se parta en la investigación empírica a realizar, se llegará a unos resultados o a otros que, a su vez,

[35] WRIGHT/HERBENICK/PAUL, *Health Communication*, vol. 35 (13), 2020, p. 1.580.

[36] En este sentido, DEL RUSSO, «Would seeing more condoms in porn increase condom use in real life?», *Washington Post*, 2018, pp. 1-3.

[37] Por todos, vid. BARRENSE-DÍAS/BERCHTOLD/CARLES-SURÍS/AKRE, «Sexting and the Definition Issue», *Journal of Adolescent Health*, vol. 61 (5), 2017, pp. 544 y ss.

se encontrarán condicionados por otros factores como el método de recogida de la información empleado o la muestra manejada[38].

Dejando de lado aquí tal debate conceptual, lo relevante ahora es que no sólo los adultos protagonizan conductas de *sexting*. También hay menores que se involucran en este tipo de prácticas. En el meta-análisis de MADIGAN et al., conforme al cual se revisaron 39 estudios con una muestra global de 110.380 participantes, se concluyó que las prevalencias medias en el envío y recepción de mensajes de contenido sexual por jóvenes fueron del 14,8 % y el 27,4 %, respectivamente[39]. En el caso de España, VILLACAMPA constató, a partir de los datos extraídos de una serie de cuestionarios anónimos respondidos por 489 adolescentes de entre 14 y 18 años, que la prevalencia vital global de intervención en conductas de *sexting* estaba situada en el 33,5 %, desglosándose las conductas, de más a menos frecuentes, tal que así: recepción de fotografías o videos de desnudos o semidesnudos, reenvío/difusión de imágenes o videos de desnudos o semidesnudos y producción[40]. Mientras, GÁMEZ-GAUDIX/DE SANTISTEBAN/RESETT tomaron como base en su investigación una de las muestras más amplias entre los estudios sobre *sexting* llevados a cabo hasta la fecha en nuestro país: 3.223 adolescentes con edades comprendidas entre los 12 y los 17 años quienes contestaron a un cuestionario facilitado al efecto. La prevalencia global en relación con la práctica de *sexting* obtenida en este estudio fue de un 13,5 %, siendo el envío de mensajes de texto de contenido sexual la forma de *sexting* más habitual [41]. Y en la encuesta de GIL-LLARIO et al. respondida por 788 jóvenes españoles de entre 12 y 18 años, un 24,4 %, esto es, casi uno de cada cuatro menores, expresó haber practicado *sexting* en alguna ocasión[42].

Si bien es cierto que el *sexting*, en caso de ser practicado de forma consentida en un entorno seguro y de confianza, no tendría nada de malo e incluso podría resultar beneficioso para el menor por contar como expresión de su proceso de exploración sexual o como instrumento de afianzamiento de las relaciones interpersonales que mantenga, tampoco hay que perder de vista que a esta actividad se le han vinculado una serie de riesgos que es capital que los menores conozcan[43] a la vista del serio impacto que la materialización de estos podría comportar en su vida[44].

Tan pronto el menor almacena la fotografía o video de carácter sexual en la galería de su *smartphone* o en la nube, es posible que tales contenidos terminen en manos ajenas: porque

---

[38] En este sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, «*Sexting*: prevalencia, características personales y conductuales y efectos en una muestra de adolescentes en España», *Revista General de Derecho Penal*, (25), 2016, pp. 10, 23-24.

[39] MADIGAN et al., «Prevalence of Multiple Forms of Sexting Behavior Among Youth», *Jama Pediatrics*, vol. 172, (4), 2018, pp. 327 y ss.

[40] VILLACAMPA ESTIARTE, *Revista General de Derecho Penal*, (25), 2016, pp. 9 y ss.

[41] GÁMEZ-GAUDIX/DE SANTISTEBAN/RESETT, «Sexting among Spanish adolescents: Prevalence and personality profiles», *Psicothema*, vol. 29 (1), 2017, pp. 30 y ss.

[42] GIL-LLARIO et al., «The Phenomenon of Sexting among Spanish Teenagers: Prevalence, Attitudes, Motivations and Explanatory Variables», *Annals of Psychology*, vol. 36 (2), 2020, pp. 212 y ss.

[43] DÖRING, «Consensual sexting among adolescents: Risk prevention through abstinence education or safer sexting?», *Cyberpsychology: Journal of Psychosocial Research on Cyberspace*, vol. 8 (1), 2014, pp. 6 y ss., diferencia entre el discurso de la desviación, basado en los riesgos del *sexting*, y el discurso de la normalidad, centrado en las oportunidades de esta actividad.

[44] Vid. DOYLE/DOUGLAS/O'REILLY, «The outcomes of sexting for children and adolescents: A systematic review of the literature», *Journal of Adolescence*, (92), 2021, pp. 86-113.

alguien se haga físicamente con el dispositivo (p. ej., al perderlo el menor o a causa de que otro se lo haya sustraído), como consecuencia de que un tercero consiga controlar en remoto el sistema móvil (p. ej., mediante su *hackeo* a partir de la instalación de un *malware*) o bien a causa de que acceda ilícitamente al espacio donde se almacenan esos contenidos (p. ej., OneDrive). Los problemas pueden ir a más en el supuesto de que a estas conductas les sigan otras dinámicas delictivas como el *cyberbullying* o la *sextortion*. Por otro lado, también cabe que el receptor de la imagen o video de naturaleza sexual publique o distribuya, sin consentimiento, los contenidos enviados por el menor (*revenge porn*) y, peor aún, que estos últimos los compartan después con mucha más gente, iniciándose de este modo una imparable cadena de difusión que puede dejar una imborrable huella digital en la vida del menor que se traduzca luego en serios perjuicios para su salud mental (depresiones, miedo a ser reconocido por quienes le hayan visto, pensamientos suicidas, etc.).

Por si fuera poco, el *sexting* entre menores puede agravar el problema de la pornografía infantojuvenil – para ser más exactos, de la pornografía infantojuvenil auto-elaborada – cuando el control de las imágenes se pierde y éstas terminan circulando libremente en la red. En el Informe anual de la *Internet Watch Foundation* del año 2022 (p. 3) se explica que de las 255.588 denuncias recibidas y analizadas cuya vinculación con contenidos relativos al «imaginario del abuso sexual infantil» se confirmó, 199.363 fueron identificadas como denuncias sobre materiales auto-generados[45]. Asimismo, FINKELOHR et al. concluyeron, mediante datos extraídos de una encuesta en la que 2.639 jóvenes de entre 18 a 28 años contestaron a preguntas sobre sus experiencias vitales en torno al problema de la violencia sexual mediante las nuevas tecnologías, que la vasta mayoría (88 %) de materiales de lo que estos autores denominan el «abuso sexual y explotación de menores basado en imágenes»[46] consisten en contenidos generados por los propios menores de edad[47]. Ha de puntualizarse, no obstante, que en el universo de los materiales auto-generados, diferenciados de los materiales hetero-generados (por un adulto o por otro menor), no se engloba solamente la elaboración y posterior envío voluntarios, sin interferencias nocivas externas, de materiales de carácter sexual (*sexting* consentido), sea por iniciativa del menor, sea por petición de un tercero (p. ej., la pareja sentimental). Tienen cabida igualmente contextos representativos de victimizaciones acaecidas en la misma fase de elaboración, como es el caso del *child grooming*, de la *sextortion* o bien simplemente de las presiones, más o menos fuertes, ejercidas por la pareja en aras de doblegar la voluntad del menor y obtener de él imágenes sexuales (solicitudes incesantes, amenaza de poner fin a la relación sentimental, etc.).

Variables que resulten determinantes para explicar la intervención de los menores en acciones de *sexting* han sido consideradas unas cuantas. Una variable especialmente significativa es la edad: los porcentajes en la práctica de *sexting* se incrementan progresivamente a medida que el menor se aproxima a la mayoría de edad[48], fundamentalmente porque la probabilidad de

---

[45] https://www.iwf.org.uk/about-us/who-we-are/annual-report-2022/

[46] Este concepto es propuesto a raíz del término «abuso sexual basado en imágenes» introducido originalmente por MCGLYNN/RACKLEY, «Image-Based Sexual Abuse», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 37, (3), 2017, pp. 534-561.

[47] FINKELOHR et al., «Child Sexual Abuse Images and Youth Produced Images: The Varieties of Image-Based Sexual Exploitation and Abuse of Children», *Child Abuse & Neglect*, (143), 2023, pp. 4 y ss.

[48] DÖRING, *Cyberpsychology: Journal of Psychosocial Research on Cyberspace*, vol. 8 (1), 2014, p. 5; GÁMEZ-GAUDIX/DE SANTISTEBAN/RESETT, *Psicothema*, vol. 29 (1), 2017, pp. 30, 32-33; MITCHELL/FINKELHOR/JONES/WOLAK, «Prevalence

mantener relaciones íntimas y de poseer un *smartphone* será más elevada en la adolescencia que en la infancia. Además, se han valorado otras variables como contar con una relación estable, disponer de actitudes positivas hacia el *sexting* o bien poseer ciertos rasgos de la personalidad (p. ej., impulsividad o búsqueda de sensaciones)[49]. Pero otro posible elemento a tener en cuenta en la ecuación, aún infra-explorado, es precisamente el precoz consumo de pornografía[50]. Uno de los trabajos pioneros en este campo que se aventuró a indagar, por primera vez, sobre la eventual correlación entre lo uno y lo otro fue el de VAN OUYTSEL/PONNET/WALRAVE[51]. Mediante una encuesta a la que contestaron 329 adolescentes con una edad media situada en los 16,71 años se halló una relación positiva entre el consumo de pornografía y la práctica de *sexting*, tanto en chicos como en chicas. No obstante, en su investigación VAN OUYTSEL/PONNET/WALRAVE se preocuparon también de explorar si otros medios convencionales, particularmente los videoclips de la industria musical, moldearían el comportamiento sexual de los menores en el ámbito digital, a lo que se respondió afirmativamente, aunque sólo en relación con los chicos, en apoyo de la previamente comentada «sexualización de la cultura». El *sexting* no es, en cualquier caso, la única fuente de auto-elaboración voluntaria de material de sexo explícito por quienes todavía no han alcanzado la edad adulta. Desde hace unos años se ha detectado la apertura por menores de cuentas en redes como OnlyFans en las que comparten entre sus suscriptores contenidos pornográficos de pago[52]. Qué motiva al menor a involucrarse en semejantes acciones de riesgo (p. ej., la búsqueda de popularidad, aceptación social o una atractiva ganancia económica) y si su contacto con la pornografía habría influido en algo es todavía una pregunta pendiente de ser contestada.

4. Insatisfacción con la imagen corporal y el ejercicio de la sexualidad

Otro problema frecuentemente asociado al consumo de pornografía por menores tiene que ver con la insatisfacción despertada en el espectador en torno a la imagen corporal y al ejercicio de la sexualidad. Se asume que los actores y actrices que aparecen en la pornografía cumplen ciertos cánones de belleza (p. ej., cuerpos mesomorfos, penes y pechos de gran tamaño, etc.) y satisfacen un elevado rendimiento sexual (p. ej., la *performance* sexual en la pornografía se prolonga durante mucho tiempo, la erección del hombre es duradera o bien las mujeres experimentan orgasmos con bastante facilidad)[53]. Debido a ello, preocupa que los espectadores, especialmente si son menores de edad, experimenten problemas de autoestima en torno al cuerpo y al ejercicio

---

and Characteristics of Youth Sexting: A National Study», *Pediatrics,* vol. 129 (1), 2012, p. 16.

[49] GIL-LLARIO et al., *Annals of Psychology*, vol. 36 (2), 2020, p. 215.

[50] MARTÍNEZ OTERO, «¿Resulta constitucional restringir la pornografía en internet? Bases para repensar el estatuto jurídico del discurso pornográfico», *Revista General de Derecho Constitucional*, (35), 2021, p. 12 comenta que resultaría interesante profundizar en la relación entre la accesibilidad a la pornografía por parte de los adolescentes y la generalización de prácticas de *sexting*.

[51] VAN OUYTSEL/PONNET/WALRAVE, «The Associations Between Adolescents' Consumption of Pornography and Music Videos and Their Sexting Behavior», *Cyberpsychology, Behavior, and Social Networking*, vol. 17 (12), 2014, pp. 772-778.

[52] TITHERADGE/CROXFORD, «The children selling explicit videos on OnlyFans», *BBC News*, 2021. Disponible en: https://www.bbc.com/news/uk-57255983

[53] Se hacen eco de este problema, entre otros, GOLDSMITH et al., «Pornography consumption and its association with sexual concerns and expectations among young men and women», *The Canadian Journal of Human Sexuality*, vol. 26 (2), 2017, pp. 151 y ss.; TYLKA, «No Harm in Looking, Right? Men's Pornography Consumption, Body Image, and Well-Being», *Psychology of Men & Masculinity*, vol. 16 (1), 2015, pp. 97-107; CRANNEY, «Internet Pornography use and Sexual Body Image in a Dutch Sample», *International Journal of Sexual Health*, (27), 2015, pp. 316 y ss.

de la sexualidad que se cristalicen en trastornos de salud mental (p. ej., depresiones o desórdenes alimenticios) y/o en el insano recurso a estrategias orientadas a obtener de forma rápida y eficaz mejoras como el abuso de esteroides o la cirugía estética (p, ej., labioplastia o aumento de pechos). Tal insatisfacción sobre lo que ahora hay y la correspondiente expectativa (irrealista) sobre aquello que debería haber puede, además, que no sea estrictamente personal. Es decir, que no se circunscriba a la imagen corporal y al ejercicio de la sexualidad de uno mismo. Pues cabe también que el agente adopte una visión crítica, y unas expectativas irrealistas, acerca del cuerpo y la sexualidad de aquellos con quienes mantenga relaciones íntimas, con el consiguiente riesgo de deteriorarlas[54].

En ningún momento se está sugiriendo, sin embargo, que la pornografía sea la única desencadenante de todos los problemas vinculados con el físico y la sexualidad. En su caso, la culpable, como señala ROTHMAN, sería la industria del entretenimiento en general[55]. Después de todo, los medios convencionales, como, p. ej., la escena musical o las redes sociales, también influyen en cómo las personas se ven a sí mismas y cómo desean verse[56]. Para comprender por qué los medios, en general, ejercen tal influencia en las actitudes y pensamientos de los individuos suele tomarse como marco teórico de referencia la llamada «teoría de la comparación social»[57] propuesta por FESTINGER[58]. De acuerdo con ella, las personas, a efectos de autoevaluarse, tienden a compararse con otras en distintos aspectos como la apariencia física o los logros personales. Cuando esa comparación se realiza «hacia arriba», esto es, con aquellos situados en una posición más aventajada, se corre el riesgo de que el agente experimente sentimientos de inseguridad e inferioridad con quien es o con lo que hace. Justo eso es lo que se sugiere que ocurre con la pornografía: habría espectadores que compararían sus atributos físicos y sus habilidades sexuales con las de los actores y actrices porno, lo que, debido a la significativa diferencia existente, les generaría descontento.

Expuesto lo anterior, me parece que hay varias cuestiones a comentar en relación con esta particular consecuencia lesiva frecuentemente ligada al consumo de pornografía tanto por adultos como por menores.

La pornografía profesional, que es aquella a la que se le suelen asociar los ideales de belleza y de rendimiento sexual, no lo es todo. Existen otras clases de pornografías que se apartan de la lógica de las *porn stars*. Es el caso de la pornografía *amateur* en cuyas grabaciones rudimentarias (p. ej., a través del *smartphone*) participan personas no dedicadas profesionalmente al mundo de la

[54] GOLDSMITH et al., *The Canadian Journal of Human Sexuality*, vol. 26 (2), 2017, p. 153.

[55] ROTHMAN, *Pornography and Public Health*, p. 149.

[56] Vid. ROY CHOUDHURY/NETHRA REDDY, «Body Image Dissatisfaction in Young Adults: Impact of Social Media Use», *International Journal of Education and Psychological Research*, vol. 10 (3), 2021, pp. 15 y ss.

[57] GOLDSMITH et al., *The Canadian Journal of Human Sexuality*, vol. 26 (2), 2017, p. 152; ROY CHOUDHURY/NETHRA REDDY, *International Journal of Education and Psychological Research*, vol. 10 (3), 2021, p. 16; CRANNEY, Stephen, *International Journal of Sexual Health*, (27), 2015, pp. 316-317.

[58] FESTINGER, «A Theory of Social Comparison Processes», *Human Relations*, vol. 7 (2), 1954, pp. 117 y ss.

pornografía[59]/[60]. O bien del postporno: este movimiento de cariz crítico y reivindicativo, impulsado en los años ochenta por la exactriz porno y feminista pro-sex Annie Sprinkle, pretende romper precisamente con los estereotipos y las representaciones del cuerpo y el sexo que la pornografía dominante suele reflejar mediante la integración en los rodajes de minorías infra-representadas así como gente con cuerpos que la pornografía *mainstream* habitualmente no muestra (p. ej., individuos con sobrepeso, de pequeña estatura, con discapacidades físicas, etc.)[61]. De entrada, por tanto, sólo una parte de la pornografía, y no toda ella, poseería presumiblemente ciertas características que aparentemente podrían contribuir al malestar emocional de los espectadores.

Conectado con lo anterior, ROTHMAN precisa, no sin razón, que «la asunción de que, en general, la pornografía promueve cuerpos y partes del cuerpo poco realistas, idealistas, antinaturales o atípicas es una asunción que idealmente debiera confirmarse con datos antes de que la comunidad especialista en salud pública tome en serio la idea de que el público se ve perjudicado por culpa de los cuerpos que aparecen en ella»[62]. En otras palabras: la crítica sobre la clase de cuerpos que suele mostrar la pornografía *mainstream*, como también acerca de las características principales de la *performance* sexual que en ella se plasma, no puede reducirse a una tarea puramente especulativa, sino que es algo que puede y debe comprobarse empíricamente mediante el análisis de una muestra suficientemente representativa y aleatoria de vídeos pornográficos. Sólo así podrá saberse qué proporción de contenidos pornográficos suelen reflejar esos ideales de belleza y rendimiento sexual.

Más allá de eso, hay que prestar atención a los estudios que se han preocupado por explorar la hipotética correlación entre el consumo de pornografía y la insatisfacción corporal y sexual, la mayor parte de los cuales se han centrado en espectadores adultos, por lo que los resultados obtenidos no podrían extrapolarse indiscriminadamente a la población infantojuvenil, sino que habría que efectuar los matices que sean necesarios y, sobre todo, continuar investigando. De acuerdo con el meta-análisis de PALASKIS/CHICLANA ACTIS/MESTRE-BACH, sí existiría evidencia empírica de que la exposición a pornografía estaría vinculada con una visión negativa de la imagen corporal[63]. También GOLDSMITH et al. constataron en su investigación cuantitativa, en la que participaron 847 mujeres, con una edad media de 20,9 años, y 360 hombres, con una edad

---

[59] Comenta ROTHMAN, *Pornography and Public Health*, p. 151 que hay diferencias promedio en las formas y tamaños del cuerpo de las personas que aparecen en la pornografía profesional en comparación con la categoría amateur. Igualmente, PETER/VALKENBURG, «Does exposure to sexually explicit Internet material increase body dissatisfaction? A longitudinal study», *Computers in Human Behavior*, (36), 2014, p. 304 ponen de relieve la necesidad de que las investigaciones tomen en cuenta las diferentes clases de pornografías existentes: concretamente, la pornografía en las que se representan *porn stars* con cuerpos irrealistas y la pornografía *amateur* donde figuran personas con cuerpos realistas.

[60] Hay que evitar confundir la auténtica pornografía *amateur* con la llamada «pornografía profesional *amateur*» que es aquella elaborada por productoras profesionales si bien emulando la estética *amateur*. Vid. SHOR/SEIDA, *Aggression in Pornography. Myths and Realities*, p. 16; FRITZ et al., «A Descriptive Analysis of the Types, Targets, and Relative Frequency of Aggression in Mainstream Pornography», *Archives of Sexual Behavior*, vol. 49 (8), 2020, p. 3.051.

[61] Sobre los orígenes del movimiento postporno, en más detalle, vid. VALERO, *La libertad de la pornografía*, pp. 132 y ss.

[62] ROTHMAN, *Pornography and Public Health*, p. 149.

[63] PASLAKIS/CHICLANA ACTIS/MESTRE-BACH, «Associations between pornography exposure, body image and sexual body image: A systematic review», *Journal of Health Psychology*, vol. 27 (3), 2022, pp. 743 y ss.

media de 21,77 años, que el consumo de materiales de sexo explícito estaría asociado a mayores niveles de algunas preocupaciones sexuales así como de expectativas de esta índole[64]. En cambio, algunos estudios han reflejado, total o parcialmente, lo contrario. En la investigación cuantitativa realizada por BORGOGNA/LATHAN/MITCHELL, en la que se contó exclusivamente con participantes femeninas, un total de 1.014, no se confirmó la hipótesis de que la frecuente visualización de pornografía esté inversamente vinculada a la satisfacción de las mujeres con su imagen[65]. A fin de explicar por qué, las autoras barajan la posibilidad de que las mujeres que participaron en el estudio advirtiesen que la imagen corporal representada en las escenas pornográficas es irrealista y que este componente «alertador» operase a modo de factor de protección en torno a la insatisfacción de éstas con su imagen corporal. Al respeto, cabe precisar lo siguiente: aunque tales señales de alarma se activaron en las espectadoras mayores de edad, no está claro que ocurriese lo mismo con aquellas menores de edad neófitas en el mundo del sexo y la pornografía. Igualmente, PETER/VALKENBURG diseñaron una encuesta en la que se tomó como muestra representativa un total de 1.879 participantes con edades situadas entre los 12 y los 87 años. En relación con las mujeres (53 %) no se halló asociación alguna entre el consumo de pornografía y la insatisfacción con sus pechos, mientras que respecto a los hombres (47 %) sí, aunque curiosamente sólo en lo tocante a su cuerpo y estómago, no al tamaño de su pene[66]. La explicación que PETER/VALKENBURG ofrecen a este peculiar hallazgo es parecida a la de BORGOGNA/LATHAN/MITCHELL. Cabría la posibilidad de que los hombres experimentaran inicialmente insatisfacción con el tamaño de su pene a la hora de compararse con los actores porno. No obstante, al saber que los actores porno probablemente fueron seleccionados por esos atributos físicos, posiblemente consideraron que la información extraída tras la comparación social realizada estaba sesgada. Por tanto, los efectos del proceso de comparación social seguramente fueron corregidos (nuevamente, creo que esta corrección, pese a darse en el caso de los espectadores adultos, no tendría por qué darse necesariamente también en el caso de los menores dada su más reducida experiencia y conocimiento sobre sexo y pornografía). En cambio, los estómagos y cuerpos de los actores porno no están tan conectados con la pornografía como los genitales, con lo cual, puede que no se corrigiese la información obtenida tras las comparaciones sociales hechas y sintieran insatisfacción con ellos. Es interesante señalar, especialmente para nuestros propósitos, que PETER/VALKENBURG concluyeron asimismo en su investigación que los efectos desencadenados por la exposición a materiales de sexo explícito fue la misma tanto en adultos como en menores, lo que parecería reflejar, a su entender, que la influencia de la pornografía no vendría determinada tanto por la edad sino por la personalidad y los factores sociales.

---

[64] GOLDSMITH et al., *The Canadian Journal of Human Sexuality*, vol. 26 (2), 2017, pp. 153 y ss.

[65] BORGOGNA/LATHAN/MITCHELL, «Is Women's Problematic Pornography Viewing Related to Body Image or Relationship Satisfaction?», *The Journal of Treatment & Prevention*, vol. 25 (4), 2018, pp. 355 y ss.

[66] PETER/VALKENBURG, *Computers in Human Behavior*, (36), 2014, pp. 299 y ss.

5. Desarrollo de actitudes favorables hacia la violencia sexual contra las mujeres

La Memoria de la Fiscalía General del Estado (en adelante, FGE) del año 2023 (p. 783) informó que en el año 2022 las causas penales por agresión sexual[67] incoadas contra menores de edad ascendieron a un total de 974, lo que representaría un incremento del 45,80 % respecto del año 2021 en el que se registraron 688. Dicha tónica ascendente, comenta la FGE, vendría evidenciándose desde el año 2017 en el que hubo 451 causas, 648 en el 2018, 564 en el 2019 y 544 en el 2020. Es decir, la cifra de incoaciones por agresiones sexuales se habría visto incrementada, según datos de la FGE, en un 116 % desde 2017. Los datos del Instituto Nacional de Estadística también reflejan un ascenso en el número total de menores condenados por delitos sexuales. Del año 2017 al año 2022 prácticamente se han duplicado: de 269 a 501[68]. Algunos escándalos de violencia sexual entre menores que recibieron una importante cobertura mediática en su momento no han hecho más que alimentar la preocupación de la ciudadanía sobre este espinoso asunto. Considérese, p. ej., la violación llevada a cabo en marzo de 2023 contra una niña de 11 años en los lavabos del centro comercial Magic, sito en Badalona, por un grupo de menores con edades comprendidas entre los 12 y 16 años[69]. O bien el caso de la violación, también grupal, perpetrada en abril de 2023 por varios jóvenes, dos de ellos menores de 14 años, contra una niña de 12 años y otra de 13 años en la localidad de Logroño[70]. Los expertos se preguntan ahora qué hay detrás de esta oleada de delitos sexuales con menores como protagonistas y víctimas así como, en general, del incremento en los últimos años de las cifras en materia de delincuencia sexual juvenil[71] y, en particular, si el consumo de pornografía a edades tempranas habría tenido algo que ver[72].

---

[67] En la Memoria de la FGE de 2023 se continúa manejando la desfasada distinción entre agresiones sexuales y abusos sexuales, dado que durante la mayor parte del año 2022 todavía estuvo vigente dicha diferenciación. Es por ello por lo que se precisa que las cifras estadísticas constan separadas y las aplicaciones informáticas no han recogido las novedades legislativas subsiguientes a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. Ahora sólo se está haciendo referencia consiguientemente a actos sexuales cometidos mediante violencia o intimidación.

[68] https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=28744&L=0

[69] https://www.elmundo.es/cataluna/2023/03/07/6407768afdddffb9488b4588.html

[70] https://elpais.com/sociedad/2023-06-08/la-policia-investiga-a-los-menores-acusados-de-violar-a-dos-ninas-en-logrono-por-otra-agresion-sexual-anterior.html

[71] No se descarta, sin embargo, que la sociedad sepa de la existencia de más delitos sexuales a raíz de un aumento del número de denuncias de casos que tiempo atrás habrían formado parte de la cifra negra como consecuencia de una mayor sensibilidad social hacia la violencia sexual. En este sentido, vid. FERNÁNDEZ MOLINA, «¿Son ahora los jóvenes españoles más violentos? Un análisis de los datos oficiales sobre homicidios y agresiones sexuales», *InDret*, (1), 2024, pp. 297, 299.

[72] En la Memoria de la FGE de 2023 se añade que las causas del auge de las agresiones sexuales son complejas y es generalizada la opinión entre los y las delegados/as de que confluyen factores diversos que conducen a los menores a realizar conductas sexuales virulentas. Así, se expresa que la sección de Sevilla estima que la etiología de esta oleada de atentados a la libertad sexual se encuentra en la carencia de una adecuada formación en materia ético-sexual, siendo preciso evitar que muchos niños y menores accedan a un visionado inapropiado y precoz de material pornográfico violento; lo que, acompañado de la ausencia de orientaciones educativas, conduce a una trivialización de su concepto de las relaciones sexuales normales.

5.1. Factores de riesgo asociados a la delincuencia sexual juvenil: en particular, la inadecuada sexualización del menor

Según SETO/PULLMAN, existirían dos clases de explicaciones, en el fondo compatibles entre sí, que contribuirían a la comprensión sobre por qué los delitos sexuales cometidos por jóvenes ocurren: la general, esto es, aquella que propugna que la delincuencia sexual juvenil es producto de los factores de riesgo comunes en la delincuencia en general (p. ej., personalidad antisocial, influencia del grupo de iguales o abuso de sustancias), y la especializada, que explora la etiología de este fenómeno a partir del estudio de factores de riesgo específicos (p. ej., incompetencias heterosociales, problemas psicopatológicos, intereses sexuales atípicos)[73]. Es en esta segunda dimensión donde se insertarían un grupo de factores de riesgo que tendrían como común denominador lo que SIRIA/ECHEBURÚA/AMOR llaman la «inadecuada sexualización del menor»[74]. Este concepto comprendería un amplio abanico de disfuncionales experiencias de naturaleza sexual que el menor habría padecido durante la infancia y que le habrían dificultado un sano desarrollo en este campo: las victimizaciones sexuales, los comportamientos sexuales precoces con gente de edad igual o cercana, la exposición a comportamientos sexuales inadecuados en el contexto familiar o, en lo que aquí interesa, el consumo precoz de pornografía[75].

Que se reconozca un importantísimo peso al problema de la inadecuada sexualización del menor no significa, en cualquier caso, que todos y cada uno de los delincuentes sexuales juveniles la presenten. Investigaciones recientes se han hecho eco de una heterogeneidad de perfiles de delincuentes sexuales juveniles sobre la base de la experiencia sexual previa del menor. Heterogeneidad que resulta especialmente reveladora, puesto que ayuda a diseñar estrategias de intervención mejor adaptadas a las necesidades de cada perfil. Sin perjuicio de otras posibles taxonomías[76], una de las que mayor acogida ha recibido es la aportada por SPEARSON GOULET/TARDIF, con arreglo a la cual, habría que diferenciar entre tres grupos de delincuentes sexuales juveniles: el «grupo discordante», el «grupo constreñido» y el «grupo sobre-implicado»[77]. El «grupo discordante» estaría formado por delincuentes juveniles sexuales más inclinados hacia pensamientos y prácticas sexuales normativas que hacia aquellas otras atípicas, lo que daría cuenta de menos problemas en el campo de la sexualidad y una hipotética mayor similitud con la población juvenil no-delincuente. El «grupo constreñido» lo integrarían jóvenes que crecieron en contextos que tanto pudieron haber dificultado su adecuado y sano desarrollo

---

[73] SETO/PULLMAN, «Risks Factors for Adolescent Sexual Offending», en BRUINSMA/WEISBURD, (eds.), *Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice*, Springer, New York, 2014, pp. 4.066 y ss.

[74] SIRIA/ECHEBURÚA/AMOR, «Characteristics and risk factors in juvenile sexual offenders», *Psicothema*, vol. 32, (3), 2020, pp. 318-319. También en su estudio acerca de la delincuencia sexual juvenil KRAUSE et al., «Sexualized Behavior Among Adolescents Who Sexually Offended», *Archives of Sexual Behavior*, (51), 2022, pp. 4.047 y ss., sitúan el foco en los problemáticos (o no-normativos) comportamientos sexuales de los menores.

[75] SIRIA/ECHEBURÚA/AMOR, *Psicothema*, vol. 32 (3), 2020, p. 319.

[76] P. ej., KRAUSE et al., *Archives of Sexual Behavior*, (51), 2022, pp. 4.047 y ss., aportan igualmente una clasificación tripartita de delincuentes sexuales juveniles con base en su perfil de comportamiento sexual: un primer grupo de jóvenes con un nulo o bajo comportamiento sexual, un segundo grupo integrado por jóvenes con preocupaciones tempranas o excesivas en el ámbito sexual en forma de pensamientos sexuales, masturbación o consumo de pornografía y un tercer grupo de jóvenes sexualmente desregulados caracterizados por la perpetración de actos sexuales inapropiados en presencia de o sobre otras personas.

[77] SPEARSON GOULET/TARDIF, «Exploring sexuality profiles of adolescents who have engaged in sexual abuse and their link to delinquency and offense characteristics», *Child Abuse & Neglect*, (82), 2018, pp. 112 y ss.

de la sexualidad como favorecido una incomprensión de en qué consiste ésta: o bien un ámbito familiar estricto en el seno del cual la sexualidad era un tema tabú o bien, en el extremo contrario, un ámbito familiar sin fronteras en lo que a la intimidad sexual se refiere (p. ej., exposición a las prácticas sexuales de los progenitores), despertándose con ello incomodidad y evasión sobre lo relativo al sexo. Por último, el «grupo sobre-implicado» lo constituirían jóvenes que presentarían una sexualidad exacerbada. En estos casos los pensamientos sexuales podrían poseer una presencia abrumadora, descartando otras posibles formas de relaciones interpersonales e instándoles a imponer conductas sexuales en caso de sentir que no pueden satisfacerlos de manera consentida o inclusive como forma de búsqueda de sensaciones. Un ingrediente clave que, de acuerdo con SPEARSON GOULET/TARDIF, podría haber contribuido a esta presencia abrumadora de lo sexual sería la precocidad sexual, toda vez que los jóvenes de este grupo estuvieron expuestos y mostraron interés por la sexualidad a una edad temprana (antes de los 10 años) y experimentaron altas tasas de victimización sexual. Es este grupo el que, según estos autores, revelaría una mayor propensión a la transgresión de las normas, sea en clave de abuso sexual o de delincuencia en general, dato sin duda de elevado interés, pues resultaría coherente con el mayor peso que se le suele dar a los factores de riesgo vinculados con la sexualización del menor[78].

A la luz de la multiplicidad de factores de riesgo (generales y específicos) vinculados con la violencia sexual juvenil[79] y de semejante heterogeneidad de perfiles de delincuentes sexuales juveniles, resulta conveniente descartar, desde ya, la existencia de un nexo causal entre el consumo temprano de pornografía y la delincuencia sexual juvenil. Fundamentalmente porque ni todos los menores que estén expuestos a pornografía van a cometer delitos sexuales ni todos los menores que delinquen sexualmente habrán estado expuestos previamente a pornografía (o a según qué tipos de pornografía)[80]. Otra cosa es que el consumo temprano de pornografía cuente

---

[78] En España SIRIA/ECHEBURÚA/AMOR, *Psicothema*, vol. 32 (3), 2020, p. 319 llevaron a cabo un estudio en el que participaron 73 jóvenes que estaban cumpliendo una medida judicial por delitos contra la libertad sexual en diferentes comunidades autónomas, para el cual se emplearon diversos métodos de recogida de datos: revisión de expedientes, autoinformes y una entrevista realizada a los jóvenes y a los profesionales implicados. En esta investigación se concluyó que en un 95,89 % de los casos se produjo una inadecuación sexualización del menor infractor y, en concreto, que un 69,86 % de los participantes en el estudio estuvieron expuestos a pornografía a edades tempranas (antes de los doce años). Estas cifras desde luego contribuyen a colocar el foco y preocuparse especialmente por los problemas de sexualización del menor en el estudio de la delincuencia sexual juvenil.

[79] De acuerdo con YBARRA/THOMPSON, «Predicting the Emergence of Sexual Violence in Adolescence», *Prevention Science*, vol. 19 (4), 2018, p. 403 la violencia sexual juvenil surge debido a la confluencia de diversos factores de riesgo: factores individuales (p. ej., actitudes agresivas, hostilidad hacia las mujeres, consumo del alcohol), factores familiares (p. ej., ausencia de control parental), factores asociados al grupo de iguales (p. ej., la presión ejercida por el grupo para participar en una actividad sexual) o la influencia de medios tales como la pornografía. Es más, buena muestra de cuán complejo es el fenómeno de la violencia sexual juvenil son los numerosos factores de riesgo que se incluyen en las herramientas de juicio clínico estructurado orientadas a evaluar el riesgo de reincidencia delictiva en materia sexual en jóvenes de entre 12 y 18 años, como es el caso de ERASOR. Este instrumento contempla hasta 25 ítems ordenados en cinco categorías: (1) Intereses, actitudes y comportamientos sexuales (intereses sexuales desviados, interés sexual obsesivo, etc.); (2) Delitos sexuales anteriores (haber delinquido sexualmente contra dos o más víctimas, haber delinquido contra la misma víctimas dos veces o más, etc.); (3) Funcionamiento psicosocial (carencia de relaciones íntimas con pares, agresión interpersonal, etc.); (4) Funcionamiento familiar/entorno (entorno familiar de alto estrés, relaciones adolescente-padre problemáticas, etc.); (5) Tratamiento (ausencia de desarrollo o práctica de planes/estrategias realistas de prevención, tratamiento específico para la delincuencia sexual incompleto).

[80] En este sentido, YBARRA et al., «X-Rated Material and Perpetration of Sexually Aggressive Behavior Among Children and Adolescents: Is There a Link?», *Aggressive Behavior*, vol. 37 (1), 2011, pp. 2, 16.

como un importante factor de riesgo (o, siendo más precisos, otra variable encuadrable dentro del problema de la inadecuada sexualización del menor) y, ante ello, importe explorar de qué forma la pornografía puede influir negativamente en la socialización sexual de los menores de edad. Sólo así conseguirá dilucidarse cuál es el papel que la pornografía desempeña en la explicación de la delincuencia sexual juvenil[81].

5.2. La nociva influencia de algunas clases de pornografía en la socialización sexual de aquellos menores que las consumen

Para averiguar qué mal puede hacer la pornografía en la socialización sexual de los menores debemos explorar, primero de todo, cuán prevalente es aquella pornografía que refleja una desacertada visión del sexo cuya interiorización por el agente podría resultar contraproducente para su proceso de socialización sexual. Hecho esto, estaremos en condiciones de indagar cuáles son las específicas consecuencias negativas ligadas a su consumo por menores de edad como también cuál es el porcentaje de este grupo de población que habitualmente visualiza dichos contenidos perjudiciales para sí.

a. Cuán prevalente es la pornografía explícitamente violenta y la pornografía que, sin ser explícitamente violenta, degrada y cosifica a las mujeres

Existen distintas aproximaciones teóricas sobre qué es la pornografía, a un nivel ya no descriptivo sino valorativo[82], y cuál es el papel que el Estado debería asumir respecto a ella: la liberal, la conservadora y la feminista en relación con la cual se suele distinguir, a su vez, entre el movimiento feminista pro-sex y el feminista radical o abolicionista[83]. El feminismo radical es una corriente de pensamiento enmarcada dentro de la aproximación feminista que se opone frontalmente a la pornografía, sin ser la única, no obstante, que asume una visión crítica hacia tales materiales, como paradigmáticamente la visión conservadora, aunque en su caso desde la lógica de la obscenidad y la capacidad corruptora de los contenidos pornográficos. Sin perjuicio de posibles matices entre las tesis sostenidas por las diversas representantes de esta línea de opinión, en general, el feminismo radical[84] concibe la pornografía como un producto del patriarcado (y del capitalismo) cuya existencia, en su opinión, daña a las mujeres en un doble sentido. Daña a aquellas mujeres que protagonizan las escenas pornográficas debido a las

---

[81] La violencia sexual entre menores es la más preocupante expresión de los llamados «comportamientos sexuales problemáticos». Pero no es la única. Existen otras manifestaciones, como la masturbación del menor en público o su excesiva preocupación por cuestiones de sexualidad, que en este trabajo no podrán ser atendidas. Sobre ello, vid., MORI et al., «Exposure to sexual content and problematic sexual behaviors in children and adolescents: A systematic review and meta-analysis», *Child Abuse & Neglect*, vol. 143 (10), 2023, p. 1.

[82] Vid. WEST, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, pp. 2-3.

[83] Vid., con más detalle, WEST, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, pp. 4 y ss.; VALERO, *La libertad de la pornografía*, pp. 90 y ss.

[84] En esta corriente de pensamiento se enmarcan los fundamentales trabajos de MACKINNON, *Toward a Feminist Theory of the State*, Harvard University Press, Massachusets, 1989, pp. 195 y ss.; DWORKIN/MACKINNON, *Pornography & Civil Right. A New Day for Women's Equality*, 1988, pp. 24 y ss.; BROWNMILLER, *Against Our Will: Men, Women, and Rape*, Fawcett Columbine, New York, 1993 (1975), pp. 390 y ss. También en Estados Unidos hay representantes contemporáneas del feminismo radical, como, p. ej., DINES, *Pornland: How Porn Has Hijacked Our Sexuality*, Beacon Press, Boston, 2010. En el caso de España, vid. COBO, *Pornografía. El placer del poder*, Penguin Random House, Barcelona, 2020, pp. 4 y ss.; ALARIO GAVILÁN, *Política sexual de la pornografía. Sexo, desigualdad, violencia*, Cátedra, Madrid, 7ª ed., 2023, pp. 17 y ss.

lamentables condiciones en las que se llevan a cabo las grabaciones (daño material directo). E igualmente, de acuerdo con el feminismo radical, daña a todo el colectivo de mujeres, puesto que fomenta, mediante su erotización, tanto la dominación masculina y la correlativa sumisión femenina, obteniendo el hombre placer mediante el ejercicio de poder, como también la violencia contra las mujeres en su conjunto (daño cultural). Es por ello por lo que el feminismo radical propone abolir la pornografía, que es algo que, a su entender, no debería existir en una sociedad igualitaria[85], y defiende la necesidad de promover una sexualidad que ponga en valor el deseo de las mujeres y su no-cosificación. En cambio, el feminismo pro-sex[86], pese a compartir la crítica fundamental del feminismo radical de que la pornografía *mainstream* daña a las mujeres, no sugiere abolir la pornografía sino hacerle la competencia creando contenidos de sexo explícito más éticos que combatan la desigualdad de roles, la cosificación de la mujer, el sexo no consentido y los actos degradantes y violentos. Esta pornografía, a la que se le ha dado el nombre de «pornografía para mujeres» o «pornografía feminista», siendo Erika Lust una de las directoras más populares en este género, perseguiría implicar a mujeres y colectivos marginados en la producción de estos contenidos, reflejar en los materiales un placer mutuo y genuino de las personas implicadas y luchar firmemente contra determinados estereotipos promovidos por la pornografía *mainstream*[87].

Pues bien, la violencia física y verbal contra las mujeres en la pornografía como también su degradación y cosificación – componentes estos del tan criticado continuo de la violencia sexual del que hablan algunas feministas radicales[88] – son factores medibles empíricamente. Hay que evitar caer en el error, por tanto, de efectuar en este campo asunciones sin base empírica[89] o afirmaciones que cuenten con una base empírica débil al hallarse la investigación condicionada por un sesgo de observación selectiva, bien por citarse solamente aquellos estudios empíricos que sirven para sustentar la tesis defendida[90], bien por seleccionarse intencionalmente aquellos

---

[85] Cabe precisar que, si bien la erradicación de la pornografía era un objetivo realista en una época en la que la industria pornográfica proyectaba sus películas en salas de cine, hoy en día, debido a la ubicuidad digital de la pornografía, es sencillamente una quimera. Ante ello, algunas feministas radicales contemporáneas proponen abolir la pornografía de otra forma. P. ej., ALARIO GAVILÁN, *Política sexual de la pornografía. Sexo, desigualdad, violencia*, pp. 373-375, quien reconoce la imposibilidad de que la pornografía desaparezca, además de abogar por educar por la igualdad, sugiere educar a las personas de un modo tal como para que sientan rechazo hacia la pornografía tan pronto la vean y, por tanto, dejen de normalizar su consumo.

[86] Tal denominación, sin embargo, es criticada por ALARIO GAVILÁN, *Política sexual de la pornografía. Sexo, desigualdad, violencia*, pp. 154-156 dado que aquello a lo que se oponen las feministas radicales no es el sexo en sí sino el sexo patriarcal que el porno promueve.

[87] Vid. TAORMINO et al. (eds.), *The Feminist Porn Book. The Politics of Producing Pleasure,* Feminist Press, New York, 2013.

[88] Vid. ALARIO GAVILÁN, *Política sexual de la pornografía. Sexo, desigualdad, violencia*, pp. 278, 319, 379 y ss.

[89] P. ej., COBO, *Pornografía. El placer del poder*, pp. 97, 109 realiza en su obra afirmaciones realmente apodícticas tales como «los pornófilos consumen imágenes de mujeres humilladas y agredidas en rituales frecuentemente sádicos» o bien «el discurso del odio y la propuesta de destrucción de lo femenino está en el corazón del imaginario pornográfico». No obstante, COBO no aporta ni un solo dato que dé cuenta de que eso realmente es así. Sencillamente lo da por sentado.

[90] P. ej., FOUBERT, «The Public Health Harms of Pornography: The Brain, Erectile Dysfunction, and Sexual Violence», *Dignity: A Journal of Analysis of Exploitation and Violence*, vol. 2 (3), 2017, pp. 1-2 en su dura crítica contra la pornografía realizada a la luz de los nocivos efectos que ésta provoca en el ser humano, se limita a citar solamente el trabajo de BRIDGES et al., «Aggression and Sexual Behavior in Best-Selling Pornography Videos: A Content Analysis Update», *Violence Against Women*, vol. 16 (10), 2010, pp. 1.065-1.085 por el que se concluyó que un 88,2 % de las escenas pornográficas examinadas en su investigación contenían actos de violencia contra

materiales pornográficos que dan base a las ideas previamente sostenidas[91]/[92]. Efectuar una investigación empírica sobre cuán prevalente es la violencia contra las mujeres y la deshumanización de éstas en la pornografía es algo que puede y debe hacerse. Prueba ello son los distintos análisis de contenidos pornográficos realizados hasta la fecha. Este método de investigación sirve para arrojar luz sobre el problema sometido a examen, puesto que permite analizar de primera mano escenas de sexo explícito que han sido aleatoriamente escogidas.

Así las cosas, es bastante común, a efectos de análisis, distinguir entre pornografía violenta y pornografía no-violenta, dando a entender que la primera sería la problemática[93]. No obstante, este binomio, tal como advierten WRIGHT/TOKUNAGA/KRAUS, resulta desacertado[94]. Parece más preciso manejar una clasificación tripartita compuesta por las siguientes categorías pornográficas. Primero, la pornografía explícitamente violenta, que es aquella en la que se reflejarían de manera patente y fácilmente perceptible acciones de violencia física (p. ej., tirones de pelo, bofetadas, cachetadas, ahogamientos) o verbal (p. ej., insultos, amenazas, uso de lenguaje coercitivo) o bien actos sexuales abiertamente inconsentidos (p. ej., debido a que la mujer está dormida, en estado de coma, etc.). Segundo, la pornografía que, sin contener expresiones de violencia explícita, cosifica y degrada a las mujeres por reproducir el esquema dominación-sumisión (p. ej., vídeos en los que la mujer es reducida a un mero objeto sexual a merced del orgasmo masculino)[95]. Estos materiales tal vez podrían ser interpretados como expresiones de una violencia más implícita y sutil como es la violencia simbólica. Por último, estaría aquella pornografía que ni es violenta ni tampoco cosifica a las mujeres por tratarse simple y llanamente de materiales de sexo explícito en los que cabe apreciar consentimiento y

---

mujeres. No obstante, este autor omite citar otros muchos análisis de contenidos pornográficos que, según veremos, han arrojado resultados más moderados.

[91] P. ej., ALARIO GAVILÁN, *Política sexual de la pornografía. Sexo, desigualdad, violencia*, pp. 215 y ss., en diversos epígrafes de su monografía aporta algunos ejemplos de escenas pornográficas violentas contra la mujer. No obstante, el método seguido por ALARIO resulta problemático para poseer validez externa. ALARIO no hace uso en su investigación de una muestra aleatoria, sino que se sirve de unos cuantos ejemplos de videos pornográficos de las páginas web Pornhub y Xvideos, indicando su respectivo número de visitas, que han sido deliberadamente seleccionados para dar sustento a su tesis previamente defendida. Se pretende, con ello, que dicha muestra sea representativa de lo que la pornografía es a pesar de que el muestreo no ha sido probabilístico aun siendo posible haber operado así. Tal práctica despierta sospechas sobre un posible sesgo de confirmación: en vez de manejarse una hipótesis inicial a confirmar o refutar tras un análisis de contenidos audiovisuales confeccionado mediante un método científico válido, da la impresión de que solamente se pretenden validar conclusiones que, desde buen principio, estuvieron cerradas. Además, estos cuantos ejemplos son empleados a modo de base empírica de las fuertes afirmaciones efectuadas sobre aquello que la pornografía representa, incurriéndose, según creo, en una falacia de sobregeneralización (o de generalización apresurada). Una crítica metodológica similar a la formulada puede encontrarse en WEITZER, «Pornography's Effects: The Need for Solid Evidence», *Violence Against Women*, vol. 17 (5), p. 670 en relación con la obra de DINES.

[92] En este sentido, SHOR/SEIDA, *Aggression in Pornography. Myths and Realities*, pp. 1-2 quienes identifican una serie de notables debilidades tanto en investigaciones críticas con la industria pornográfica como en aquellos otras que la apoyan: definiciones conceptuales vagas, muestreos cuestionables, muestras demasiado pequeñas o análisis selectivos y/o sesgados. Tal como apuntan estos autores, la posición ideológica influye mucho en las teorías y hechos que se escoge citar como también en las opciones metodológicas seguidas a la hora de investigar sobre este ámbito de estudio.

[93] Por ejemplo, YBARRA et al., *Aggressive Behavior*, vol. 37 (1), p. 1-2.

[94] WRIGHT/TOKUNAGA/KRAUS, «A Meta-Analysis of Pornography Consumption and Actual Acts of Sexual Aggression in General Population Studies», *Journal of Communication*, vol. 66 (1), 2016, p. 186.

[95] Aun así, existe una discusión académica sobre si «violencia» y «degradación» son dos conceptos separados o bien forman parte de uno solo. Por todos, vid. BRIDGES et al., *Violence Against Women*, vol. 16 (10), 2010, p. 1.067.

placer recíprocos. Son propiamente las dos primeras clases de pornografía las que debieran preocupar, no la tercera.

Comenzando por la pregunta relativa a cuán prevalente es la violencia explícita en la pornografía, los análisis de contenidos pornográficos publicados hasta la fecha han arrojado resultados mixtos. En un extremo McKee concluyó que la violencia en la pornografía es anecdótica, presente solamente en un 1,9 % de las múltiples escenas registradas en formato DVD analizadas[96]. En el extremo opuesto, Bridges et al. expresaron todo lo contrario: que la violencia en la pornografía es predominante al constatarse actos violentos en hasta un 88,2 % de los 304 DVDs pornográficos que tuvieron ocasión de examinar y que estaban entre los más vendidos y alquilados comercialmente[97]. Entre un lado y el otro, algunos estudios han presentado porcentajes más o menos intermedios. P. ej., en el estudio de Shor/Sheida se analizaron un total de 409 vídeos pornográficos[98]. 70 escenas pornográficas fueron seleccionadas aleatoriamente de los videos más vistos del portal web PornHub y de estos un 12,9 % contenía agresiones suaves y un 1,4 % agresiones visiblemente no consentidas. Igualmente se examinaron 76 videos aleatorios empleando la herramienta de búsqueda al azar de PornHub: en este caso, en un 36,8% de las escenas se mostraba una agresión visible. Es interesante comentar que en este estudio se entró a analizar, además, una variable frecuentemente descuidada: el tiempo de duración de los actos violentos en la escena pornográfica a la luz de la duración total del video[99]. No dará lo mismo, p. ej., que en un video de 1 hora y 22 minutos de duración se muestre una puntual acción violenta de apenas unos segundos de duración a que un vídeo de 18 minutos de duración presente una tónica general violenta. Esta variable me parece sumamente importante ya que no siempre el consumidor de pornografía visualizará al completo el vídeo (p. ej., por puro aburrimiento o porque busque una escena en concreto), de modo que, a mayor duración del acto violento, mayor será la probabilidad de que el espectador se tope con éste. Por citar los resultados de algunas investigaciones más, en el trabajo de Fritz/Paul un 31 % de los 100 vídeos pornográficos analizados reflejaron violencia física y un 5 % violencia verbal[100]. En la investigación de Klassen/Peter las mujeres fueron objeto de actos de violencia física en un 37,2 % de las 400 escenas pornográficas examinadas[101]. Y en el estudio de Shor/Golriz un 43 % de 206 escenas pornográficas contuvieron agresiones físicas visibles[102].

Pese a existir consenso en que es la violencia contra las mujeres la que preocupa por ser predominantemente ellas las receptoras de este tipo de prácticas en la pornografía[103], los

---

[96] McKee, «The objectification of women in mainstream pornographic videos in Australia», *Journal of Sex Research,* vol. 42 (4), 2005, pp. 285, 287.

[97] Bridges et al., *Violence Against Women*, vol. 16 (10), 2010, pp. 1.065 y ss.

[98] Shor/Seida, *Aggression in Pornography. Myths and Realities*, pp. 27 y ss.

[99] Shor/Seida, *Aggression in Pornography. Myths and Realities*, p. 32.

[100] Fritz/Paul, «From Orgasms to Spanking: A Content Analysis of the Agentic and Objectifying Sexual Scripts in Feminist, for Women, and Mainstream Pornography», *Sex Roles*, (77), 2017, p. 646.

[101] Klaassen/Peter, «Gender (In)equality in Internet Pornography: A Content Analysis of Popular Pornographic Internet Videos», *Journal of Sex Research*, vol. 52 (7), 2015, pp. 727-728.

[102] Shor/Golriz, «Gender, Race, and Aggression in Mainstream Pornography», *Archives of Sexual Behavior*, vol. 48 (3), 2019, p. 745.

[103] P. ej., de forma coherente con estudios previos, en el análisis de contenidos pornográficos de Fritz et al., «A Descriptive Analysis of the Types, Targets, and Relative Frequency of Aggression in Mainstream Pornography», *Archives of Sexual Behavior*, vol. 49 (8), 2020, pp. 3.044, 3.050 las mujeres, frente a los hombres, fueron objeto de

resultados sobre la prevalencia de los actos violentos, según se ve, varían mucho en función de cada estudio. Ello responde, además de a las diferencias en las muestras y el contexto sociocultural del país donde se ha llevado a cabo el correspondiente estudio, a cómo se define exactamente el concepto de «agresión» en la investigación efectuada. A estos efectos, no sólo importa qué clase de actos violentos son abarcados sino, muy especialmente, si se le da importancia al consentimiento prestado por la mujer receptora de la agresión[104]. Pues, en tal caso, lo que objetivamente contaría como un acto violento (p. ej., prácticas sexuales BDSM), ya no podría ser computado como tal. El estudio de McKee constituye el paradigma de esta forma de operar: en su trabajo solamente se contabilizaron como actos violentos aquellos que tenían una clara intención de causar un daño y en los que, además, el sujeto receptor de las agresiones oponía resistencia, lo que explica que los porcentajes obtenidos resultaron ser tan bajos (un 1,9 %)[105]. Reveladora es también la investigación de Shor/Golriz. En función de si se consideraba o no la variable del consentimiento, la prevalencia de agresiones físicas visibles en las 206 escenas pornográficas examinadas variaba significativamente: de un 43 %, en caso de que no, a un 15,1 %, en caso de que sí[106]. En cambio, Bridges et al. partieron de un concepto mucho más amplio e inclusivo de agresión, con arreglo al cual, al contrario que McKee, no se exigía que la persona receptora del acto agresivo tratara de evitar el daño infligido. A saber, «cualquier acción intencional que cause daño físico o psicológico a uno mismo o a otra persona, entendiendo por daño psicológico la agresión verbal o no verbal a otra persona» [107]. Con base en esta definición se calificó la mayoría de las escenas pornográficas revisadas como violentas (un 88,2 %).

Bien es cierto que en la investigación cualitativa de Shor/Sheida, por la que se entrevistaron a 121 adultos que consumían regularmente pornografía, la mayor parte de ellos identificaron el consentimiento como el signo primario para distinguir en la pornografía cuándo un acto objetivamente agresivo es aceptable y cuándo, en cambio, no[108]. No obstante, otorgar relevancia al papel del consentimiento en los análisis de contenidos pornográficos en aras de distinguir los actos agresivos negativos de los actos agresivos prosociales no es algo que esté exento de una serie de dificultades, especialmente desde el prisma de los espectadores menores de edad, lo que ha alimentado un verdadero debate[109].

Primero de todo, surge la duda de cuál es exactamente el consentimiento que tendría que importar: aquel que prestan los actores y actrices porno o bien el que expresan los roles que cada cual desempeña en la escena pornográfica. Pues cabe imaginar que el vídeo pornográfico contenga actos violentos que, pese a parecer ser inconsentidos a juzgar por las imágenes, detrás

---

agresiones físicas en un 97 % de los casos. Con este dato no se niega que en la pornografía también circulen videos cuya narrativa sea la violencia contra los hombres o su humillación. Lo que se cuestiona es que, en términos comparativos, el porcentaje de esta clase de vídeos sea tal como para tener que despertar preocupación o, peor aún, merecer equiparación con aquellos otros materiales audiovisuales que erotizan la violencia contra las mujeres o bien su deshumanización.

[104] Por todos, vid McKee, «Methodological Issues in Defining Aggression for Content Analyses of Sexually Explicit Material», *Archives of Sexual Behavior*, vol. 44, (1), 2015, pp. 81 y ss.

[105] McKee, *Journal of Sex Research,* vol. 42 (4), 2005, pp. 282-283.

[106] Shor/Golriz, *Archives of Sexual Behavior*, vol. 48 (3), 2019, p. 745.

[107] Bridges et al, *Violence Against Women*, vol. 16 (10), 2010, p. 1.072.

[108] Shor/Seida, *Aggression in Pornography. Myths and Realities*, pp. 67 y ss.

[109] Por todos, vid. McKee, *Archives of Sexual Behavior*, vol. 44, (1), 2015, pp. 81 y ss.

de bambalinas los actores y actrices porno los hayan acordado practicar o que incluso los experimenten positivamente cuando ocurren aun cuando dé la impresión contraria[110]. A decir verdad, es infrecuente que los protagonistas de las escenas pornográficas dediquen los minutos iniciales del vídeo a conversar sobre qué es aquello que van a hacer y qué es aquello que cada cual espera del otro. En general, el lenguaje verbal (o explícito) tiende a ser poco habitual en la pornografía en comparación con el no-verbal (o implícito)[111]. Si los seres humanos, y en particular los menores de edad, aprenden a través de la observación, importará más qué es aquello que al espectador le parece estar viendo (una agresión no consentida) que aquello que realmente está ocurriendo (una agresión pactada de antemano por sus protagonistas) ya que será lo primero lo que tomarán en consideración en su proceso de socialización[112]. Ello puede terminar por resultar contraproducente, puesto que los consumidores, especialmente los menores de edad, quizás perciben que la falta de consentimiento durante el acto sexual no sólo es algo aceptable sino, además, un elemento inherente a la práctica de sexo[113].

Por mucho que el consentimiento expresado por los protagonistas de los contenidos pornográficos sea tomado en consideración, importará asimismo cuál es grado de exigencia que se asume a los efectos de definir cuándo concurre consentimiento y cuándo no en la escena pornográfica. McKee, que como ya comentamos reconoce importancia al papel del consentimiento en el análisis de los videos pornográficos, demanda, con tal de calificar el acto como agresivo (o, mejor dicho, como una agresión no-consentida), además de que sea intencionalmente dañino, que la mujer se oponga al acto sexual, verbal (p. ej., mediante solicitudes expresas para que se pare el acto) o no-verbalmente (p. ej., a través del ejercicio de resistencia activa, como empujones o patadas, o mediante muestras evidentes de infelicidad)[114]. No obstante, este requisito, si bien casa con una lógica en la que el «no» de la mujer basta para calificar como inconsentido el acto sexual (modelo del «no es no»), no encaja bien con una concepción más moderna de consentimiento, con arreglo a la cual, resulta preciso obtener de la mujer un válido consentimiento afirmativo respecto a su participación en la actividad sexual (modelo del «sólo sí es sí»)[115]. Definiciones como la originalmente aportada por McKee no permiten calificar como inconsentidos, por tanto, actos sexuales en los que la mujer no exprese absolutamente nada (p. ej., porque se encuentra dormida), dado que brillarían por su ausencia las exigidas muestras de oposición[116]. Y peor aún, pasan por alto que los consumidores de esta clase de vídeos pornográficos tal vez terminen por validar una idea, sobradamente superada, de que, en caso de que la mujer no se resista al acto sexual, podrá entenderse que ésta lo ha consentido.

---

[110] Por todos, vid. Rothman, *Pornography and Public Health*, p. 71.

[111] Vid. Willis et al., «Sexual Consent Communication in Best-Selling Pornography Films: A Content Analysis», *The Journal of Sex Research*, vol. 57 (1), 2019, p. 60.

[112] Por todos, vid. Rothman, *Pornography and Public Health*, p. 71.

[113] En este sentido, Fritz et al., *Archives of Sexual Behavior*, vol. 49 (8), 2020, p. 3.043.

[114] McKee, *Journal of Sex Research,* vol. 42 (4), 2005, p. 283.

[115] Sobre este cambio de paradigma, vid. Little, «From No Means No to Only Yes Means Yes: The Rational Results of an Affirmative Consent Standard in Rape Law», *Vanderbilt Law Review*, vol. 58 (4), 2005, pp. 1.321 y ss.

[116] Es verdad que con posterioridad McKee, *Archives of Sexual Behavior*, vol. 44, (1), 2015, p. 85 ha precisado, entre otras cosas, que ha de prestarse atención a si el actor parece ser capaz de prestar su consentimiento informado; en particular, dice el autor citado que debe examinarse si los actores parecen estar influidos por el consumo de drogas durante la *performance*. Sin embargo, McKee está pensando en consentimientos viciados, no en la absoluta falta de expresión de muestras de consentimiento.

Más allá de eso, resulta que en la pornografía es infrecuente que la mujer responda negativamente ante los actos violentos ejercidos contra ella. Las actitudes reactivas más habituales suelen ser neutras o incluso positivas (p. ej., una sonrisa o solicitudes expresas al hombre de que continúe con lo que está haciendo)[117]. Tales reacciones, que tanto pueden ser reales como fingidas[118], pese a poder ser interpretadas como manifestaciones de un supuesto consentimiento mutuo, no dejan de emitir un peligroso mensaje: que a las mujeres no les importa, o incluso les gusta, ser objeto de este tipo de prácticas[119]. Si bien los espectadores adultos tal vez estén en mejores condiciones de diferenciar aquellas prácticas sexuales que, aunque agresivas, son socialmente aceptables, como, p. ej., los actos de sadomasoquismo consentidos, de las auténticas expresiones de violencia sexual[120], en el caso de los menores esto no está, ni mucho menos, claro. Su escasa experiencia y su menor capacidad crítica respecto aquello que la pornografía muestra podría dificultarles distinguir, por sí mismos, qué es correcto y qué no, con lo cual, existirá un riesgo de que sus «guiones sexuales» sean configurados inadecuadamente y asuman como válida una sesgada comprensión de lo que es el sexo, cosa que solamente podrá ser combatida mediante una buena labor educativa afectivo-sexual que ponga en valor aspectos tan fundamentales como el crucial papel del consentimiento en las relaciones sexuales, la importancia del placer sexual mutuo o el fomento de la igualdad de género.

Por lo que respecta a la prevalencia en la pornografía de actos degradantes, los estudios publicados hasta la fecha han puesto el foco en un variado número de prácticas calificadas de este modo. P. ej., en su investigación cuantitativa SHOR/SHEIDA alcanzaron los siguientes resultados: de los 70 vídeos más vistos en Pornhub, en un 8,57 % de los casos se practicó sexo anal, en un 35,71 % el hombre eyaculó en la boca de la mujer y en un 24,29 % eyaculó en su cara, mientras que los porcentajes fueron bastantes similares en cuanto a los 76 vídeos seleccionados a partir del motor de búsqueda por azar de Pornhub, a saber, un 9,21 %, un 31,58 % y un 18,42 %, respectivamente[121]. Por su lado, GORMAN/MORK-TURNER/FISH examinaron en su estudio un amplio abanico de actos que fueron calificados como degradantes: por nombrar algunos, en un 55 % de los 45 vídeos analizados las mujeres aparecieron desnudas más que los hombres, en un 33 % el hombre ocupó una posición dominante durante la escena sexual, en un 45 % el hombre eyaculó en la cara de la mujer y en un 22 % la mujer fue explotada con el único propósito de satisfacer el placer masculino[122]. Criticable es que rara vez se dediquen unas líneas iniciales para justificar por

---

[117] Vid. FRITZ et al., *Archives of Sexual Behavior*, vol. 49 (8), 2020, pp. 3.051-3.052; GORMAN/MONK-TURNER/FISH, «Free Adult Internet Web Sites: How Prevalent Are Degrading Acts?», *Gender Issues*, (27), 2010, pp. 142-143. Siguiendo la teoría cognitiva social de BANDURA, BRIDGES et al, *Violence Against Women*, vol. 16 (10), 2010, p. 1.068 comentan que una respuesta favorable a la agresión emite un mensaje permisivo a la audiencia respecto a este tipo de comportamiento, mientras que una respuesta desfavorable lanza un mensaje prohibitivo.

[118] BRIDGES et al, *Violence Against Women*, vol. 16 (10), 2010, p. 1.070 se preguntan cómo es posible saber si los actores realmente están dando su consentimiento o bien si actúan como si lo estuvieran dando. Esta distinción resulta, a mi parecer, fútil: si en su proceso de aprendizaje social importa lo que el consumidor de pornografía observa, tanto dará que la reacción de la protagonista de las imágenes sea real o simulada.

[119] Vid. FRITZ et al., *Archives of Sexual Behavior*, vol. 49 (8), 2020, pp. 3.051-3.052.

[120] Vid. MCKEE, «Methodological Issues in Defining Aggression for Content Analyses of Sexually Explicit Material», *Archives of Sexual Behavior*, vol. 44, (1), 2015, p. 85.

[121] SHOR/SEIDA, *Aggression in Pornography. Myths and Realities*, p. 67.

[122] GORMAN/MONK-TURNER/FISH, *Gender Issues*, (27), 2010, pp. 138 y ss.

qué los actos sometidos a examen han de ser calificados como degradantes[123]. Bien es verdad que algunos de ellos podrían ser vistos como abiertamente degradantes, en cuyo caso, seguramente no resultaría tan necesaria tal justificación. Pero no es, ni mucho menos, obvio por qué otras prácticas como, p. ej., el sexo anal han de ser calificadas así. Adicionalmente, el debate previo sobre si reconocerle o no importancia al consentimiento prestado verbal o no-verbalmente por la mujer que protagoniza las imágenes en orden a calificar, en este caso, como no-degradante un acto que objetivamente sí lo sería cabría perfectamente extrapolarla aquí, con lo cual, baste con remitirse a las consideraciones previas sobre esta cuestión.

b. El negativo impacto de determinadas clases de pornografía en la socialización sexual del menor: el desarrollo de actitudes sexistas

Diversos estudios advierten que el consumo de según qué clases de pornografía favorecería el desarrollo de actitudes sexistas en los consumidores, menores de edad inclusive[124], y, por tanto, el posible padecimiento por estos de erradas creencias (en definitiva: distorsiones cognitivas que implican un tergiversado modo de interpretar la realidad) sobre agresiones sexuales (los llamados «mitos sobre la violación»: p. ej., afear a la mujer el tipo de ropa que llevaba puesta en el momento de los hechos) y el rol de las mujeres en la sociedad (p. ej., verlas como meros objetos sexuales) o bien la interiorización de ciertas tendencias discriminatorias y hostiles hacia éstas[125]. Serían tales actitudes las que aumentarían la probabilidad de que se protagonicen episodios de violencia sexual. Es decir, la violencia sexual, al tratarse de un fenómeno complejo, no puede explicarse solamente a partir del consumo de pornografía. Más bien, de acuerdo con una parte de la evidencia empírica revisada, el consumo de algunas clases de pornografía estaría correlacionado con el desarrollo de ciertos pensamientos y visiones negativas que previsiblemente propiciarían, junto con otros factores de riesgo, que haya personas que incurran en actos de violencia sexual. Aun así, ROTHMAN insiste en que una cosa son las actitudes negativas hacia las mujeres y otra distinta los comportamientos coherentes con esas malas actitudes y que la ciencia social aún no ha aclarado cuán fuerte es la asociación entre actitud y comportamiento[126].

---

[123] En este sentido, WEITZER, *Violence Against Women*, vol. 17 (5), p. 670 quien critica a DINES que en su libro ponga ejemplos de actos que ella considera inherentemente degradantes sin argumentar por qué.

[124] Por todos, vid. PETER/VALKENBURG, *The Journal of Sex Research*, vol. 53 (4-5), 2016, pp. 523 y ss.

[125] Vid. FLOOD, *Child Abuse Review*, vol. 18 (6), 2009, pp. 392-393; SHOR/SEIDA, *Aggression in Pornography. Myths and Realities*, pp. 45 y ss.; WRIGHT/TOKUNAGA/KRAUS, *Journal of Communication*, vol. 66 (1), 2016, p. 201; HALD/MALAMUTH/LANGE, «Pornography and Sexist Attitudes Among Heterosexuals», *Journal of Communication*, vol. 63 (4), 2013, pp. 638 y ss. En cambio, MCKEE, «The Relationship Between Attitudes Towards Women, Consumption of Pornography, and Other Demographic Variables in a Survey of 1.023 Consumers of Pornography», *International Journal of Health Sex*, vol. 19 (1), 2007, pp. 31-45 no halló una relación entre el volumen de pornografía consumida y las actitudes de los consumidores hacia las mujeres. Y KOHUT/BAER/WATTS, «Is Pornography Really About "Making Hate About Women?"? Pornography Users Hold More Gender Egalitarian Attitudes Than Nonusers in a Representative American Sample», *The Journal of Research Sex*, vol. 53 (1), 2016, pp. 1-11 concluyeron todo lo contrario: que los consumidores de pornografía poseen creencias más progresistas e igualitarias sobre el papel de los hombres y las mujeres en la sociedad.

[126] ROTHMAN, *Pornography and Public Health*, p. 72. En general, sobre la discusión acerca de la influencia de las actitudes en el comportamiento humano, por todos, vid. AJZEN ET AL. «The Influence of Attitudes on Behavior», en ALBARRACÍN/JOHNSON (eds.), *The Handbook of Attitudes: Volumen 1: Basic Principles*, 2ª ed., Routledge, New York, 2019, pp. 197 y ss.

Sea como fuere, ni todo tipo de pornografía va a desencadenar necesariamente el desarrollo de actitudes sexistas[127] ni, más importante todavía, tampoco ese impacto negativo va a ser idéntico en relación con toda categoría pornográfica[128]. Algunos estudios precisan que la correlación entre pornografía y actitudes sexistas es más fuerte en el caso de la pornografía violenta que en el de la pornografía no-violenta[129]. Que esa asociación exista y sea más pronunciada respecto a la pornografía violenta no es algo que debiera sorprender, habida cuenta de que la exposición a contenidos que erotizan, de manera flagrante, la violencia explícita contra las mujeres como también la falta de consentimiento en la práctica de sexo contribuye a que el espectador interiorice «guiones sexuales» favorables hacia su aceptación, especialmente cuando éste es menor de edad y, por tanto, más vulnerable frente a lo que observa debido a su menos avanzado desarrollo psicosocial y su inmadurez neurobiológica[130]. Pero tal vez confunda que también, aunque no en la misma medida, la pornografía no-violenta añada leña al fuego. En el fondo, creo que todo se debe a una confusión terminológica al emplearse a veces el concepto de pornografía no-violenta para referirse a pornografía que, pese a carecer de muestras abiertas de violencia, contiene actos degradantes contra la mujer cuyo visionado puede auspiciar su normalización. Prueba de ello es p. ej., el estudio de HALD/MALAMUTH/YUEN en el que la pornografía no-violenta es definida como materiales sexualmente explícitos sin ningún contenido manifiestamente coercitivo pero que a veces puede implicar actos de sumisión y/o coacción con base en la posición de los modelos, el uso de accesorios o la exhibición de relaciones de poder desiguales [131]. En cualquier caso, no hay que pasar por alto que el tipo de pornografía al que el menor se expone es uno de los múltiples factores que modulan el modo en que el consumo de estos contenidos impactará en su desarrollo. Hay unos cuantos otros que no han de ser descuidados: la edad del

---

[127] Matizan GOLDE et al., «Attitudinal Effects of Degrading Themes and Sexual Explicitness in Video Materials», *Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment*, vol. 12 (3), 2000, p. 231 que lo que contribuye al desarrollo de actitudes negativas hacia las mujeres no son las representaciones de sexo explícito sino las representaciones de actos degradantes.

[128] Después de todo, cada categoría pornográfica puede contener «guiones sexuales» no coincidentes. En este sentido, FRITZ/PAUL, *Sex Roles*, (77), 2017, p. 640.

[129] FLOOD, *Child Abuse Review*, vol. 18 (6), 2009, p. 392; HALD/MALAMUTH/YUEN, «Pornography and Attitudes Supporting Violence Against Women: Revisiting the Relationship in Nonexperimental Studies», *Aggressive Behavior*, vol. 36 (1), 2010, p. 18. En este sentido, en relación con los comportamientos de agresión sexual, WRIGHT/TOKUNAGA/KRAUS, *Journal of Communication*, vol. 66 (1), 2016, p. 194. En el caso de los menores, YBARRA et al., *Aggressive Behavior*, vol. 37 (1), p. 14 expresan que la pornografía violenta es particularmente influyente comparada con la no-violenta. Concretamente, comentan MORI et al., *Child Abuse & Neglect*, vol. 143 (10), 2023, p. 8 que los niños y adolescentes expuestos a pornografía no-violenta tienen una vez y media más probabilidades de participar en comportamientos sexuales problemáticos en comparación con los no expuestos. Y respecto aquellos que consumen contenidos sexuales violentos u observados en directo las probabilidades serían dos veces y media más.

[130] Vid. HORNOR, *Journal of Pediatric Health Care,* vol. 34 (2), 2020, p. 194; SHOR/SEIDA, *Aggression in Pornography. Myths and Realities*, p. 18; BROWN/WISCO, «The components of the adolescent brain and its unique sensitivity to sexually explicit material», *Journal of Adolescence*, vol. 72, 2019, pp. 10-13.

[131] HALD/MALAMUTH/YUEN, *Aggressive Behavior*, vol. 36 (1), 2010, p. 15.

sujeto[132], su género[133], sus características personales, la frecuencia en el consumo de materiales de sexo explícito, el contexto en el que se visualiza pornografía, cómo se siente el menor tras el consumo de estos materiales o la existencia de fuentes alternativas de información[134].

c. Pero, ¿qué clase de pornografía consumen más frecuentemente los menores?

Cuánto más prevalentes sean en Internet la pornografía explícitamente violenta y aquella pornografía que, sin ser explícitamente violenta, degrada y cosifica a las mujeres, mayor será la probabilidad de que los menores se topen en la red con tales contenidos y, por consiguiente, que su visionado impacte negativamente en su socialización sexual en el sentido ya visto. Sin embargo, una cosa es que los referidos contenidos pornográficos estén disponibles de forma mayoritariamente gratuita en páginas web abiertas al público y otra distinta que estos sean habitualmente consumidos por aquellos usuarios más jóvenes e inexpertos (pues cabe imaginar, p. ej., que haya menores que sientan rechazo hacia tales contenidos[135]). Quiero decir con esto que el estudio sobre los efectos de la pornografía en los menores resultaría incompleto si no se entrase a explorar adicionalmente cuál es el porcentaje de menores que consumen con mayor regularidad aquel tipo de pornografía que se ha probado empíricamente que puede resultar nociva para su desarrollo[136]. El tema me parece de excepcional importancia porque abre la puerta al estudio ya no sólo de los factores de riesgo que propician que haya menores que visualicen pornografía[137] sino, más específicamente, de aquellos factores de riesgo que contribuyen a que haya menores que consuman determinadas clases de contenidos pornográficos.

---

[132] ROTHMAN, *Pornography and Public Health*, pp. 130-131 comenta que cuánto más joven sea el sujeto, menos capaz será de comprender lo que observa y, por tanto, más probable es que se traumatice o que interiorice «guiones sexuales» insanos. En cambio, MORI et al., *Child Abuse & Neglect*, vol. 143 (10), 2023, p. 10 no hallaron en su estudio que la edad fuera un significativo moderador en la asociación entre la exposición a contenido pornográfico (no-violento, violento y en directo) y los comportamientos sexuales insanos. Este hallazgo lo achacan a que la muestra de su investigación estuvo compuesta por menos infantes que adolescentes. O bien alternativamente sugieren que la exposición a contenidos de sexo explícito posee el mismo impacto en todos los rangos de edad, si bien reconocen que el soporte empírico para sostener semejante interpretación es limitado. También advierten que la edad no es un factor moderador en los efectos del consumo de pornografía WRIGHT/TOKUNAGA/KRAUS, *Journal of Communication*, vol. 66 (1), 2016, p. 197.

[133] Según PETER/VALKENBURG, *The Journal of Sex Research*, vol. 53 (4-5), 2016, p. 523 la relación entre el consumo de pornografía y la comisión de una agresión sexual es más fuerte en el caso de los chicos, mientras que la relación entre el consumo de pornografía y la victimización sexual ha sido demostrada principalmente en relación con las chicas.

[134] Vid., en general, ROTHMAN, *Pornography and Public Health*, pp. 134-135; SHOR/SEIDA, *Aggression in Pornography. Myths and Realities*, p. 48.

[135] Aun no tratándose de un estudio realizado en relación con población menor de edad, resulta interesante comentar que en la investigación cualitativa de SHOR/SEIDA, *Aggression in Pornography. Myths and Realities*, pp. 27, 83 un 80 % de los 121 adultos entrevistados manifestó que no les gustaría ver más agresiones en la pornografía. Con ello se pretendía desmentir el supuesto incremento en la demanda de más materiales pornográficos agresivos y degradantes («*harder and harder*»).

[136] En este sentido, PETER/VALKENBURG, *The Journal of Sex Research*, vol. 53 (4-5), 2016, pp. 525, 528. Del mismo modo, MARSHALL/MILLER, «Consistently inconsistent: A systematic review of the measurement of pornography use», *Aggression and Violent Behavior*, 48, 2019, p. 176 comentan que es evidente que los investigadores interesados en comprender los efectos del consumo de pornografía también deben explorar aquello que un individuo mira cuando consume pornografía.

[137] Al respecto, vid. ROTHMAN, *Pornography and Public Health*, pp. 132 y ss.

En nuestro país una de las pocas investigaciones empíricas recientes que se han ocupado de explorar la cuestión planteada es el Estudio de las Illes Balears de diciembre de 2022 (p. 100). En éste se preguntó a los jóvenes encuestados, entre otras muchas cosas, qué tipo de pornografía visualizan con más frecuencia, para lo cual, se les habilitaron cuatro posibles respuestas basadas en una taxonomía de elaboración propia: *softcore* (no se muestra genitales ni acto sexual explícitamente), *mediancore* (desnudos totales, pero sin acto sexual explícito), *hardcore* (genitales, acto sexual explícito y violencia física y verbal) y cruda (importante violencia física y verbal, aberraciones, dominio-sumisión). Los datos que se extrajeron fueron los siguientes: un 8,6 % de los encuestados consumen más frecuentemente pornografía *softcore*, un 11 % pornografía *mediancore*, un 71,9 % pornografía *hardcore*, un 4,3 % pornografía cruda y un 4,2 % no supo o no contestó a la pregunta formulada. A partir de ahí, se expresó lo siguiente: «Las respuestas no muestran ningún motivo para dudar, un 76,25 % de la muestra responde que ve sobre todo pornografía *hardcore* o cruda (...)». Una afirmación que, de buenas a primeras, debiera inquietar. Sin embargo, creo que, por lo que ahora se comentará, los resultados del estudio citado han de ser tomados con cierta cautela, razón por la cual, por el momento, pienso que el interrogante sobre qué clase de pornografía suelen consumir más regularmente los menores de edad en España seguiría abierto y, por ende, debería continuar investigándose sobre ello.

Primero de todo, no convence el modo como fueron configuradas las posibles respuestas a la pregunta formulada en la encuesta. Resulta discutible, de entrada, que en el estudio se incluyesen las categorías *softcore* y *mediancore* por faltar en ambas la nota de explicitud de los contenidos sexuales propia de la pornografía[138]. Con ello me parece que se acaba mezclando lo erótico con lo pornográfico. De hecho, en el estudio se dice que la pornografía *softcore* «se puede encontrar en páginas web eróticas» y que la pornografía *mediancore* «aún se mueve dentro del ámbito de la representación erótica del cuerpo humano». Seguidamente, se produce un enorme salto entre la categoría pornográfica *mediancore* y la categoría pornográfica *hardcore* (o, de acuerdo con lo comentado antes, entre aquello que, en rigor, sería erotismo y lo que ya estrictamente empezaría a ser pornográfico). La categoría *mediancore* solamente abarca desnudos totales, sin actos sexuales explícitos, mientras que la categoría *hardcore* engloba tanto genitales como actos sexuales explícitos acompañados, y esto es lo relevante, de violencia física y verbal (concepto, por cierto, que no aparece definido ni tampoco ejemplificado). Es decir, no se habilitó una categoría intermedia para aquellos contenidos pornográficos que muestran genitales y actos sexuales explícitos pero no violencia física y verbal[139]. En consecuencia, surge la duda de si algunos de los encuestados que frecuentemente consumen estos materiales «intermedios» respondieron que visualizan pornografía *hardcore* porque la opción de la categoría

[138] A decir verdad, algunas de las investigaciones revisadas, a la hora de hacer referencia a los contenidos pornográficos, emplean el término «materiales de sexo explícito». P. ej., McKee, *Archives of Sexual Behavior*, vol. 44, (1), 2015, pp. 81-87.

[139] Con apoyo de los trabajos de dos de las máximas representantes del feminismo radical contemporáneo en España, Cobo y Alario, el estudio comienza expresando en el apartado relativo a la clase de pornografía frecuentemente consumida por los jóvenes que «toda la pornografía incluye violencia, ya sea simbólica, física o verbal». Es cierto que, desde este prisma, seguramente cabría replicar a lo comentado que no es posible imaginar ni una sola categoría pornográfica en la que los actos sexuales no vengan acompañados de alguna forma de violencia, ni que sea implícita. No obstante, la categoría *hardcore*, tal como es definida en el estudio, incluye unas concretas expresiones de violencia: la física y la verbal. Formas de violencia, por tanto, que es posible que no se vean reflejadas en algunos contenidos pornográficos, sin perjuicio de que sí pueda apreciarse una violencia más sutil y menos explícita como es la violencia simbólica.

mediancore, que es menor en grado en cuanto a su crudeza, habría quedado descartada de base al dejar fuera los actos sexuales explícitos. En tal caso, la categoría *hardcore* terminaría por ser sobreinclusiva. Si se hubiese contemplado una categoría pornográfica situada a caballo entre la *mediancore* y la *hardcore*, al menos, esa duda no se plantearía porque podríamos delinear de forma clara qué porcentaje de menores consumen unos y otros materiales. En cuanto a la definición de pornografía cruda, hay aspectos que no terminan de estar del todo claros. A primera vista, creo que no se define bien si los elementos asociados a ese concepto se presentan de forma cumulativa o alternativa. Es decir, si la pornografía cruda es aquella que encierra importantes dosis de violencia física y verbal, aberraciones y dominación-sumisión o bien cualquiera de los ítems señalados, puesto que cada elemento es separado por una «coma» y no por la conjunción «y» como en la categoría *hardcore*. Esto es relevante por lo siguiente: en caso de que el encuestado interpretase que son elementos alternativos y, por tanto, que bastase solamente uno de ellos, tendrían cabida muchos más contenidos pornográficos que en el supuesto de ser vistos como factores cumulativos. Por lo que respecta al primer ítem, «importante violencia física y verbal», no se precisa si se está pensando en la intensidad de los actos violentos en las escenas de sexo explícito o bien en la frecuencia de su aparición en los vídeos pornográficos. Sea lo uno o lo otro, tampoco se especifica cuán intensos o frecuentes han de ser esos actos. Esta cuestión no es baladí, precisamente porque serviría para delimitar de forma clara qué casos se incardinarían en la categoría *hardcore* y qué otros en la categoría de la pornografía cruda. En cuanto al término «aberraciones», me parece demasiado difuso y excesivamente cargado de subjetividad. Si no se concreta al encuestado en qué tipo de prácticas se está pensando exactamente, queda en sus manos interpretar ese concepto de una manera más o menos extensiva. Y el problema es que lo que para algunos serían aberraciones, para otros probablemente no. Lo mismo ocurre, según creo, con la expresión «dominación-sumisión».

Conforme a lo señalado, me parece que en el estudio citado debería haberse prescindido del uso de amplias categorías *ad hoc*[140], máxime teniendo en cuenta que no se añadieron ulteriores precisiones y aclaraciones que, conforme al vocabulario y conocimientos de los menores encuestados, estarían plenamente justificadas. En vez de haber preguntado qué género pornográfico visualizan más regularmente, dadas las discrepancias de opinión entre los investigadores a la hora de configurar las distintas clases de pornografía, quizás podría haber resultado más prometedor indagar acerca de la habitual visualización de concretos comportamientos en la pornografía[141] (p. ej., bofetadas, insultos, etc.), empleando, para ello, un lenguaje adaptado a las edades de los encuestados.

Por otro lado, debe destacarse que en el estudio se preguntó a los encuestados qué clase de pornografía consumen con más frecuencia. Es decir, sobre el mayor grado de uso de un determinado tipo de pornografía, en sí mismo considerado. Y acto seguido, también se formuló otra pregunta relativa a la frecuencia con la que los encuestados miran pornografía, en general, obteniendo los siguientes resultados: un 42,1 % de los menores dijeron que consumen «alguna

---

[140] En este sentido crítico, HALD/ŠTULHOFER, «What Types of Pornography Do People Use and Do They Cluster? Assessing Types and Categories of Pornography Consumption in a Large-Scale Online Sample», *Journal of Sex Research*, vol. 53, (7), 2016, pp. 851 y ss., razón por la cual, en su estudio con población adulta optaron por introducir los tipos de pornografía tal cual aparecen en las páginas web pornográficas (p. ej., *bondage*, *cumshot*, etc.).

[141] MARSHALL/MILLER, *Aggression and Violent Behavior*, 48, 2019, p. 176.

vez, esporádicamente» pornografía, un 38.9 % «una o dos veces a la semana», un 18,2 % «una vez cada día» y un 0,9 % «varias veces al día». Ahora bien, en ningún momento se pone en conexión aquella clase específica de pornografía que es más regularmente consumida con la frecuencia en el consumo de pornografía en general. Faltaría un análisis de correlación entre ambas variables. Tal como se plantea el estudio, un menor que rara vez o de manera solamente puntual visualice pornografía, resultando ser ésta mayoritariamente, p. ej., pornografía *hardcore*, sería computado igual que otro menor que visualice diariamente o incluso de manera repetida contenidos pornográficos y estos suelan ser predominantemente de la clase mencionada. Al final y al cabo, en ambos casos esa sería la categoría pornográfica más regularmente consumida. Sin embargo, la frecuencia en el uso de pornografía claramente no sería equiparable, cuestión sin duda relevante. Hubiese sido mucho más preciso, por lo indicado, haber preguntado adicionalmente, a partir de una escala tipo Likert, con qué frecuencia se consume la pornografía más habitualmente visualizada. De este modo, conseguiría discriminarse entre supuestos que no pueden ser equiparados. Además de eso, también hubiese sido interesante relacionar la frecuencia en el consumo de la pornografía más visitada con el grado de uso de otros tipos de pornografía a fin de saber qué proporción representa respecto del total.

6. Conclusiones

En España las edades a las que actualmente se suele empezar a consumir pornografía son preocupantemente precoces. Por lo general, esta exposición temprana a contenidos de sexo explícito puede llegar a resultar perjudicial para el desarrollo del menor, particularmente cuando la clase de pornografía al que se accede es aquella que erotiza la violencia sexual contra las mujeres. Pese a todo, ha de saberse que el campo de la pornografía está repleto de matices que no pueden pasarse por alto, por lo que es bueno evitar demonizarla. A la pornografía también se le han reconocidos ciertos efectos positivos para la sexualidad individual. Y no sólo eso: clases de pornografías hay muchas, cada cual con sus peculiaridades. Consiguientemente, una aproximación seria, pausada y concienzuda al tema sometido a examen obliga a efectuar las precisiones y distinciones que resulten necesarias con tal de evitar sobredimensionar el problema y llevar demasiado lejos las políticas públicas de prevención. Independientemente de ello, sí que es cierto que la situación actual preocupa, lo que, unido a los potenciales efectos nocivos que ciertas clases de pornografía pueden desencadenar en la socialización sexual de los menores, obliga a reflexionar acerca de qué medidas deberían ser puestas en práctica para prevenir el acceso de estos a tales contenidos y qué podría hacerse para minimizar los perjuicios vinculados con su consumo precoz. En relación con lo primero, me parece que deberían introducirse óptimos mecanismos de control orientados a dificultar que los menores dispongan de vía libre para visualizar un sinfín de variados contenidos pornográficos, sean cuales sean estos. Para ser más precisos, estos serían las herramientas de control parental, de un lado, y la implementación de óptimos sistemas de verificación de edad en las páginas web pornográficas, de otro. No obstante, dado que, sean cuales sean las barreras, más o menos férreas, que se interpongan entre los menores y los contenidos pornográficos, seguirá existiendo un mínimo riesgo de que estos terminen por visualizarlos, no podrá pasarse por alto la necesidad de

ofrecerles una óptima educación afectivo-sexual tanto en el hogar como en la escuela en aras de garantizarles un sano desarrollo en este plano[142].

7. Bibliografía

AJZEN, Icek, et al., «The Influence of Attitudes on Behavior», en ALBARRACÍN, Dolores/JOHNSON, Blair T.(eds.), *The Handbook of Attitudes: Volumen 1: Basic Principles*, 2ª ed., Routledge, New York, 2019, pp. 197-255.

ALARIO GAVILÁN, Mónica, *Política sexual de la pornografía. Sexo, desigualdad, violencia*, Cátedra, Madrid, 7ª ed., 2023.

BALLESTER BRAGE, Lluis/ORTE SOCIAS, Carmen, *Nueva pornografía y cambios en las relaciones interpersonales*, Octaedro, Barcelona, 2019.

BARRENSE-DÍAS, Yara/BERCHTOLD, André/CARLES-SURÍS, Joan-Carles/AKRE, Christina, «Sexting and the Definition Issue», *Journal of Adolescent Health*, vol. 61 (5), 2017, pp. 544-554.

BARTON, Bernadette, *The Pornification of America: How Raunch Culture is Ruining Our Society*, NYU Press, New York, 2021.

BORGOGNA, Nicholas C./LATHAN, Emma C./MITCHELL, Ariana, «Is Women's Problematic Pornography Viewing Related to Body Image or Relationship Satisfaction?», *The Journal of Treatment & Prevention*, vol. 25 (4), 2018, pp. 345-366.

BRIDGES, Ana J., et al., «Aggression and Sexual Behavior in Best-Selling Pornography Videos: A Content Analysis Update», *Violence Against Women*, vol. 16 (10), 2010, pp. 1.065-1.085

BRIDGES, Ana J., et al., «Sexual Scripts and the Sexual Behavior of Men and Women Who Use Pornography», *Sexualization, Media & Society*, (4), 2016, pp. 1-14.

BROWN, Jennifer A./WISCO, Jonathan J., «The components of the adolescent brain and its unique sensitivity to sexually explicit material», *Journal of Adolescence*, vol. 72, 2019, pp. 10-13.

BROWNMILLER, SUSAN, *Against Our Will: Men, Women, and Rape*, Fawcett Columbine, New York, 1993 (1975).

[142] En otro trabajo, al que remito al lector, desarrollo más extensamente cuál es el papel que deberían asumir los progenitores respecto al control de la actividad digital de sus hijos menores de edad, los actuales desafíos que han de atenderse en relación con la introducción de óptimos sistemas de verificación de edad en las páginas web pornográficas (p. ej., el problema de que la entidad que gestiona la página web pornográfica esté establecida en el extranjero, las posibles fórmulas para verificar la edad de los usuarios que pretendan acceder a una página web pornográfica, el necesario equilibrio entre la verificación de la edad del internauta y el respeto del derecho de los usuarios a la privacidad en la era digital, etc.) así como, por último, la necesidad de definir adecuadamente el objeto de los programas en educación afectivo-sexual y el rol a desempeñar tanto por los padres como por la escuela en esta dimensión educativa. Vid. TURIENZO FERNÁNDEZ, «Herramientas de control y educación afectivo-sexual ante la exposición de los menores a pornografía» (en prensa).

CAMILLERI, Christina/PERRY, Justin T./SAMMUT, Stephen, «Compulsive Internet Pornography Use and Mental Health: A Cross-Sectional Study in a Sample of University Students in the United States», *Frontiers in Psychology*, vol. 11, 2020, pp. 1-24.

CALVERT, Casey, «Why I Don't Want Condoms: A Porn Performer's Perspective», *HuffPost*, 2014, pp. 1-7.

CHECK, James V.P./MALAMUTH, Neil M., «Pornography and Sexual Aggression: A Social Learning Theory Analysis», *Annals of the International Communication Association*, vol. 9 (1), 1986, pp. 181-213.

COBO, Rosa, *Pornografía. El placer del poder*, Penguin Random House, Barcelona, 2020.

CRANNEY, Stephen, «Internet Pornography use and Sexual Body Image in a Dutch Sample», *International Journal of Sexual Health*, (27), 2015, pp. 316-323.

DEL RUSSO, Maria, «Would seeing more condoms in porn increase condom use in real life?», *Washington Post*, 2018, pp. 1-3.

DINES, Gail, *Pornland: How Porn Has Hijacked Our Sexuality*, Beacon Press, Boston, 2010.

DÖRING, Nicola, «Consensual sexting among adolescents: Risk prevention through abstinence education or safer sexting?», *Cyberpsychology: Journal of Psychosocial Research on Cyberspace*, vol. 8 (1), 2014, pp. 1-15.

DOYLE, Caoimhe/DOUGLAS, Ellen/O'REILLY, Gary, «The outcomes of sexting for children and adolescents: A systematic review of the literature», *Journal of Adolescence*, (92), 2021, pp. 86-113.

DWORKIN, ANDREA/MACKINNON, Catharine, *Pornography & Civil Right. A New Day for Women's Equality*, Organizing Against Pornography, 1988.

FERNÁNDEZ MOLINA, Esther, «¿Son ahora los jóvenes españoles más violentos? Un análisis de los datos oficiales sobre homicidios y agresiones sexuales», *InDret*, (1), 2024, pp. 279-301.

FESTINGER, Leon, «A Theory of Social Comparison Processes», *Human Relations*, vol. 7 (2), 1954, pp. 117-140.

FINKELOHR, David et al., «Child Sexual Abuse Images and Youth Produced Images: The Varieties of Image-Based Sexual Exploitation and Abuse of Children», *Child Abuse & Neglect*, (143), 2023, pp. 1-9.

FLOOD, Michael, «The Harms of Pornography Exposure Among Children and Young People», *Child Abuse Review*, vol. 18 (6), 2009, pp. 384-400.

FOUBERT, John D., «The Public Health Harms of Pornography: The Brain, Erectile Dysfunction, and Sexual Violence», *Dignity: A Journal of Analysis of Exploitation and Violence*, vol. 2 (3), 2017, pp. 1-7.

FRITZ, Niki/PAUL, Bryant, «From Orgasms to Spanking: A Content Analysis of the Agentic and Objectifying Sexual Scripts in Feminist, for Women, and Mainstream Pornography», *Sex Roles*, (77), 2017, pp. 639-652.

FRITZ, Niki, et al., «A Descriptive Analysis of the Types, Targets, and Relative Frequency of Aggression in Mainstream Pornography», *Archives of Sexual Behavior*, vol. 49 (8), 2020, pp. 3.041-3.053.

GÁMEZ-GAUDIX, Manuel/DE SANTISTEBAN, Patricia/RESETT, Santiago, «Sexting among Spanish adolescents: Prevalence and personality profiles», *Psicothema*, vol. 29 (1), 2017, pp. 29-34.

GIL-LLARIO, Maria Dolores, et al., «The Phenomenon of Sexting among Spanish Teenagers: Prevalence, Attitudes, Motivations and Explanatory Variables», *Annals of Psychology*, vol. 36 (2), 2020, pp. 210-219.

GOLDE, Jeffrey A., et al., «Attitudinal Effects of Degrading Themes and Sexual Explicitness in Video Materials», *Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment*, vol. 12 (3), 2000, pp. 223-232.

GOLDSMITH, Kaitlyn, et al., «Pornography consumption and its association with sexual concerns and expectations among young men and women», *The Canadian Journal of Human Sexuality*, vol. 26 (2), 2017, pp. 151-162.

GORMAN, Stacy/MONK-TURNER/Elizabeth/FISH, Jennifer N., «Free Adult Internet Web Sites: How Prevalent Are Degrading Acts?», *Gender Issues*, (27), 2010, pp. 131-145.

HALD, Gert Martin/MALAMUTH, Neil N./LANGE, Theis, «Pornography and Sexist Attitudes Among Heterosexuals», *Journal of Communication*, vol. 63 (4), 2013, pp. 638-660.

HALD, Gert Martin/MALAMUTH, Neil N./YUEN, Carlin, «Pornography and Attitudes Supporting Violence Against Women: Revisiting the Relationship in Nonexperimental Studies», *Aggressive Behavior*, vol. 36 (1), 2010, pp. 14-20.

HALD, Gert Martin/ŠTULHOFER, Aleksander, «What Types of Pornography Do People Use and Do They Cluster? Assessing Types and Categories of Pornography Consumption in a Large-Scale Online Sample», *Journal of Sex Research*, vol. 53, (7), 2016, pp. 849-859.

HORNOR, Gail, «Child and Adolescent Pornography Exposure», *Journal of Pediatric Health Care,* vol. 34 (2), 2020, pp. 191-199.

KLAASSEN, Marlen J. E./PETER, Jochen, «Gender (In)equality in Internet Pornography: A Content Analysis of Popular Pornographic Internet Videos», *Journal of Sex Research*, vol. 52 (7), 2015, pp. 721-735.

KOHUT, Taylor/BAER, Jodie L./WATTS, Brendan, «Is Pornography Really About "Making Hate About Women?"? Pornography Users Hold More Gender Egalitarian Attitudes Than Nonusers in a Representative American Sample», *The Journal of Research Sex*, vol. 53 (1), 2016, pp. 1-11.

KRAUSE, Chiara, et al., «Sexualized Behavior Among Adolescents Who Sexually Offended», *Archives of Sexual Behavior*, (51), 2022, pp. 4.047-4.061.

LITTLE, Nicholas J., «From No Means No to Only Yes Means Yes: The Rational Results of an Affirmative Consent Standard in Rape Law», *Vanderbilt Law Review*, vol. 58 (4), 2005, pp. 1.321-1.364.

LUDER, Marie-Thérèse, et al., «Associations Between Online Pornography and Sexual Behavior Among Adolescents: Myth or Reality?», *Archives of Sexual Behavior*, vol. 40, (5), 2011, pp. 1.027-1.035.

MCGLYNN, Clare/RACKLEY, Erika, «Image-Based Sexual Abuse», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 37, (3), 2017, pp. 534–561.

MACKINNON, Catharine, *Toward a Feminist Theory of the State*, Harvard University Press, Massachusets, 1989.

MADIGAN, Sheri, et al., «Prevalence of Multiple Forms of Sexting Behavior Among Youth», *Jama Pediatrics*, vol. 172, (4), 2018, pp. 327-335.

MALAMUTH, Neil, «Pornography», en SMELSER, Neil. J./BALTES, Paul, B., (eds.), *International encyclopedia of social and behavioral sciences*, Amsterdam, Elsevier, 2001, pp. 11.816-11.821.

MARSHALL, Ethan A., MILLER, Holly A., «Consistently inconsistent: A systematic review of the measurement of pornography use», *Aggression and Violent Behavior*, 48, 2019, pp. 169-179.

MCKEE, Alan, «The objectification of women in mainstream pornographic videos in Australia», *Journal of Sex Research,* vol. 42 (4), 2005, pp. 277-290.

MCKEE, Alan, «The Relationship Between Attitudes Towards Women, Consumption of Pornography, and Other Demographic Variables in a Survey of 1.023 Consumers of Pornography», *International Journal of Health Sex*, vol. 19 (1), 2007, pp. 31-45.

MCKEE, Alan, «Methodological Issues in Defining Aggression for Content Analyses of Sexually Explicit Material», *Archives of Sexual Behavior*, vol. 44, (1), 2015, pp. 81-87.

MCNAIR, Brian, *Porno? Chic! How Pornography Changed the World and Made It a Better Place*, Routledge, 2013.

MITCHELL, Kimberly J./FINKELHOR, David/JONES, Lisa M./WOLAK, Janis, «Prevalence and Characteristics of Youth Sexting: A National Study», *Pediatrics,* vol. 129 (1), 2012, pp. 13-20.

MORI, Camille, et al., «Exposure to sexual content and problematic sexual behaviors in children and adolescents: A systematic review and meta-analysis», *Child Abuse & Neglect*, vol. 143 (10), 2023, pp. 1-15.

NELSON, Kimberly M./ROTHMAN, Emily F., «Should Public Health Professionals Consider Pornography a Public Health Crisis?», *AJPH Public Health of Pleasure*, vol. 110 (2), 2020, pp. 151-153.

PAASONEN, Susanna, «Pornification and the Mainstreaming of Sex», *Oxford Research Encyclopedia of Criminology*, 2016, pp. 1-22.

PASLAKIS, Georgios/CHICLANA ACTIS, Carlos/MESTRE-BACH, Gemma, «Associations between pornography exposure, body image and sexual body image: A systematic review», *Journal of Health Psychology*, vol. 27 (3), 2022, pp. 743-760.

PETER, Jochen/VALKENBURG, Patti M., «Adolescents and Pornography: A Review of 20 Years of Research», *The Journal of Sex Research*, vol. 53 (4-5), 2016, pp. 509-531.

PETER, Jochen/VALKENBURG, Patti M., «Does exposure to sexually explicit Internet material increase body dissatisfaction? A longitudinal study», *Computers in Human Behavior*, (36), 2014, pp. 297-307.

PETER, Jochen/VALKENBURG, Patti M., «The Influence of Sexually Explicit Internet Material on Sexual Behavior: A Comparison of Adolescents of Adults», *Journal of Health Communication*, vol. 16, (17), 2011, pp. 750-765.

RASMUSSEN, Eric E./ORTIZ, Rebecca R./WHITE, Shawna R., «Emerging Adults' responses to active mediation of pornography during adolescence», *Journal of Children and Media*, 2015, vol. 9, (2), pp. 160-176.

ROTHMAN, Emily F., *Pornography and Public Health*, Oxford Academic, Oxford, 2021.

ROY CHOUDHURY, Nidhi/NETHRA REDDY, Vishnu, «Body Image Dissatisfaction in Young Adults: Impact of Social Media Use», *International Journal of Education and Psychological Research*, vol. 10 (3), 2021, pp. 15-18.

SETO, Michael C./PULLMAN, Lesleigh, «Risks Factors for Adolescent Sexual Offending», en BRUINSMA, Gerben, WEISBURD, David, (eds.), *Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice*, Springer, New York, 2014, pp. 4.466-4.475.

SHOR, Eran/GOLRIZ, Golshan, «Gender, Race, and Aggression in Mainstream Pornography», *Archives of Sexual Behavior*, vol. 48 (3), 2019, pp. 739-751.

SHOR, Eran/SEIDA, Kimberly, *Aggression in Pornography. Myths and Realities*, Routledge, New York, 2021.

SIRIA, Sandra/ECHEBURÚA, Enrique/AMOR, Pedro J., «Characteristics and risk factors in juvenile sexual offenders», *Psicothema*, vol. 32 (3), 2020, pp. 314-321.

SPEARSON GOULET, Jo-Annie/TARDIF, Monique, «Exploring sexuality profiles of adolescents who have engaged in sexual abuse and their link to delinquency and offense characteristics», *Child Abuse & Neglect*, (82), 2018, pp. 112-123.

SUN, Chyng, et al., «Pornography and the Male Sexual Script: An Analysis of Consumption and Sexual Relations», *Archives of Sexual Behavior*, vol. 45 (4), 2016, pp. 983-994.

TAORMINO, Tristan, et al. (eds.), *The Feminist Porn Book. The Politics of Producing Pleasure,* Feminist Press, New York, 2013.

TAYLOR, Elisabeth, «Pornography as a Public Health Issue: Promoting Violence and Exploitation of Children, Youth, and Adults», *Dignity: A Journal of Analysis of Exploitation and Violence*, vol. 3 (2), 2018, pp. 1-49.

TITHERADGE, Noel/CROXFORD, Rianna, «The children selling explicit videos on OnlyFans», *BBC News*, 2021. Disponible en: https://www.bbc.com/news/uk-57255983

TORAL LARA, Estrella, «Menores y redes sociales: consentimiento, protección y autonomía», *Derecho Privado y Constitución*, (36), 2020, pp. 179-218.

TURIENZO FERNÁNDEZ, Alejandro, «Herramientas de control y educación afectivo-sexual ante la exposición de los menores a pornografía» (en prensa).

TYLKA, Tracy L., «No Harm in Looking, Right? Men's Pornography Consumption, Body Image, and Well-Being», *Psychology of Men & Masculinity*, vol. 16 (1), 2015, pp. 97-107.

VALERO HEREDIA, Ana, *La libertad de la pornografía*, Athenaica, Sevilla, 2021.

VAN OUYTSEL, Joris/PONNET, Koen/WALRAVE, Michel, «The Associations Between Adolescents' Consumption of Pornography and Music Videos and Their Sexting Behavior», *Cyberpsychology, Behavior, and Social Networking*, vol. 17 (12), 2014, pp. 772-778.

VANNIER, Sarah A./CURRIE, Anna B./O'SULLIVAN, Lucia F., «Schoolgirls and Soccer Moms: A Content Analysis of Free "Teen" and "MILF" Online Pornography», *Journal of Sex Research*, vol. 51 (3), 2014, pp. 253-264.

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, «*Sexting*: prevalencia, características personales y conductuales y efectos en una muestra de adolescentes en España», *Revista General de Derecho Penal*, (25), 2016, pp. 1-36.

WATSON, Mary Ann/SMITH, Randyl D., «Positive Porn: Educational, Medical, and Clinical Uses», *American Journal of Sexuality Education*, (7), 2012, pp. 122-145.

WEITZER, Ronald, «Pornography's Effects: The Need for Solid Evidence», *Violence Against Women*, vol. 17 (5), pp. 666-675.

WEST, Caroline, «Pornography and Censorship», *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2022, pp. 1-23.

WIEDERMAN, Michael W., «Sexual Script Theory: Past, Present, and Future», en DELAMATER, John, PLANTE, Rebecca F., (eds.), *Handbook of the Sociology of Sexualities*, Springer, New York, 2015, pp. 7-22.

WILLIS, Malachi, et al., «Sexual Consent Communication in Best-Selling Pornography Films: A Content Analysis», *The Journal of Sex Research*, vol. 57 (1), 2019, pp. 52-63.

WRIGHT, Paul J., «Pornography and the Sexual Socialization of Children: Current Knowledge and a Theoretical Future», *Journal of Children and Media*, vol. 8 (3), 2014, pp. 305-312.

WRIGHT, Paul J./TOKUNAGA, Robert S./KRAUS, Ashley, «A Meta-Analysis of Pornography Consumption and Actual Acts of Sexual Aggression in General Population Studies», *Journal of Communication*, vol. 66 (1), 2016, pp. 183-205.

WRIGHT, Paul J., et al., «Condom Use, Pornography Consumption, and Perceptions of Pornography as Sexual Information in a Sample of Adult U.S Males», *Journal of Health Communication*, (1-7), 2019, pp. 693-699.

WRIGHT, Paul J./HERBENICK, Debby/PAUL, Bryant, «Adolescent Condom Use, Parent-adolescent Sexual Health Communication, and Pornography: Findings from a U.S. Probability Sample», *Health Communication*, vol. 35 (13), 2020, pp. 1.576-1.582.

YAR, Majid, «Protecting children from internet pornography? A critical assessment of statutory age verification and its enforcement in the UK», *Policing: An International Journal*, vol. 43 (1), 2020, pp. 183-197.

YBARRA, Michele L./THOMPSON, Richard E., «Predicting the Emergence of Sexual Violence in Adolescence», *Prevention Science*, vol. 19 (4), 2018, pp. 403-415.

YBARRA, Michele L., et al., «X-Rated Material and Perpetration of Sexually Aggressive Behavior Among Children and Adolescents: Is There a Link?», *Aggressive Behavior*, vol. 37 (1), 2011, pp. 1-18.

InDret
2.2024

Gabriel Doménech Pascual
Universitat de València
-

Responsabilidad patrimonial de la Administración por daños causados por delincuentes que «deberían haber estado en prisión»

Sumario

-

En ocasiones, una persona sospechosa de haber cometido un delito o penada con prisión delinque nuevamente como consecuencia de que un agente público permitió, deliberada o involuntariamente, que dicha persona se encontrara en libertad. Los tribunales españoles se han mostrado extraordinariamente generosos con las víctimas que en estos casos ejercen acciones de responsabilidad civil extracontractual contra el Estado. Tras detallar los tipos de casos en los que se ha planteado el referido problema y los argumentos utilizados para resolverlo, el trabajo pone de manifiesto las inconsistencias de esta jurisprudencia y critica que en esta materia nuestros jueces hayan aplicado una regla de responsabilidad objetiva e imputado a la Administración todos los daños causados por los delincuentes.

Abstract

-

Sometimes, suspects of having committed a crime or sentenced for it commit a new crime because a public agent released them either deliberately or involuntarily. According to Spanish courts, the Government is strictly liable for the resulting damages, if the crime would not have happened but for said release. This paper criticizes such case-law. After describing the types of cases in which this problem arises and the arguments used by Spanish courts to resolve it, the paper shows the inconsistencies of said case-law and criticizes both the application of a strict liability rule and the non-application of a proximate causation requirement.

***Title*:** *State liability for crimes committed by individuals who «should have been in prison»*

-

Palabras clave: Responsabilidad civil extracontractual de la Administración, causalidad, imputación objetiva, intervención de un tercero, responsabilidad objetiva, Administración penitenciaria.

***Keywords*:** *State liability for crimes committed by parolees, tort law, proximate causation, strict liability.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2024.i2.12

InDret

2.2024

Recepción
19/10/2023
-
Aceptación
20/11/2023
-

Índice

-

1. *Introducción*
2. *La jurisprudencia*
   2.1. Delitos cometidos con ocasión del disfrute de un beneficio penitenciario
   2.2. Delitos cometidos por presos fugados
   2.3. Delitos cometidos por presos erróneamente excarcelados
   2.4. Delitos cometidos por personas liberadas tras ser sancionadas con una orden de expulsión
   2.5. Delitos cometidos mientras se demora la ejecución de una pena
   2.6. Casos análogos no considerados por la jurisprudencia
3. *Nota de Derecho comparado*
4. *Crítica de la jurisprudencia*
   4.1. La inconsistente determinación de la indemnización
   4.2. Improcedencia de aplicar aquí una regla de responsabilidad objetiva
      a. El mito de la responsabilidad objetiva de la Administración
      b. La responsabilidad civil del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia no es objetiva
      c. Crítica de la doctrina de la peligrosidad previa
         c.1. Aplicación inconsistente
         c.2. Falta de justificación
      d. El argumento de la solidaridad y la igualdad
         d.1. Inconsistencias
         d.2. La responsabilidad civil es un mal instrumento de solidaridad
      e. Más razones para aplicar aquí una regla de responsabilidad por negligencia
         e.1. Beneficios informacionales
         e.2. Influencia sobre los niveles de cuidado y actividad: teoría económica estándar
         e.3. Influencia sobre la conducta de los agentes públicos
         e.4. La responsabilidad objetiva puede no inducir un nivel óptimo de activad pública
         e.5. La responsabilidad objetiva puede inducir la adopción de precauciones ineficientes
         e.6. Influencia sobre la actividad de la Administración de su responsabilidad objetiva por los daños causados al liberar presos
         e.7. Influencia sobre la conducta de los potenciales perjudicados
   4.3. No todos los daños ocasionados por quienes «deberían haber estado en prisión» son imputables a la Administración
      a. Incertidumbre causal
      b. Para imputar un daño a la Administración no basta que su actuación haya sido condición necesaria de aquél
      c. Causalidad adecuada, imputación objetiva y otros criterios análogos
         c.1. Contenido
         c.2. Justificación
      d. El supuesto de los daños causados por personas que estaban fuera de prisión por mor de una actuación administrativa
5. *Conclusiones*
6. *Bibliografía*

-

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

1. Introducción*

A veces ocurre que una persona sospechosa de haber perpetrado un delito o condenada a una pena de prisión comete una nueva infracción penal como consecuencia de que un agente público permitió, ora deliberada ora involuntariamente, que dicha persona se encontrara en libertad y no en un centro penitenciario. Imaginemos, por ejemplo, que un preso aprovecha un permiso de salida o una visita a un hospital para fugarse y asesinar a una pareja de novios.

Es muy frecuente que, en tales casos, las víctimas de los ulteriores delitos formulen pretensiones de responsabilidad civil extracontractual frente al Estado (o las Comunidades Autónomas) por los daños sufridos, y que los tribunales las estimen total o parcialmente. En líneas generales, los órganos de la Jurisdicción contencioso-administrativa se han mostrado extraordinariamente generosos con estas víctimas, de resultas de la aplicación cumulativa de dos reglas. La primera es la de la responsabilidad objetiva. En su virtud, el Estado ha de resarcir los daños que son consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos con independencia del nivel de cuidado mostrado por sus agentes. Nuestros tribunales han llegado a aplicar esta regla incluso cuando el resultado dañoso tuvo su origen en una resolución judicial o en el funcionamiento de la Administración de Justicia. La segunda regla es que, para determinar si los daños son consecuencia de la actuación del Estado, basta con aplicar la llamada teoría de la equivalencia de las condiciones. En su virtud, el daño sería resultado de una actuación estatal (y, por lo tanto, debería ser resarcido) si, de no haberse producido ésta, aquél no hubiera tenido lugar. Para concluir que la lesión es consecuencia del funcionamiento del servicio público, no hace falta que se cumplan criterios adicionales de causalidad adecuada, imputación objetiva o equivalentes.

El presente trabajo analiza críticamente esta jurisprudencia. Tras exponer con cierto detalle los tipos de casos en los que se ha planteado el referido problema y los argumentos utilizados por los tribunales españoles para resolverlo, el estudio señala sus numerosas inconsistencias y, especialmente, critica que se aplique a estos casos una regla de responsabilidad objetiva y se imputen daños al funcionamiento de los servicios públicos simplemente sobre la base de la referida aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones.

2. La jurisprudencia

2.1. Delitos cometidos con ocasión del disfrute de un beneficio penitenciario

Conviene aclarar que en este trabajo se utiliza la expresión «beneficio penitenciario» en un sentido muy amplio, como cualquier reducción acordada por la autoridad competente del tiempo, inicialmente fijado en la correspondiente sentencia condenatoria, que una persona ha de estar internada en un centro penitenciario en cumplimiento de una pena de prisión. Aquí quedarían incluidos los permisos de salida, la libertad condicional y su adelanto, los indultos, etc. [1]

* Agradezco enormemente a Lucía Martínez Garay, Luis Medina Alcoz y dos revisores anónimos las críticas hechas a un borrador de este artículo. Los errores subsistentes son de mi exclusiva responsabilidad.

[1] Este concepto es más amplio que el previsto en el art. 202 del Reglamento Penitenciario, aprobado por el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero.

La STS de 16 de diciembre de 1997 (ECLI:ES:TS:1997:7725) ha jugado un papel crucial en esta materia. La solución que en ella se consagra y los argumentos esgrimidos para justificarla han sido reiterados en decenas de sentencias posteriores, dictadas tanto por el Alto Tribunal[2] como por otros órganos jurisdiccionales[3], y han recibido de los autores que se han ocupado del tema valoraciones generalmente positivas[4]. En esta sentencia se declara responsable a la Administración por la muerte de un individuo causada por dos reclusos tras disfrutar de un permiso de salida de un centro penitenciario en el que cumplían condena por robo con homicidio y al que no regresaron como debían, permiso cuya regularidad no se cuestiona.

El Tribunal argumenta, en primer lugar, que la responsabilidad patrimonial de la Administración es objetiva («se funda en postulados objetivos»), por lo que su nacimiento no requiere que la actuación administrativa causante del daño haya incurrido en una ilegalidad o negligencia.

En segundo lugar, el Tribunal considera que el daño había sido causado por la Administración, pues «el abuso del permiso concedido por las autoridades penitenciarias fue el origen de los delitos cometidos». El Tribunal aplica aquí simplemente la llamada teoría de la equivalencia de las condiciones (o de la *conditio sine qua non*), con arreglo a la cual una conducta es causa de un daño si, de no haberse producido aquélla, éste no hubiera tenido lugar. Si la Administración no hubiera otorgado el permiso, los reclusos no hubieran delinquido, luego dicho otorgamiento es causa del resultado dañoso. Correlativamente, el Tribunal descarta de manera explícita teorías como la de la causalidad adecuada y otras equivalentes, por considerar que son incompatibles con el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración:

> «Entre las diversas concepciones con arreglo a las cuales la causalidad puede concebirse, se imponen, en materia de responsabilidad patrimonial de la administración, aquellas que explican el daño por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia, en hipótesis, hubiera evitado aquél... por lo que no son admisibles, en consecuencia, restricciones derivadas de otras perspectivas tendentes a asociar el nexo de causalidad con el factor eficiente, preponderante, socialmente adecuado o exclusivo para producir el resultado dañoso, puesto que –válidas como son en otros terrenos– irían en éste en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas».

---

[2] Vid. las SSTS de 4 de junio de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:4046), 31 de octubre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:7511), 18 de mayo de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:3137) y 29 de noviembre de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:7877).

[3] Vid., entre otras muchas, las SSAN de 3 diciembre de 2014 (ECLI:ES:AN:2014:4801), 4 de marzo de 2015 (ECLI:ES:AN:2015:919) y 10 de junio de 2015 (ECLI:ES:AN:2015:2423), y la STSJ de Cataluña de 15 de diciembre de 2014 (ECLI:ES:TSJCAT:2014:12679).

[4] Vid., por ejemplo, NISTAL BURÓN, «La responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados por los reclusos durante el disfrute de los beneficios penitenciarios en general y de los permisos de salida en particular. La sociedad como garante de las deficiencias del sistema de resocialización de los penados», *La Ley*, 6438, 2006; CABRERA MARTÍN, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito penitenciario», *Cuadernos de Política Criminal*, 76, 2002, pp. 187-226. Solamente he encontrado un autor que se ha mostrado (moderadamente) crítico con esta jurisprudencia: GONZÁLEZ ALONSO, «Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado-Juez por delitos cometidos por condenados en libertad condicional, en tercer grado penitenciario o en disfrute de un permiso penitenciario», *La Ley*, 6896, 2008, quien estima que la Administración únicamente debería responder si el riesgo generado por la concesión del beneficio penitenciario fue anormal.

En tercer lugar, el Tribunal afirma que el daño considerado era antijurídico, pues la víctima no tenía la obligación de soportarlo. Y ello por dos razones. La primera es que:

> «Los riesgos que la sociedad objetivamente debe asumir en la concesión de permisos penitenciarios, porque así lo impone la función de resocialización propia de la pena que establece la Constitución y los compromisos internacionales asumidos por España, no es adecuado, con arreglo a la conciencia social, que sean soportados de manera individual por aquellos en quienes se concretan los resultados dañosos de los inevitables fracasos penitenciarios, sino que deben ser compartidos en virtud de un *principio de solidaridad* por el conjunto de la sociedad que sufraga el presupuesto público».

En sentencias posteriores se invoca también el *principio de igualdad* ante las cargas públicas:

> «Tales perjuicios… deben ser compartidos en virtud del principio de solidaridad por el conjunto de la sociedad que sufraga el gasto público, ya que la lesión causada al particular se asimilaría a una obligación pública –"*l'égalité devant les charges publiques*", según la doctrina francesa– que, como tal, no puede gravar sobre un solo ciudadano y, por tanto, debe repartirse entre todos, a través de la correspondiente indemnización de la víctima, cuya carga definitiva, por la mecánica del impuesto, incumbe a los contribuyentes»[5].

La segunda razón es que «el permiso concedido se reveló como gravemente inadecuado y, por ende, cabe hablar de una anormalidad en el funcionamiento del servicio penitenciario que por sí misma determina el carácter antijurídico del daño padecido». A juicio del Tribunal, resulta decisivo a estos efectos el hecho de que al menos uno de los reclusos tuviera el «propósito deliberado de delinquir» antes de su salida de prisión y de que su consiguiente peligrosidad –que el recluso «logró mantener oculta»–, de haber sido conocida por las autoridades penitenciarias, hubiera debido motivar la denegación del permiso. Nótese que el Tribunal Supremo no estima que dichas autoridades actuaron irregular o negligentemente al no advertir esa *peligrosidad previa* y otorgar el permiso, sino sólo que la Administración debía haberlo denegado de haberla advertido. Así las cosas, la referida Sentencia considera que la Administración sólo responde por los «daños derivados del fracaso de los permisos penitenciarios»:

> «Cuando es posible demostrar… que la comisión de los hechos dañosos tenía relación con una peligrosidad del penado anterior a la salida del establecimiento penitenciario que objetivamente pudo ser apreciada y no lo fue por las autoridades penitenciarias».

2.2. Delitos cometidos por presos fugados

En el caso resuelto por la STS de 25 de mayo de 2000 (ECLI:ES:TS:2000:4234), un preso evadido de prisión como consecuencia de la grave negligencia de un funcionario cometió un posterior delito. El Tribunal Supremo declara responsable a la Administración, al estimar que:

[5] SSTS de 4 de junio de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:4046), 18 de mayo de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:3137) y 29 de noviembre de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:7877).

> «La interferencia de terceros no es bastante "per se" para eliminar en todo caso la influencia que en la producción del resultado final haya podido tener el actuar de la Administración… pues sin la conducta negligente determinante del anormal funcionamiento de la Administración Penitenciaria tal evasión no se hubiera producido y, por consecuencia, tampoco la agresión que originó los daños susceptibles de indemnización».

En el mismo sentido y con idénticos argumentos se pronuncia la STS de 14 de octubre de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:6509) sobre un caso parecido, en el que la Audiencia Nacional había desestimado previamente la pretensión de responsabilidad por considerar que la agresión se produjo en «un ámbito de relaciones estrictamente personales entre [la víctima y su agresor], que ya habían tenido otro incidente [un mes antes de la fuga, por lo que] «ningún nexo causal [había] entre la fuga y la lesión causada tres meses después en un contexto de enfrentamiento ya existente con anterioridad entre» ambos[6].

Posteriormente, la STS de 18 de mayo de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:3137) extiende a los daños causados por reclusos fugados la doctrina sentada por la citada STS de 16 de diciembre de 1997 respecto de los «daños derivados del fracaso de los permisos penitenciarios». En el caso enjuiciado, un recluso se había evadido durante la visita a un hospital, aprovechando que el policía encargado de su custodia «se encontraba en el aseo como consecuencia de una momentánea indisposición». Seguidamente, había intentado matar a la víctima, causándole lesiones de consideración. Según la sala de instancia, si bien no había concurrido dolo, negligencia o impericia por parte del policía, las medidas de precaución adoptadas eran «endebles», y «no [podía] dejar de apreciarse una conducta en algún aspecto negligente en la custodia del preso». De todos modos, la existencia de esa eventual negligencia no juega un papel determinante en la motivación de la sentencia. Lo decisivo, a juicio del Tribunal, era que «si tal fuga no se hubiera producido, tampoco se hubiera ocasionado la lesión que originó los daños».

El Tribunal Supremo declara en estas tres sentencias la responsabilidad de la Administración con un importante matiz. Dado que la Administración había concurrido con un tercero a la producción del daño, la cuantía de la indemnización debía «moderarse», es decir, ser inferior a la magnitud de éste.

2.3. Delitos cometidos por presos erróneamente excarcelados

En el caso resuelto por la SAN de 18 de mayo de 2004 (ECLI:ES:AN:2004:3554), un preso había sido excarcelado indebidamente como consecuencia del «error involuntario» de un funcionario, que no advirtió que aquél, tras cumplir la correspondiente condena, se encontraba en situación de preso preventivo por otros hechos delictivos y en tal situación tenía que haber quedado. Un año y medio más tarde, dicho preso cometió un homicidio en grado de tentativa y causó graves lesiones al demandante. Apoyándose en la referida jurisprudencia relativa a los delitos cometidos por presos con ocasión del disfrute de beneficios penitenciarios, la Audiencia Nacional declaró la responsabilidad de la Administración.

[6] Vid. la SAN de 13 de enero de 2000 (ECLI:ES:AN:2000:13).

2.4. Delitos cometidos por personas liberadas tras ser sancionadas con una orden de expulsión

En los casos resueltos por las SSAN de 30 de mayo de 2001 (ECLI:ES:AN:2001:3455) y 20 de marzo de 2002 (ECLI:ES:AN:2002:1749), las mismas dos personas habían perpetrado sendos robos con homicidio, después de que una de ellas hubiera sido liberada indebidamente tras cumplir una pena de diez días, en lugar de ser devuelta a un centro de internamiento para hacer efectiva una orden de expulsión del territorio español. La Audiencia Nacional estimó las reclamaciones de responsabilidad civil formuladas.

2.5. Delitos cometidos mientras se demora la ejecución de una pena

La Audiencia Nacional ha declarado la responsabilidad de la Administración en casos en los que una persona delinquió después de haber sido condenada en virtud de sentencia firme y antes de haber ingresado en prisión para cumplir la pena impuesta por un delito previo.

La SAN de 17 de noviembre de 2012 (ECLI:ES:AN:2012:4854) conoce de un caso en el que un individuo había sido condenado a diecinueve años de privación de libertad como autor de varios delitos de robo con intimidación y agresión sexual. El mismo día en que debía presentarse en una oficina judicial para ingresar en prisión, compareció y manifestó que ingresaría quince días más tarde. El funcionario ante el que se produjo la comparecencia *incumplió entonces su deber* de tomar las prevenciones necesarias para el ingreso en prisión, o al menos de dar cuenta inmediatamente de la situación al órgano judicial competente. Diecisiete días más tarde, el Tribunal sentenciador emitió las correspondientes órdenes de busca y captura. Tres años y nueve meses después, el penado, todavía sustraído a la acción de la Justicia, asesinó a un familiar cercano de los recurrentes cuando éste realizaba funciones de vigilancia para una empresa de seguridad. A juicio de la Audiencia, el referido incumplimiento constituyó un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia que podía considerarse causa del daño, pues si el penado «hubiera estado cumpliendo la pena de 19 años impuesta… lo que sin duda hubiera ocurrido si el órgano judicial hubiera sido más diligente en los trámites de la ejecución, no habría asesinado al marido y padre de los recurrentes».

En el caso resuelto por la SAN de 1 de febrero de 2013 (ECLI:ES:AN:2013:724), la víctima había sufrido una agresión sexual varios meses después de que adquiera firmeza la sentencia que condenaba al agresor por un delito análogo previo. La víctima alegaba que se había producido un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. De un lado, porque el Ministerio Fiscal no había solicitado la prisión provisional del agresor, ni antes ni después de que éste hubiera sido condenado en primera instancia. De otro lado, porque las autoridades competentes no actuaron con la mínima diligencia indispensable para capturar al condenado. La Audiencia estima que, en efecto, se produjeron varias «actuaciones u omisiones anómalas, incorrectas o defectuosas» de la Administración de Justicia, el Ministerio Fiscal y la Policía judicial que provocaron la «excesiva e innecesaria tardanza en detener e ingresar en prisión a un condenado peligroso», que resulta inadmisible y que «cumple el requisito de estar en relación de causa a efecto con la situación dañosa o perjudicial cuya indemnización se pretende».

La SAN de 2 de diciembre de 2019 (ECLI:ES:AN:2019:4591) declara la responsabilidad del Estado en un caso en el que «se había producido un anormal funcionamiento de la Administración de Justicia consistente en una injustificada y excesiva demora en la ejecución de las penas de

prisión» a las que, por abusos sexuales sobre su propia hija, había sido condenada la persona que posteriormente agredió sexualmente y asesinó a la hija de los recurrentes.

2.6. Casos análogos no considerados por la jurisprudencia

Algunos órganos administrativos o jurisdiccionales toman a veces decisiones en las que se trata de elegir entre dos alternativas: acordar que una persona sospechosa de haber cometido un delito o condenada por éste quede en libertad o, por el contrario, disponer su ingreso o permanencia en prisión.

> El artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que podrá acordarse la prisión provisional con el fin de evitar el riesgo de comisión de ulteriores hechos delictivos, asegurar la presencia de la persona sospechosa en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un peligro de fuga o evitar la ocultación, alteración de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento. El Código Penal contempla la posibilidad de suspender la ejecución de las penas privativas de libertad o de sustituirlas por otras sanciones (arts. 80-94 bis). Por ejemplo, los jueces o tribunales, bajo ciertas condiciones, «mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos» (art. 80).
>
> La Ley de 18 de junio de 1870 contempla la posibilidad de que el Gobierno indulte a los reos de cualesquiera delitos de toda o parte de la pena que por aquéllos se les hubiese impuesto.

Supongamos que una de las personas a las que se refieren estas disposiciones legales termina delinquiendo de resultas de que el órgano competente decidió dejarla en libertad, entre otras razones, porque el riesgo de que ésta cometiera ulteriores delitos no le pareció a la sazón lo suficientemente elevado. No hemos encontrado en la jurisprudencia española resoluciones que enjuicien específicamente casos como éste, pero sí algunas que se pronuncian sobre sucesos análogos. Recordemos que la SAN de 1 de febrero de 2013 (ECLI:ES:AN:2013:724) conoce de un caso en el que la víctima había sufrido una agresión sexual por parte de una persona que se encontraba en libertad a pesar de haber sido imputada y condenada por un delito similar previo. La víctima alegaba que se había producido un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, de un lado, porque el Ministerio Fiscal no había solicitado la prisión provisional del agresor ni siquiera después de que éste hubiera sido condenado en primera instancia. Y, además, porque las autoridades competentes no actuaron diligentemente para capturar al condenado.

Repárese, con todo, en que los argumentos esgrimidos por la STS de 16 de diciembre de 1997 (ECLI:ES:TS:1997:7725) para justificar la responsabilidad objetiva de la Administración por los daños causados por penados durante el disfrute de un permiso penitenciario son sustancialmente aplicables a estos casos:

1. Habida cuenta de que esta responsabilidad es objetiva, su nacimiento no requiere que la decisión de indultar, suspender la condena o no acordar la prisión provisional del causante de los daños incurra en una ilegalidad o negligencia.
2. El daño ha sido causado por la Administración, pues si se hubiera solicitado y acordado su prisión provisional, no se hubiera indultado al autor de los hechos o no se hubiera suspendido el cumplimiento de su pena, no se habría cometido el ulterior crimen.

3. El daño es antijurídico. De un lado, porque no es adecuado que los riesgos que la sociedad asume al dejar en libertad a una persona condenada por un delito o sospechosa de su comisión, porque así lo imponen ciertos principios constitucionales (presunción de inocencia, proporcionalidad, etc.), sean soportados de manera individual por aquellos en quienes se concretan los resultados dañosos de los inevitables fracasos derivados de estas decisiones. Tales riesgos deben ser compartidos en virtud de un principio de solidaridad por el conjunto de la sociedad que sufraga el presupuesto público. De otro lado, las decisiones de indultar, suspender la ejecución de la pena o no acordar la prisión provisional pueden revelarse *a posteriori* como gravemente inadecuadas y, por lo tanto, constituir un funcionamiento anormal de la Administración, si las circunstancias personales del autor de los hechos –por ejemplo, su firme propósito de delinquir- determinaban una peligrosidad tal que las autoridades competentes hubieran tenido que decidir en sentido contrario (no indultar, no suspender el cumplimiento de la pena, acordar la prisión provisional) de haberlas advertido.

3. Nota de Derecho comparado

En Francia se observa una solución similar a la española. Por regla general, el Estado responde de los daños provocados por el funcionamiento de los servicios públicos y, en particular, por el de los penitenciarios sólo en casos de negligencia (*faute du service*). Excepcionalmente, responde sin culpa de los daños resultantes de delitos cometidos por presos con ocasión del disfrute de algunos beneficios penitenciarios (permisos de salida, libertad condicional y régimen de semi-libertad), siempre que exista una relación causal directa entre el otorgamiento del beneficio y el daño[7].

Para justificar esta solución, de origen jurisprudencial, el Consejo de Estado ha argumentado que el otorgamiento de los mentados beneficios, dirigidos a mantener los lazos familiares de los presos y a favorecer su reinserción, crea «un riesgo especial para los terceros que ya no se benefician más de las garantías resultantes de una ejecución más rigurosa de las penas privativas de libertad», riesgo que el Estado debe asumir[8]. Otras medidas similares, como los indultos y las reducciones de penas, en cambio, no crean un riesgo especial equivalente, por lo que el Estado no responde objetivamente de los eventuales daños[9].

El artículo 380a.1 del Código Penal Suizo dispone que «si una persona condenada a cadena perpetua es liberada o puesta en libertad condicional y comete un nuevo delito [conminado con esta misma pena], la Administración competente será responsable de los daños resultantes». En 2013, el Grupo de Unión Democrática de Centro presentó una propuesta legislativa para extender esta responsabilidad a los casos en los que una autoridad decidiera otorgar la libertad condicional u otros beneficios penitenciarios análogos a una persona condenada por un delito grave contra la integridad física o la libertad sexual y esta persona cometiera nuevamente uno de estos delitos. Para justificar la reforma se aducía que, si las autoridades deseaban conceder la libertad

[7] Vid. DUBOURG, «Une analyse de la responsabilité des acteurs de l'exécution des peines du fait du probationnaire», *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 2017/1, pp. 119-120.

[8] Decisión del *Conseil d'Etat* de 2 de diciembre de 1981, núm. 25861, *Theys*.

[9] Decisión del *Conseil d'Etat* de 15 de febrero de 2006, núm. 271022, *Maurel-Audry*.

anticipada a un preso, debían asumir la responsabilidad por ello. La propuesta fue rechazada en 2021, después de recibir severas críticas. Se advirtió que:

1. Esta responsabilidad provocaría seguramente una disminución del número de beneficios penitenciarios otorgados y, por consiguiente, un incremento del número de penados que saldrían en libertad «en el último momento», sin haber sido preparados para ello, lo que paradójicamente podría redundar en un aumento de la reincidencia.
2. Los costes de gestión del sistema penitenciario se elevarían considerablemente. El alargamiento del tiempo pasado en prisión determinaría la necesidad de una mayor cantidad de plazas penitenciarias, agravaría la saturación de las cárceles y haría más pesada la carga de trabajo de los agentes públicos encargados de su gestión. Al hacer más costoso para la Administración el otorgamiento de tales beneficios, dicha responsabilidad propiciaría seguramente que se elevara el número de casos en los que éstos son denegados y, en particular, en los que son denegados ilegalmente, todo lo cual aumentaría la litigiosidad.

En los países de *Common Law*, con carácter general, el Estado sólo responde civilmente si el caso encaja en uno de los supuestos tipificados específicamente por disposiciones de Derecho público o en una de las concretas causas de acción contempladas en el Derecho privado de daños[10], que normalmente requieren que haya concurrido algún tipo de culpa o incluso de dolo[11].

La causa de acción más frecuentemente invocada en los casos que aquí interesan es la de negligencia. El Estado no responde objetivamente[12]. Uno de los requisitos fundamentales de esta acción consiste en que la autoridad tenga (y haya infringido) un deber de cuidado (*duty of care*) específico respecto de la clase de personas a la que pertenece la víctima. Los tribunales anglosajones suelen interpretar de manera muy estricta este requisito. Para que se declare la existencia de un deber tal: ha de ser razonablemente previsible que se produzcan daños como consecuencia de la falta de cuidado; tiene que haber una «especial proximidad» entre la víctima y el agente público que los causó; y la imposición de ese deber ha de ser «justa, equitativa y razonable». Para determinar si se cumplen estos requisitos, los tribunales tienen en cuenta consideraciones diversas: el margen de discrecionalidad que las autoridades administrativas tienen para actuar; el riesgo de que éstas puedan tomar medidas de precaución «defensivas», ineficientes o contrarias a los intereses generales con el fin de eludir una eventual responsabilidad civil; cuál es la finalidad perseguida por una norma al obligar a determinados servidores públicos a actuar de una determinada manera, etc.[13]

---

[10] CRAIG, *Administrative Law*, Sweet & Maxwell/Thompson Reuters, 2021, § 30-001.

[11] Ibídem, § 30-039.

[12] Aunque ha habido propuestas dirigidas a establecer aquí su responsabilidad objetiva. Vid., por ejemplo, SCHOENHOLZ, «Holding Governments Strictly Liable for the Release of Dangerous Parolees», *New York University Law Review*, 55(5), 1980, pp. 907-940.

[13] CRAIG, *Administrative Law*, 2021, § 30-003-035.

Los tribunales anglosajones han sido muy reacios a estimar acciones de negligencia en casos como los analizados en este trabajo[14]. La inexistencia de un deber de cuidado específico ha sido la principal causa del fracaso de las acciones. Para que concurra este requisito, la víctima necesita demostrar que formaba parte de una específica clase de personas que estaban expuestas al riesgo de sufrir daños a manos de cierto delincuente en situación de libertad, riesgo que era superior al que pesaba sobre el público en general[15].

> Por ejemplo, en *K v. Secretary of State for the Home Office*[16], una mujer fue violada por un inmigrante ilegal que había cometido previamente varios delitos, sobre el que pesaba una orden de deportación y que, sin embargo, se encontraba en libertad gracias a que la autoridad demandada así lo había acordado. El Tribunal de Apelación de Inglaterra y Gales desestimó la pretensión de responsabilidad, porque no había una «especial relación de proximidad» entre la demandada y la víctima, pues no formaba parte de un grupo de personas identificadas especialmente amenazadas por el riesgo derivado de que el autor de los hechos delictivos hubiese sido liberado.
>
> El *Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm* elaborado por el AMERICAN LAW INSTITUTE pone como ejemplo de caso en el que está justificado limitar el alcance de la responsabilidad derivada de una negligencia precisamente el de «un carcelero negligente que permite que un criminal escape»: «Si bien la responsabilidad podría extenderse a algunas de las víctimas inmediatas del criminal prófugo, los jueces serían renuentes a extender la responsabilidad del carcelero a los cientos o miles de muertes, por todo el país, por décadas, si no se logra recapturar al criminal»[17].

Además, en algunos países de *Common Law,* hay leyes que excluyen explícitamente la responsabilidad civil de las entidades públicas y sus agentes por los daños derivados de liberar a presos. La razón invocada para justificar esta inmunidad es la dificultad de predecir cómo actuarán los reclusos después de su liberación y los efectos negativos que respecto de las decisiones de tales agentes tendría el miedo a una eventual responsabilidad[18].

En Alemania, la solución es muy semejante a la anglosajona. El parágrafo 839.1 del Código Civil requiere, para que nazca la responsabilidad civil de la Administración, que un agente público haya infringido un deber de cuidado que le incumbe en relación con un tercero. De acuerdo con una consolidada jurisprudencia, a estos efectos no basta que la víctima haya sido perjudicada por la infracción de ese deber. Hace falta, además, que la norma que impone el deber tenga específicamente por finalidad proteger los derechos o intereses de un determinado grupo de

---

[14] Vid. JOBSON, «The Parole Board: What Liability to Victims», *Dalhousie Law Journal*, 7(3), 1983, pp. 528-619; MORGAN/BELBOT/CLARK, «Liability Issues Affecting Probation and Parole Supervision», *Journal of Criminal Justice*, 25(3), 1997, pp. 211-222; CUERDEN, «He Should Have Been in Prison! When do parole authorities owe a duty of care to those injured by prisoners on parole?», *Precedent*, 72, 2008, pp. 28-32; YOUNGS, «Tortious Liability for Released Detainees», *Howard Journal of Criminal Justice*, 50(1), 2011, pp. 52-61; TUCK, «To the Rescue: Liability in Negligence for Third Party Criminal Acts in the United States and Australia», *Indiana International & Comparative Law Review*, 23(2), 2013, pp. 183-212.

[15] CUERDEN, *Ibídem*, p. 32.

[16] [2002] EWCA Civ 775.

[17] AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm*, 2010, vol. 1, § 29, m.

[18] Vid., por ejemplo, BLATT, «State Liability for Injuries Inflicted by Parolees», *University of Cincinnati Law Review*, 56(2), 1987, pp. 615-638.

personas del que la víctima formaba parte[19]. De ahí que los tribunales hayan rechazado casi siempre las pretensiones de responsabilidad civil formuladas contra el Estado por víctimas de delitos cometidos por presos que se encontraban en libertad como consecuencia del otorgamiento negligente de un beneficio penitenciario. La razón es que el fin de las normas de cuidado que en estos casos suelen ser infringidas –por ejemplo, las que imponen el deber de evaluar rigurosamente la peligrosidad de un preso antes de liberarlo– es el de proteger no a una clase específica de personas frente al riesgo de sufrir ciertos delitos, sino al público en general[20]. Hay alguna sentencia, no obstante, que considera que cualquier víctima de estos delitos puede tener la condición de «tercero» y, por lo tanto, el derecho a obtener una indemnización del Estado conforme al citado parágrafo, sin necesidad de acreditar un riesgo especial[21]. En cualquier caso, la Administración no responde objetivamente, sino sólo por negligencia.

4. Crítica de la jurisprudencia

4.1. La inconsistente determinación de la indemnización

Los tribunales han mostrado notables inconsistencias a la hora de precisar si la indemnización que debe satisfacer la Administración en estos casos ha de ser integral (equivalente al daño sufrido por la víctima) o parcial (inferior a la magnitud de éste), en atención a la intervención determinante de un tercero en la producción del daño. Aquí se observan tres líneas jurisprudenciales.

1ª. Algunas sentencias no se pronuncian de manera explícita al respecto, pero dan a entender implícitamente que la indemnización debe ser integral[22]. Dentro de esta línea jurisprudencial, algunas sentencias consideran razonable condenar a la Administración al pago de una cantidad coincidente con la fijada previamente por el tribunal que declaró la responsabilidad civil (y penal) del autor de los hechos dañosos[23]. Otras estiman justificado otorgar una indemnización de cuantía superior, para corregir el efecto de la inflación o porque los perjudicados se desentendieron en el proceso penal de esta cuestión, a la vista de la notoria insolvencia del acusado[24]. Y otras, una indemnización inferior, para lo cual aducen que:

---

[19] PAPIER/SHIRVANI, «§ 839», en *Münchener Kommentar zum BGB*, Beck, 2020, marginales 284-332; ROHLFING, *Amsthaftung,* Universitätsverlag Göttingen, 2015, pp. 110-175.

[20] Vid. ULLENBRUCH, «Schadensersatz wegen Amtspflichtverletzung durch Gewährung von Vollzugslockerungen und Hafturlaub», *Neue Juristisches Wochenschrift*, 2002, pp. 416-418.

[21] Sentencia del *Oberlandesgericht Karlsruhe* de 26 de septiembre de 2001 - 7 U 148/99 (OLG Karlsruhe, NJW 2002, 445).

[22] Vid. la STS de 4 de junio de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:4046), las SSTSJ de Cataluña de 24 de febrero de 2003 (ECLI:ES:TSJCAT:2003:2577), 6 de marzo de 2007 (ECLI:ES:TSJCAT:2007:6148), 4 de diciembre de 2009 (ECLI:ES:TSJCAT:2009:13681), 15 de diciembre de 2014 (ECLI:ES:TSJCAT:2014:12679) y 26 de septiembre de 2016 (ECLI:ES:TSJCAT:2016:10156), y las SSAN de 28 de septiembre de 2012 (ECLI:ES:AN:2012:3970), 17 de noviembre de 2012 (ECLI:ES:AN:2012:4854), 1 de febrero de 2013 (ECLI:ES:AN:2013:724), 3 de diciembre de 2014 (ECLI:ES:AN:2014:4801), 14 de octubre de 2015 (ECLI:ES:AN:2015:3702), 13 de marzo de 2019 (ECLI:ES:AN:2019:1035) y 19 de febrero de 2020 (ECLI:ES:AN:2020:637).

[23] SAN de 17 de noviembre de 2012 (ECLI:ES:AN:2012:4854) y STSJ de Cataluña de 6 de marzo de 2007 (ECLI:ES:TSJCAT:2007:6148).

[24] SSTSJ de Cataluña de 24 de febrero de 2003 (ECLI:ES:TSJCAT:2003:2577) y 4 de diciembre de 2009 (ECLI:ES:TSJCAT:2009:13681).

> «No es posible equiparar la indemnización fijada en vía penal al autor de los hechos como auténtico responsable de los mismos, cuya voluntariedad en el daño fundamenta la libertad de apreciación del Tribunal penal al fijar aquella indemnización, a la indemnización que corresponde satisfacer por responsabilidad de la Administración»[25].
>
> «La consecuencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración es la reparación del daño causado por el funcionamiento de los servicios públicos, lo que impide, de entrada, la identificación de la responsabilidad civil por delito fijada en la sentencia penal con la responsabilidad patrimonial de la Administración, pues tienen bases fácticas y jurídicas muy diferentes»[26].

Estos argumentos resultan un tanto sorprendentes. Sin perjuicio de que el juez contencioso-administrativo no esté legalmente vinculado en este punto por la previa sentencia penal, el principio que informa la determinación de la cuantía de la indemnización es en los dos casos el mismo: ésta debería compensar integralmente el daño sufrido por la víctima[27].

2ª. Otras sentencias afirman explícitamente el principio de reparación integral y, por lo tanto, niegan que la indemnización deba ser reducida o modulada por la intervención causal de un tercero en la producción del daño[28]. Se argumenta a este respecto que la reducción sería contraria no sólo al principio de indemnidad, sino también a los de solidaridad e igualdad de todos los ciudadanos ante las cargas públicas:

> «La razón fundamental de la existencia de la responsabilidad patrimonial del Estado estriba en el carácter antijurídico del daño, derivado del riesgo objetivo creado por la concesión del permiso penitenciario en cuestión, que además se reveló inadecuado en función de las circunstancias del caso, de tal suerte que los demandantes no deben soportar a título particular los perjuicios sufridos, que han de ser compartidos por la comunidad por un principio de solidaridad y en atención, además, a la doctrina de la igualdad ante las cargas públicas... de tal suerte que si introdujéramos en el caso el mecanismo de la compensación, en función de la intervención de terceros agentes en la producción del daño de cuya reparación se trata, la cantidad resultante no haría efectivo el esencial principio de indemnidad, que en este caso exige que sea la Administración demandada la que asuma en su totalidad la indemnización del daño producido al derivar de un riesgo creado por ella misma»[29].

---

[25] SSTSJ de Cataluña de 15 de diciembre de 2014 (ECLI:ES:TSJCAT:2014:12679) y 26 de septiembre de 2016 (ECLI:ES:TSJCAT:2016:10156).

[26] SAN de 13 de marzo de 2019 (ECLI:ES:AN:2019:1035). En el mismo sentido, SSAN de 14 de octubre de 2015 (ECLI:ES:AN:2015:3702) y 19 de febrero de 2020 (ECLI:ES:AN:2020:637).

[27] Vid. DOMÉNECH PASCUAL, «Ni más ni menos. El principio de indemnidad y sus excepciones», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 156, 2012, pp. 59-86.

[28] SSAN de 18 de mayo de 2004 (ECLI:ES:AN:2004:3554), 21 de junio de 2005 (ECLI:ES:AN:2005:3346), 8 de febrero de 2006 (ECLI:ES:AN:2006:4735), 1 de marzo de 2006 (ECLI:ES:AN:2006:914), 24 de mayo de 2006 (ECLI:ES:AN:2006:2443), 11 de octubre de 2006 (ECLI:ES:AN:2006:4246), 13 de junio de 2007 (ECLI:ES:AN:2007:2625), 5 de marzo de 2008 (ECLI:ES:AN:2008:836), 30 de septiembre de 2009 (ECLI:ES:AN:2009:4277), 18 de mayo de 2011 (ECLI:ES:AN:2011:2638), 15 de junio de 2011 (ECLI:ES:AN:2011:3525), 18 de junio de 2014 (ECLI:ES:AN:2014:2812), 4 de marzo de 2015 (ECLI:ES:AN:2015:919), 10 de junio de 2015 (ECLI:ES:AN:2015:2423), 16 de diciembre de 2015 (ECLI:ES:AN:2015:4596) y 20 de enero de 2016 (ECLI:ES:AN:2016:221),

[29] SAN de 21 de junio de 2005 (ECLI:ES:AN:2005:3346).

En alguna de esas sentencias se justifica, sin embargo, la improcedencia de establecer una indemnización de cuantía equivalente a la fijada en el proceso penal, pues:

> «No parece lógico atribuir idéntica obligación reparadora al responsable del delito que a quien no lo ha sido, porque sería tanto como atribuir la responsabilidad exclusiva de los daños de la Administración (prescindiendo de la voluntad delictiva del reo), o como reconocer una responsabilidad civil subsidiaria de la Administración respecto de la actuación del interno (responsabilidad subsidiaria que, obviamente, tampoco se da en este caso)»[30].

3ª. De acuerdo con una tercera línea jurisprudencial, claramente minoritaria, la indemnización ha de ser «moderada» (es decir, parcial)[31]. A fin de justificar esta solución se esgrime, paradójicamente, un argumento casi idéntico al utilizado para justificar la anterior solución:

> «La causa inmediata determinante de las lesiones y daños causados a la actora (la única acción sin la cual los daños no se habrían sufrido en ningún caso) fue la actuación delictiva del interno, por lo que reconocer el importe íntegro de dicha indemnización sería tanto como atribuir la responsabilidad exclusiva de los daños de la Administración (prescindiendo de la voluntad delictiva del reo), o como reconocer una responsabilidad civil subsidiaria de la Administración respecto de la actuación del interno (responsabilidad subsidiaria que, obviamente, tampoco se da en este caso)»[32].

Tal vez estas inconsistencias constituyan en buena medida el reflejo de las dudas que suscita imputar a la Administración y hacerle responder objetiva e integralmente de todos los daños causados dolosamente por terceros en los casos considerados en el presente estudio.

4.2. Improcedencia de aplicar aquí una regla de responsabilidad objetiva

a. *El mito de la responsabilidad objetiva de la Administración*

El argumento de que la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas es objetiva no se tiene en pie. Ciertamente, la mayoría de la doctrina y prácticamente todos los tribunales vienen afirmando desde hace décadas ese carácter objetivo[33]. Si esta responsabilidad fuera realmente objetiva, la Administración debería resarcir los daños que hubiese causado con independencia de que su actuación hubiese sido diligente o negligente, es decir, con independencia del nivel de cuidado que hubieran adoptado las personas cuya conducta le es

---

[30] SSAN de 16 de diciembre de 2015 (ECLI:ES:AN:2015:4596) y 20 de enero de 2016 (ECLI:ES:AN:2016:221).

[31] SSTS de 25 de mayo de 2000 (ECLI:ES:TS:2000:4234), 14 de octubre de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:6509) y 18 de mayo de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:3137), y SSAN de 18 de marzo de 2005 (ECLI:ES:AN:2005:1651), 10 de julio de 2013 (ECLI:ES:AN:2013:3286) y 2 de diciembre de 2019 (ECLI:ES:AN:2019:4591).

[32] SAN de 10 de julio de 2013 (ECLI:ES:AN:2013:3286).

[33] *Vid*., por todos, GONZÁLEZ PÉREZ, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, Civitas, 2016, cap. IV.III.3; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Sobre la discutida naturaleza objetiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración», *Revista de Administración Pública*, 216, 2021, pp. 169-186.

imputable[34]. Sin embargo, en la práctica, salvo en muy contadas ocasiones, los tribunales aplican, *de facto,* una regla de responsabilidad por culpa: sólo condenan a la Administración cuando el daño es consecuencia de un funcionamiento defectuoso («anormal») del correspondiente servicio público, cuando se han omitido las debidas precauciones[35]. Al igual que en el Derecho privado, la regla general es la responsabilidad por negligencia. Aquel carácter objetivo es un «mito»[36], una «falacia»[37].

La estrategia más frecuentemente utilizada por los tribunales para aplicar un régimen de responsabilidad por negligencia consiste en recurrir a la «antijuridicidad del daño»: si se adoptaron las medidas de cuidado exigibles, la víctima tiene el «deber de soportar» el daño sufrido[38], que, en consecuencia, no sería «antijurídico» ni, por lo tanto, resarcible[39].

Como he argumentado en otro lugar, el resultado al que llega esta jurisprudencia es muy razonable. El indeterminado requisito legislativo de que la víctima «no tenga el deber de soportar el daño» ha de interpretarse a la luz de los principios generales de nuestro Derecho y de las consecuencias que para la satisfacción efectiva de todos los derechos e intereses legítimos afectados pueda tener la responsabilidad de la Administración. Y hay buenas razones para pensar que, en muchos casos, la regla de responsabilidad por negligencia es la que permite maximizar la satisfacción global de todos ellos[40]. Más adelante lo veremos.

b. *La responsabilidad civil del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia no es objetiva*

Los daños considerados en el presente trabajo pueden haber sido causados por un agente de la Administración penitenciaria, por un juez o por un funcionario de la Administración de Justicia. El problema es que, en estos dos últimos supuestos, el Derecho español vigente excluye inequívocamente la responsabilidad objetiva del Estado. De acuerdo con el artículo 292.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), si el daño es imputable a una resolución judicial, el Estado responde sólo si ésta incurre en un error que, de acuerdo con una jurisprudencia consolidada, ha de ser fruto de una grave y manifiesta negligencia. Ha de tratarse de un «error craso, patente, indubitado, incontestable, flagrante, que haya provocado

---

[34] Cfr. RUBÍ PUIG/SALVADOR CODERCH, «Responsabilidad objetiva», en SALVADOR/RAMOS/GÓMEZ/RUBÍ/LUNA/MILÀ, *Derecho de daños. Análisis, aplicación e instrumentos comparados*, InDret, 2023, p. 150.

[35] LETELIER WARTENBERG, «La falta de servicio en España», *Revista de Derecho. Consejo de Defensa del Estado*, 23, 2001, pp. 63-79; MIR PUIGPELAT, «Responsabilidad objetiva vs. funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 140, 2008, pp. 629-652; MEDINA ALCOZ, «Mitos y ficciones en la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 153, 2012, pp. 153-181; DOMÉNECH PASCUAL, «De nuevo sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración por actos ilegales. A favor de la doctrina del margen de tolerancia», *Revista de Administración Pública*, 219, 2022, pp. 59-106.

[36] ESTEVE GIRBÉS, «El mito de la responsabilidad objetiva global de la Administración pública», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 57, 2021, pp. 43-71.

[37] CHECA GONZÁLEZ, «La falacia de la tesis de que la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas es, en todo caso, objetiva», *Nueva Fiscalidad,* 2, 2021, pp. 19-72.

[38] En palabras de los arts. 32.1 y 34.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

[39] STS de 10 de diciembre de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:6820).

[40] Vid. DOMÉNECH PASCUAL, *RAP*, 219, 2022, pp. 59-106.

conclusiones fácticas o jurídicas ilógicas, irracionales, esperpénticas o absurdas», etc.[41] Además, el resarcimiento del error judicial requiere su previa declaración a través del procedimiento especial previsto en el artículo 293 LOPJ.

Si el daño no fue causado por una resolución judicial, sino por otro tipo de actuación de las personas integradas en la Administración de Justicia, el Estado únicamente responde cuando su funcionamiento ha sido «anormal» (art. 292.1 LOPJ), es decir, cuando no se ha ajustado a los estándares de cuidado exigible[42]. Se trata, por lo tanto, de una responsabilidad por negligencia.

Pues bien, no parece que tenga mucho sentido, por ejemplo, que de los daños causados por un recluso mientras disfrutaba de un permiso de salida el Estado responda siempre objetivamente si el permiso fue otorgado por un órgano administrativo y, en cambio, responda sólo en caso de negligencia palmaria –es decir, en muy raras ocasiones– si el permiso fue concedido por un Juez de Vigilancia Penitenciaria. ¿Por qué la sociedad ha de ser siempre solidaria con las víctimas en el primer supuesto y prácticamente nunca en el segundo? No parece que exista razón alguna que justifique esta diferencia de trato. Como advierte el magistrado José Félix MÉNDEZ CANSECO, «deberían igualarse las consecuencias patrimoniales de los delitos cometidos por los presos en libertad, fuera cual fuese la autoridad administrativa o judicial que la hubiese acordado»[43].

Quizás por ello los tribunales han tratado en varias ocasiones de obviar esta diferencia con argumentos ciertamente cuestionables y, a la postre, su jurisprudencia se ha mostrado muy poco consistente en los casos en los que la libertad fue acordada por una resolución judicial.

Algunas sentencias aplican aquí de manera estricta los artículos 292 y 293 LOPJ y la jurisprudencia que los ha interpretado y, en su virtud, desestiman las correspondientes reclamaciones de responsabilidad por no concurrir los requisitos previstos en estos preceptos[44].

Otras sentencias estiman que el daño era imputable a la Administración pública y no a la resolución judicial que acordó liberar al penado, porque aquélla omitió las debidas medidas de precaución dirigidas a vigilar y controlar a éste durante su situación de libertad[45].

> En un caso en el que el Juez de Vigilancia Penitenciaria había otorgado un permiso de salida previamente denegado por la Administración, la SAN de 12 de febrero de 2004 (ECLI:ES:AN:2004:923) declara que las cautelas que aquí impuso el Juez, «cuya idoneidad, suficiencia y proporcionalidad no pueden ser valoradas en esta sentencia, tenían el carácter de "mínimas", en el sentido de que no excluían otras que, respetando los términos en que se concedió el permiso por la autoridad judicial, pudiera adoptar adicionalmente la Administración... La adopción por la Administración de estas cautelas adicionales era en este caso, a juicio de la Sala, claramente exigible, y no sólo por la propia obligación genérica de protección de los derechos

[41] STS de 9 de julio de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:3398).

[42] Vid., por todos, COBREROS MENDAZONA, «Funcionamiento anormal de la Administración de Justicia e indemnización», *Revista de Administración Pública*, 177, 2008, pp. 31-69.

[43] Voto particular a la SAN de 25 de febrero de 2014 (ECLI:ES:AN:2014:831).

[44] Vid. las SSTS de 30 de septiembre de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:6000) y 22 de junio de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:4728), así como las SSAN de 5 de octubre de 2007 (ECLI:ES:AN:2007:4096), 5 de noviembre de 2007 (ECLI:ES:AN:2007:4968), 20 de marzo de 2012 (ECLI:ES:AN:2012:1397), 25 de febrero de 2014 (ECLI:ES:AN:2014:831, acompañada de un interesante voto particular del magistrado José Félix MÉNDEZ CANSECO) y 13 de octubre de 2021 (ECLI:ES:AN:2021:4250).

[45] Vid., entre otras, la SAN de 13 de marzo de 2019 (ECLI:ES:AN:2019:1035).

> fundamentales de los ciudadanos que a la Administración como poder público impone el ordenamiento jurídico vigente, sino también y más concretamente por disponerlo así las circulares e instrucciones internas de la Administración en relación con los permisos penitenciarios, y, además, por ser racionalmente necesarias para el buen fin del permiso y proporcionadas a las circunstancias del supuesto contemplado».
>
> La SAN de 18 de marzo de 2005 (ECLI:ES:AN:2005:1651) estima que «la Administración Penitenciaria no llevó a cabo un seguimiento y control adecuado [del penado], máxime cuando a los escasos tres meses del inicio del disfrute de la libertad condicional… y en espacios físicos de la provincia en la que fija su residencia, se producen en poco más de un año desde [que se acordara dicha libertad] cinco asesinatos». En concreto, se incumplieron «los protocolos de los servicios sociales penitenciarios ya que éstos no realizaron entrevistas familiares, ni recogida de datos en el centro de trabajo del liberado, o simplemente no verificaron la realidad de los datos aportados exclusivamente por [el penado]».
>
> La SAN de 18 de junio de 2014 (ECLI:ES:AN:2014:2812) advierte que el dispositivo de localización del preso no funcionó en la debida manera.

Algunas sentencias consideran, en cambio, que la Administración sí había adoptado las debidas medidas de seguimiento y control del penado, por lo que no ha lugar a su responsabilidad[46].

Otras sentencias condenan a la Administración por la vía de obviar lisa y llanamente lo dispuesto en los artículos 292 y 293 LOPJ. En ellas se aplica, sin dar razón alguna al respecto, una regla de responsabilidad objetiva, como si el acto que dispuso dicha situación de libertad hubiera sido dictado por una autoridad administrativa[47].

Finalmente, varias sentencias consideran que el daño es imputable a la Administración en virtud de la «relación de supremacía especial» trabada entre ella y los presos:

> «Aunque el permiso del preso fue denegado por la Administración de Prisiones y concedido por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, no puede afirmarse que ello implique la desaparición de la relación existente entre el interno y la Administración, consecuencia de la denominada relación de "supremacía especial", de la que dimanan un conjunto de derechos y deberes entre ambos, y que no quedan en suspenso o desaparecen durante los periodos de permiso, sino que continúan, incluso fuera del centro penitenciario»[48].

Este último argumento es incomprensible e inaceptable. En primer lugar, porque es evidente que prácticamente todos los derechos y obligaciones dimanantes de la relación trabada entre la Administración penitenciaria y los presos sí quedan suspendidos o radicalmente alterados

---

[46] SSAN de 27 de enero de 2021 (ECLI:ES:AN:2021:118) y 3 de febrero de 2021 (ECLI:ES:AN:2021:467).

[47] Vid. la STS de 4 de junio de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:4046), las SSAN de 21 de junio de 2005 (ECLI:ES:AN:2005:3346, dictada en el caso de las «niñas de Alcàsser»), 24 de mayo de 2006 (ECLI:ES:AN:2006:2443, relativa al caso del «asesino de Castellón») y 28 de septiembre de 2012 (ECLI:ES:AN:2012:3970), y la STSJ de Cataluña de 15 de diciembre de 2014 (ECLI:ES:TSJCAT:2014:12679).

[48] SAN de 8 de febrero de 2006 (ECLI:ES:AN:2006:4735). En el mismo sentido, SSAN de 13 de junio de 2007 (ECLI:ES:AN:2007:2625), 5 de marzo de 2008 (ECLI:ES:AN:2008:836), 30 de septiembre de 2009 (ECLI:ES:AN:2009:4277), 18 de mayo de 2011 (ECLI:ES:AN:2011:2638), 15 de junio de 2011 (ECLI:ES:AN:2011:3525) y 13 de marzo de 2019 (ECLI:ES:AN:2019:1035).

cuando éstos no regresan a prisión tras disfrutar de un beneficio penitenciario. La razón es sencilla. La mayoría de estos derechos y obligaciones sólo tiene sentido cuando los presos están efectivamente internados en el correspondiente centro penitenciario, bajo el control de la Administración.

En segundo lugar, la mera existencia de una relación jurídica entre la Administración y ciertos ciudadanos no permite concluir que todos los daños causados por estos últimos son imputables a la primera. En particular, resulta inadmisible entender que una actuación administrativa es causa de la concesión de un beneficio penitenciario a un penado y, a la postre, de un delito cometido por éste aprovechando dicho beneficio cuando la actuación consistió precisamente en denegar el beneficio, que posteriormente otorgó un juez. Es obvio que, en tal caso, es la intervención judicial la que ha de considerarse causante de la situación de libertad que hizo posible la comisión del delito, pues sin esa intervención no se hubiera producido dicha situación. Nótese, además, que la denegación administrativa del beneficio no incrementó el riesgo de que éste fuera concedido, sino que lo redujo sustancialmente. Ningún sentido tiene imputar un daño a la Administración cuando su actuación minoró en gran medida la probabilidad *ex ante* de que éste se produjera[49].

c. *Crítica de la doctrina de la peligrosidad previa*

Recordemos que, según la STS de 16 de diciembre de 1997 (ECLI:ES:TS:1997:7725), la Administración sólo ha de responder si «la comisión de los hechos dañosos [tuvo] relación con una peligrosidad del penado anterior a la salida del establecimiento penitenciario que objetivamente pudo ser apreciada y no lo fue por las autoridades penitenciarias»[50].

c.1. Aplicación inconsistente

Los tribunales han aplicado inconsistentemente esta doctrina. Algunas sentencias declaran que no ha lugar a la responsabilidad de la Administración en virtud de una aplicación estricta de esta doctrina.

> Las SSAN de 22 de mayo de 2003 (ECLI:ES:AN:2003:632) y 29 de octubre de 2003 (ECLI:ES:AN:2003:2266) estiman que «no se aprecia la expresada inadvertencia de hechos o circunstancias que, siendo anteriores a la concesión del permiso, evidenciaran un cierto grado de peligrosidad en el interno que hubiera impedido la concesión del permiso». «Consta en la prueba practicada en el presente recurso los más de 60 permisos que había disfrutado el condenado sin incidente alguno, y los impecables informes que aluden a la conducta del recurrente… Así, en la propuesta de progresión de grado se alude a la buena conducta del interno, sus múltiples redenciones extraordinarias, su buena relación con internos y funcionarios, acepta las ordenes, y "se ha hecho acreedor de la confianza y estima de los funcionarios", participando en cursos de cerámica».
>
> La SAN de 18 de marzo de 2005 (ECLI:ES:AN:2005:1643) señala que el correspondiente permiso penitenciario se le había concedido al autor de los hechos delictivos dañosos «al concurrir los

[49] Vid. *infra*, 4.3.c y 4.3.d.

[50] Vid. *supra*, 2.1.

> requisitos legales objetivos y haber disfrutado de otros cinco permisos de salida en el mismo año… por lo que no se advirtió peligrosidad alguna anterior a su salida del centro penitenciario»[51].

Otras sentencias declaran la responsabilidad de la Administración demandada, tras detenerse a argumentar por qué los autores de los correspondientes delitos ya eran peligrosos antes de que se les otorgaran los beneficios penitenciarios considerados[52].

> La SAN de 21 de junio de 2005 (ECLI:ES:AN:2005:3346), relativa al caso de las «niñas de Alcàsser», argumenta que «la trayectoria delictiva de [uno de los dos autores de los hechos] le convertía en un delincuente habitual, teniendo un pronóstico desfavorable de adaptabilidad social, lo que, unido al resto de sus circunstancias personales y familiares… podía desaconsejar la concesión del beneficio de los permisos de salida».

Sin embargo, la gran mayoría de las sentencias declaran responsable a la Administración sin examinar en modo alguno la concurrencia del referido requisito de la peligrosidad previa, que aparentemente se ignora por completo[53].

c.2. Falta de justificación

El hecho de que los tribunales hayan aplicado inconsistentemente y obviado en numerosas ocasiones dicha doctrina indica que ésta no tiene mucho sentido. Interesa resaltar que aquí el Tribunal Supremo no exige, para que nazca la obligación de indemnizar, que la Administración ignorara la peligrosidad del penado como consecuencia de haber omitido el cuidado exigible, es decir, que la ignorara a pesar de que debía haberla conocido si hubiera actuado con diligencia. Lo que requiere es que, en el momento en el que la Administración acordó liberar al penado, ya pudiera saberse que éste era excesivamente peligroso, aunque la Administración lo desconociera a pesar de haber actuado diligentemente.

No se adivina la razón por la cual hay que discriminar entre las víctimas de delitos cometidos por presos con ocasión del disfrute de un beneficio penitenciario en función de si, «a toro pasado», podemos saber o no que en el momento en el que se otorgó el beneficio ya existían circunstancias que permitían pensar que el otorgamiento era demasiado peligroso, aunque la Administración otorgante las ignorara después de haber actuado diligentemente. Si no las conoció aun habiendo empleado el debido cuidado y, por lo tanto, no es razonable exigirle que las conociera, ¿qué se pretende con esta discriminación? ¿Qué finalidad legítima persigue?

d. *El argumento de la solidaridad y la igualdad*

---

[51] Vid., también, la SAN de 24 de abril de 2013 (ECLI:ES:AN:2013:1739).

[52] Vid. la SAN de 10 de junio de 2015 (ECLI:ES:AN:2015:2423) y la STSJ de Cataluña de 15 de diciembre de 2014 (ECLI:ES:TSJCAT:2014:12679).

[53] Vid. la STS de 4 de junio de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:4046), así como las SSAN de 1 de marzo de 2006 (ECLI:ES:AN:2006:914), 24 de mayo de 2006 (ECLI:ES:AN:2006:2443), 8 de febrero de 2006 (ECLI:ES:AN:2006:4735), 11 de octubre de 2006 (ECLI:ES:AN:2006:4246), 13 de junio de 2007 (ECLI:ES:AN:2007:2625), 5 de marzo de 2008 (ECLI:ES:AN:2008:836), 30 de septiembre de 2009 (ECLI:ES:AN:2009:4277), 18 de mayo de 2011 (ECLI:ES:AN:2011:2638), 15 de junio de 2011 (ECLI:ES:AN:2011:3525) y 28 de septiembre de 2012 (ECLI:ES:AN:2012:3970), así como la STSJ de Cataluña de 4 de diciembre de 2009 (ECLI:ES:TSJCAT:2009:13681).

Recordemos que uno de los argumentos centrales aducidos por el Tribunal Supremo para justificar la responsabilidad objetiva de la Administración en estos casos es que los riesgos que la sociedad debe asumir en la concesión de beneficios penitenciarios, porque así lo imponen ciertos principios constitucionales, no deben ser soportados de manera individual por aquellos en quienes se concretan los resultados dañosos de los inevitables fracasos penitenciarios, sino que deben ser compartidos en virtud de un principio de solidaridad por el conjunto de la sociedad.

d.1. Inconsistencias

En coherencia con este argumento, los riesgos que la sociedad asume al no castigar con la cadena perpetua a todos los delincuentes, porque así lo impone cuando menos el principio constitucional de resocialización de las penas, tampoco deberían ser soportados de manera individual por aquellas personas en quienes se concretan los resultados dañosos de los inevitables fracasos penitenciarios, sino que deberían ser compartidos en virtud del principio solidaridad por la entera sociedad.

Y los riesgos que la sociedad asume al no imponer penas mucho más severas y disuasorias que las actualmente previstas en el Código Penal, porque así lo impone la prohibición constitucional de las sanciones inhumanas, degradantes o desproporcionadas, no deberían ser soportados de manera individual por aquellos en quienes se concretan los resultados dañosos de los inevitables fracasos del sistema penal, sino que tendrían que ser compartidos en virtud del principio de solidaridad por toda la ciudadanía.

Sin embargo, es claro que la Administración no responde objetivamente de los daños causados por terceros al delinquir después de haber cumplido una pena por una infracción previa, ni tampoco de los daños causados por crímenes en general. Su responsabilidad en ambos casos es por negligencia. Este es el régimen previsto también en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Según advierte el Tribunal de Estrasburgo (precisamente en un caso en el que declaró que el Estado griego había protegido suficientemente la vida de una persona asesinada por un penado que se encontraba en libertad condicional):

> «Para que la responsabilidad del Estado quede comprometida en virtud del Convenio, debe acreditarse que la muerte se debió a que las autoridades nacionales, incluido el legislador, no hicieron todo lo que cabía esperar razonablemente para impedir la materialización de un riesgo cierto e inmediato para la vida, del que tenían o deberían haber tenido conocimiento»[54].

No se adivina la razón por la que hay que hacer una diferencia entre los tres supuestos considerados. No se comprende, por ejemplo, por qué el principio de igualdad de todos los ciudadanos antes las cargas públicas obliga a resarcir con cargo al erario los daños derivados un delito si el autor lo comete el último día del cumplimiento de una pena de prisión, mientras disfrutaba de libertad condicional, pero no obliga a ello si el mismo autor comete idéntico delito un día después del cumplimiento de la misma pena, aunque en los dos casos las autoridades estatales hayan adoptado las debidas medidas de precaución. Tampoco se comprende por qué deberíamos ser más solidarios con las víctimas del primer supuesto que con las del segundo.

[54] STEDH de 17 de enero de 2012 (*Choreftakis y Choreftaki c. Grecia*, 46846/08, § 55).

No se aprecia la razón por la cual las víctimas de delitos cometidos por personas que se encontraban en libertad porque así lo había decidido un órgano administrativo en aras del interés general merecen más solidaridad que las víctimas de crímenes análogos cometidos por personas que se encontraban en libertad porque así lo había decidido un órgano jurisdiccional o uno legislativo en aras del mismo interés general. ¿Por qué ha de ser relevante a estos efectos el tipo de poder público que tomó la decisión riesgosa? ¿Acaso los principios constitucionales de solidaridad e igualdad no vinculan a los jueces ni al legislador?

Además, si el tipo de poder público que decidió fuera relevante a estos efectos (por ejemplo, si el Estado respondiera objetivamente sólo cuando la liberación fuera acordada por un órgano administrativo), se generarían incentivos perversos. Para «ahorrarse» las eventuales indemnizaciones, el legislador podría dejar en manos de los jueces la adopción de todas o algunas de esas decisiones, a pesar de que la Administración está muchas veces mejor situada que ellos para tomarlas. O podría establecer un sistema en el que los beneficios penitenciarios se concedan automáticamente cuando concurran ciertas condiciones predeterminadas por la ley cuya apreciación no entraña subjetividad alguna, a pesar de que un sistema en el que la Administración tenga un cierto margen de discrecionalidad o apreciación para decidir a la vista de las circunstancias del caso concreto puede ser preferible.

d.2. La responsabilidad civil es un mal instrumento de solidaridad

La solidaridad social que merecen las víctimas de delitos también puede articularse a través de prestaciones públicas. En España, la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, prevé ayudas para las víctimas del terrorismo; y la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, hace lo propio respecto de las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.

Estas últimas ayudas, sin embargo, tienen un alcance muy limitado, cuentan con una escasa dotación económica y se otorgan través de un procedimiento plagado de dificultades burocráticas, lo que ha determinado que su eficacia práctica sea escasa[55]. Así lo acreditan las siguientes cifras[56]:

Año	Resoluciones	Resoluciones estimatorias	Importes reconocidos
2018	544	127	2.656.579,72 €
2019	595	134	2.851.756,06 €
2020	410	102	2.329.463,38 €
2021	423	92	1.932.961,06 €
2022	499	119	3.105.220,49 €

Esta situación contrasta con la existente en otros países. Por ejemplo, en el Reino Unido, donde, como hemos visto, es muy difícil que el Estado responda civilmente por los daños resultantes de

[55] Vid. SOLETO/GRANÉ, *La eficacia de la reparación a la víctima en el proceso penal a través de las indemnizaciones,* Dykinson, 2018, pp. 21-24; PÉREZ RIVAS, «El modelo de compensación estatal a las víctimas de delitos», *Lex*, 18, 2016, pp. 125-126.

[56] Información proporcionada por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (Subdirección General de Gestión de Clases Pasivas).

infracciones penales cometidas por presos en situación de libertad, hay un sistema de ayudas públicas a las víctimas de delitos en general mucho más amplio, generoso y ágil que el nuestro. Durante los últimos cinco años ha producido los siguientes resultados[57]:

Periodo (de marzo de un año a marzo del año siguiente)	Casos resueltos	Resoluciones estimatorias	Importes reconocidos	Satisfacción del cliente
2018-2019	35.355	-	130.425.000 £	95%
2019-2020	35.618	20.471	194.841.000 £	93%
2020-2021	27.669	17.191	148.067.000 £	94%
2021-2022	30.973	12.547	147.632.000 £	93%
2022-2023	34.753	15.085	177.275.000 £	94%

Las ayudas públicas tienen al menos tres ventajas sobre la responsabilidad civil de la Administración al objeto de realizar el principio de solidaridad. La primera es que pueden ser –y, de hecho, son– menos regresivas. La responsabilidad civil constituye un mecanismo inexorablemente regresivo de solidaridad[58]. Al compensar integralmente los daños sufridos por las víctimas, la responsabilidad proporciona más recursos a las personas que sufren daños de mayor magnitud, que suelen ser las más ricas. Imaginemos que un preso asesina durante un permiso penitenciario a un notario que ingresa un millón de euros al año y a un obrero que gana el salario mínimo interprofesional. En virtud del principio de reparación integral del daño que informa la responsabilidad de la Administración, los hijos del notario recibirán del erario una compensación mucho más elevada que los del obrero. Los sistemas públicos de seguridad social, en cambio, pueden cubrir riesgos y resarcir daños de manera progresiva, proporcionando más recursos a las personas que más los necesitan.

En segundo lugar, al articularse a través de una regulación específicamente diseñada para compensar determinados daños, estos sistemas permiten evitar numerosas diferencias de trato injustificadas que la aplicación judicial casuística –e inconsistente– de la legislación general reguladora de la responsabilidad patrimonial de la Administración engendra respecto de víctimas que se encuentran sustancialmente en la misma situación. A lo largo del trabajo hemos podido ver algunas de estas desigualdades: entre las víctimas de delitos perpetrados por penados en función de si su salida de prisión se acordó por una autoridad administrativa o por un órgano jurisdiccional; entre las víctimas de delitos cometidos por presos durante el disfrute de un beneficio penitenciario y las víctimas de delitos cometidos por individuos inmediatamente después del cumplimiento íntegro de una pena de prisión, etc. También hemos comprobado que los tribunales incurren en numerosas inconsistencias al resolver los casos planteados en esta materia: al determinar la cuantía de las indemnizaciones, al aplicar la teoría de la peligrosidad previa, etc.

La tercera ventaja es que estos sistemas operan a través de procedimientos menos costosos, tanto para el erario como para las víctimas, que los de responsabilidad civil extracontractual[59].

---

[57] Elaboración propia, a partir del *Annual Report and Accounts* que al final de cada uno de los periodos considerados publica la *Criminal Injuries Compensation Authority*.

[58] Así lo han advertido, entre otros, PANTALEÓN, «Los anteojos del civilista. Hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas», *Documentación Administrativa*, 237-238, 1994, pp. 251-252; MIR PUIGPELAT, *La responsabilidad patrimonial de la Administración: hacia un nuevo sistema*, 2002, pp. 242-251.

[59] Véase, en este sentido, la crítica de MIR PUIGPELAT, *La responsabilidad patrimonial de la Administración: hacia un nuevo sistema*, 2002.

e. *Más razones para aplicar aquí una regla de responsabilidad por negligencia*

e.1. Beneficios informacionales

Una de las grandes ventajas de la responsabilidad por culpa es que produce información valiosa acerca de las medidas de cuidado que el demandado debía haber tomado. En los pleitos en los que se aplica una regla de responsabilidad objetiva, no hace falta analizar si los causantes adoptaron o no las debidas medidas de precaución, por lo que este problema tiende a quedar oculto. Cuando la responsabilidad es por culpa, en cambio, los Tribunales deben examinarlo y darle una respuesta en «colaboración» con los litigantes. Y la información que se genera y aflora en un litigio puede ser aprovechada en el futuro por cualquier persona potencialmente implicada en un caso similar, a fin de tomar medidas de precaución eficientes dirigidas a evitar daños[60].

En el ámbito de las organizaciones, además, la información generada permite que los individuos que las dirigen y los sujetos en cuyo interés aquéllas deben actuar controlen si sus agentes y subordinados actuaron efectivamente de manera negligente o diligente. Esta información podrá ser utilizada luego para «premiar» o «castigar» de algún modo a los servidores públicos que hayan actuado correcta o incorrectamente. Cuando menos, tendrá un coste o un beneficio reputacional para ellos. En el ámbito público, este efecto reputacional constituye un incentivo para que las autoridades y los empleados de la Administración adopten las debidas medidas de cuidado, incentivo que compensa la insuficiencia de los alicientes monetarios que éstos suelen tener al respecto, como seguidamente veremos.

e.2. Influencia sobre los niveles de cuidado y actividad: teoría económica estándar

El riesgo de que ocurra un accidente depende fundamentalmente de los niveles de (i) cuidado y de (ii) actividad adoptados por los potenciales causantes y víctimas. Por ejemplo, el riesgo de que una persona sea víctima de un delito perpetrado por un preso en libertad condicional depende, cuando menos, de: (i) las precauciones adoptadas por los poderes públicos cuando acuerdan dicha libertad y por esa persona en sus interacciones con tales presos; y (ii) el número de presos puestos en libertad condicional y el número y la intensidad de las interacciones que aquella persona tenga con éstos.

En determinadas circunstancias, cabe pensar que tanto la responsabilidad objetiva como la responsabilidad por culpa, en combinación con otra regla que excluya la responsabilidad si el causante actuó diligentemente y la víctima incurrió en una negligencia, crean en principio los incentivos adecuados para que las personas potencialmente afectadas adopten el nivel de cuidado debido. Aplicar una norma u otra resulta irrelevante a estos efectos[61].

---

[60] Vid. FEES/WHOLSCHLEGEL, «Liability and information transmission: The advantage of negligence-based rules», *Economic Letters*, 92, 2006, pp. 63-67; SHER, «New Differences Between Negligence and Strict Liability and their Implications on Medical Malpractice Reform», *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, 16, 2007, pp. 335-377; SCHÄFER/MÜLLER LANGER, «Strict Liability Versus Negligence», en FAURE (ed.), *Encyclopedia of Law and Economics. Tort Law and Economics*, Edward Elgar, 2009, pp. 27-29.

[61] SHAVELL, «Strict Liability versus Negligence», *Journal of Legal Studies*, 9, 1980, pp. 1-25.

En cambio, ambas reglas influyen de diferente manera sobre los mentados niveles de actividad[62]. En un régimen de responsabilidad por culpa, las potenciales víctimas soportan el riesgo de sufrir un accidente si tanto ellas como los potenciales causantes llevan el cuidado debido (riesgo residual). Las víctimas cargan con el coste derivado de que las unas o los otros incrementen su nivel de actividad (diligente). Dicha regla encarecerá, por lo tanto, su propia actividad. Les dará incentivos para no aumentarla por encima del punto en el que los costes sociales del aumento superan a los beneficios que éste les reporta, pues, en principio, dichos costes y beneficios recaen íntegramente sobre ellas. Por otro lado, propiciará que los potenciales causantes eleven su volumen de actividad por encima del que sería socialmente deseable, pues los beneficios derivados del aumento recaen en principio sobre ellos, mientras que los costes son soportados por las víctimas.

En un régimen de responsabilidad objetiva, son los causantes los que soportan el referido riesgo residual. Esta regla, por consiguiente, encarecerá la actividad de los potenciales causantes. Les dará incentivos para no incrementarla por encima del nivel en el que los costes sociales del incremento superan a los beneficios que éste les reporta. Por otro lado, propiciará que el volumen de actividad de las potenciales víctimas supere el socialmente óptimo, pues, en principio, obtienen los beneficios derivados del exceso mientras que no han de asumir sus costes, que recaen íntegramente sobre los causantes.

Ninguna de las dos reglas crea los incentivos adecuados para que todos los implicados ajusten su volumen de actividad a lo que sería socialmente deseable. La responsabilidad por culpa falla respecto de los potenciales causantes; y la responsabilidad objetiva, respecto de las posibles víctimas. Así las cosas, desde este punto de vista, la segunda norma resulta preferible cuando los costes sociales de un exceso de actividad de aquéllos superan los costes sociales de un exceso análogo de éstas, y viceversa. En la práctica, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos occidentales contemporáneos, la responsabilidad por culpa es la regla general; y la responsabilidad objetiva, la excepción, que sólo se aplica cuando los potenciales causantes llevan a cabo actividades anormalmente peligrosas (*rectius*, cuando éstas engendran elevadas externalidades negativas)[63]. Y, conviene ponerlo de relieve, la responsabilidad por negligencia es también la regla general respecto de los daños causados por los poderes públicos[64].

e.3. Influencia sobre la conducta de los agentes públicos

La teoría económica estándar del Derecho de daños, en la que se basan las consideraciones recién expuestas, presupone que los potenciales responsables son sujetos privados que soportan íntegramente los costes tanto de las precauciones que toman como de las compensaciones que eventualmente han de pagar a las víctimas. El problema es que esta premisa seguramente no se cumple cuando los responsables son entidades públicas.

e.4. La responsabilidad objetiva puede no inducir un nivel óptimo de activad pública

---

[62] Ibídem.

[63] Véase, por ejemplo, el art. 5:101 de los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil (*Principles on European Tort Law, PETL*), elaborados por el *European Group on Tort Law*.

[64] Vid. FAIRGRIEVE, «Criminal and Civil Liability», en CANE/HOFMANN/IP/LINDSETH (eds.), *Comparative Administrative Law*, Oxford University Press, 2021, p. 817.

Cabe pensar que los agentes públicos, en líneas generales, no internalizan íntegramente el coste de la responsabilidad civil de la Administración a cuyo servicio se encuentran, de resultas principalmente de tres circunstancias.

La primera es que no sufragan las correspondientes indemnizaciones con su patrimonio, ni siquiera cuando concurren los requisitos para que las Administraciones ejerzan contra ellos la llamada acción de regreso, pues ésta prácticamente nunca se ejerce[65].

En segundo lugar, el coste político y reputacional que para dichos sujetos se deriva de la referida responsabilidad se reduce sustancialmente si ésta se declara y hace efectiva cuando aquéllos han dejado de desempeñar el cargo en cuyo ejercicio causaron los daños o pudieron prevenirlos, lo cual es relativamente probable. Cuanto mayor sea esta probabilidad, menor será el coste esperado de la responsabilidad y, por lo tanto, su efecto preventivo.

En tercer lugar, las autoridades que soportan ese coste tienen muchas veces una capacidad limitada de dirigir y controlar la actividad de las personas que causaron directamente el daño. Cuanto menos escasa sea esa capacidad, menor eficacia preventiva tendrá la responsabilidad de la Administración. Por ejemplo, los miembros del Gobierno de España, que sufren en alguna medida el coste político y de oportunidad derivado de las compensaciones otorgadas por los errores judiciales dañosos, tienen una capacidad relativamente reducida de dirigir y controlar la actividad de los jueces con el fin de evitar tales errores, lo cual hace que la eficacia preventiva de esas compensaciones sea débil.

Estos tres factores minan la eficacia preventiva de la responsabilidad. Es decir, reducen los incentivos que los agentes públicos tienen para adoptar medidas de cuidado óptimas y, en el caso de que la Administración responda objetivamente, para no desarrollar la actividad potencialmente dañosa en un volumen superior al socialmente deseable. Cuanto menor sea dicha eficacia preventiva, más desaconsejable será la responsabilidad objetiva.

e.5. La responsabilidad objetiva puede inducir la adopción de precauciones ineficientes

La regla según la cual la Administración responde objetivamente propicia que los agentes públicos tomen precauciones ineficientes, si concurren ciertas condiciones:

1. *Dicha responsabilidad tiene un coste personal* para ellos, que puede ser político, reputacional, de oportunidad (pues el dinero empleado en las compensaciones ya no lo pueden destinar a otros fines electoralmente más rentables), etc.
2. *La probabilidad de causar un accidente aun llevando el cuidado exigible es significativa*.
3. *Las medidas de precaución generan externalidades negativas*. Los agentes públicos tampoco internalizan siempre todos los costes de las medidas de precaución que toman para prevenir accidentes y eventuales responsabilidades. Dicho de otra manera: esas medidas generan externalidades negativas, costes que soportan otras personas. De

[65] Vid. DOMÉNECH PASCUAL, «¿Deberían las autoridades y los empleados públicos responder civilmente por los daños causados en el ejercicio de sus cargos?», *Revista de Administración Pública*, 180, 2009, pp. 103-159.

resultas de ello, la amenaza que para dichos agentes supone la responsabilidad civil de la Administración puede inducirles a tomar medidas «defensivas», dirigidas a prevenir esa responsabilidad y excesivamente costosas desde el punto de vista del bienestar social[66].

4. Dichos agentes públicos disponen de un cierto *margen de discrecionalidad o apreciación* para adoptar tales medidas ineficientes.

Cuanto más elevados sean aquel coste personal, dicha probabilidad, esas externalidades negativas y el referido margen de discrecionalidad, mayor será el riesgo de que los agentes de la Administración adopten precauciones ineficientes y, por lo tanto, más desaconsejable será que ésta responda objetivamente.

e.6. Influencia sobre la actividad de la Administración de su responsabilidad objetiva por los daños causados al liberar presos

A la vista de cuanto se ha expuesto, cabe hacer las siguientes consideraciones:

1ª. En estos casos, *a los efectos de propiciar que la Administración adopte precauciones óptimas* (por ejemplo, a la hora de valorar los riesgos y beneficios esperados que entraña la libertad del preso, así como de articular medidas de vigilancia y control), una regla de responsabilidad por negligencia parece claramente preferible a otra de responsabilidad objetiva. De un lado, porque esta última no mejora los incentivos económicos que los agentes públicos tienen para actuar diligentemente, pues en su virtud la Administración responde con independencia del cuidado que hubiere llevado. De otro lado, la responsabilidad por negligencia genera información valiosa acerca de cuáles son las precauciones que se tenían que haber tomado y cuáles fueron las que se tomaron efectivamente. Esta información puede ser aprovechada luego para adoptar precauciones eficientes en otros casos y, además, incentivar su adopción.

2ª. La responsabilidad objetiva incrementa el coste que para la Administración implica liberar presos, por lo que *cabe esperar que reduzca el número de casos en los que se acuerda su liberación*. No está claro, sin embargo, si esta es una consecuencia positiva o negativa para el conjunto de los ciudadanos. Depende de si el coste social de las liberaciones que se producirían bajo una regla de responsabilidad por negligencia, pero que no tendrán lugar bajo una regla de responsabilidad objetiva, es superior a su beneficio social.

En teoría, cabe pensar que estas liberaciones: (i) facilitan la reinserción de los presos en la sociedad; (ii) minoran el riesgo de que éstos vuelvan a delinquir después de cumplir sus penas; (iii) incentivan que los reclusos muestren una buena conducta durante su estancia en prisión a fin de ser liberados cuanto antes; y (iv) permiten que tanto ellos como el resto de la ciudadanía se ahorren los enormes costes que esa estancia conlleva. Pero también implican inconvenientes, principalmente: (i) disminuyen el efecto «incapacitador» de las penas de prisión e incrementan así el riesgo de que los penados delincan durante su situación de libertad y antes del cumplimiento íntegro de éstas; y (ii) debilitan el efecto disuasorio de las penas, al reducir su coste

[66] Vid. DE GEEST, «Who Should Be Immune from Tort Liability?», *Journal of Legal Studies*, 41, 2012, pp. 291-319; DE MOT/FAURE, «The Liability of Public Authorities: An Economic Analysis», en OLIPHANT (ed.), *The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, Intersentia, 2016, pp. 587-618.

esperado para los potenciales infractores[67]. Los estudios empíricos relativos a estos efectos son todavía escasos y no concluyentes. La cuestión que más interés ha suscitado es la de si el tiempo pasado en libertad condicional está correlacionado con la probabilidad de reiteración delictiva. La mayoría de los estudios publicados encuentra una correlación negativa: cuanto más tiempo ha pasado un preso en libertad condicional, menos probable es que vuelva a delinquir[68]. Otra cuestión que ha suscitado interés es la de si la sustitución de la pena de prisión por un régimen de libertad limitada con sometimiento a vigilancia electrónica reduce la reincidencia. La mayoría de los estudios encuentra este efecto[69], pero no todos[70].

En cualquier caso, si el número de liberaciones disminuye, también lo harán sus costes y beneficios. Y no está nada claro que lo que se gana por un lado supere lo que se pierde por el otro. Denominemos marginales a las liberaciones que la Administración acordaría adoptando la diligencia debida en un régimen de responsabilidad por culpa, pero no en un régimen de responsabilidad objetiva. Si los beneficios esperados de las decisiones que la Administración adopta en estos casos son, en promedio, superiores a sus riesgos para el conjunto de los ciudadanos, entonces no conviene establecer una regla de responsabilidad objetiva. Ésta sólo resultaría pertinente si, en estos casos marginales, la Administración se equivocara sistemáticamente y adoptara decisiones cuyos riesgos son, en promedio, superiores a sus beneficios para la sociedad. Pero no es ni mucho menos evidente que tal ocurra. Más bien, al contrario.

Hay razones para pensar que la Administración concede menos beneficios penitenciarios de los que debería. Es probable que la Administración internalice en mayor medida el coste social de los falsos negativos (liberaciones que son aprovechadas por el preso para cometer un delito) que el de los falsos positivos (liberaciones denegadas a pesar de que el preso no hubiera delinquido de haber quedado en libertad, que dificultan su reinserción social y que propician que éste vuelva a delinquir después de cumplir la pena correspondiente). Dicho con otras palabras, es probable

---

[67] Vid. el análisis teórico de POLINSKY/SHAVELL, «Deterrence and the Adjustment of Sentences During Imprisonment», *American Law and Economics Review*, 23(2), 2021, pp. 481-519.

[68] Vid. KUZIEMKO, «How should inmates be released from prison? An assessment of parole versus fixed-sentence regimes», *Quarterly Journal of Economics*, 128(1), 2013, pp. 371-424; ARBOUR/MARCHAND, «Parole, Recidivism, and the Role of Supervised Transition», *Working Papers tecipa-725*, University of Toronto, Department of Economics, 2022. Vid., también, CID/TÉBAR, «Libertad condicional y delincuentes de alto riesgo», *Revista Española de Investigación Criminológica*, 8(3), 2010. En cambio, ZAPRYANOVA, «The Effects of Time in Prison and Time on Parole on Recidivism», *Journal of Law and Economics*, 63(4), 2020, pp. 699-727, observa que el tiempo pasado en libertad condicional no afecta a la probabilidad de reincidencia. En MINISTERIO DE INTERIOR, *Estudio de reincidencia penitenciaria 2009-2019*, 2022, p. 51, se muestra que el porcentaje de reincidentes es mucho mayor en las personas excarceladas en libertad definitiva (24,87%) que en las excarceladas en libertad condicional (12,62%) o en aquellas cuya pena de prisión se suspendió o sustituyó por otra sanción (6,23%). Sin embargo, este y otros estudios no demuestran que el otorgamiento de los referidos beneficios penitenciarios reduzca la probabilidad de reincidencia. Resulta verosímil que exista una relación de causalidad inversa entre dichas variables y, por tanto, un sesgo de selección en esos estudios. Las personas que han disfrutado de beneficios penitenciarios reinciden menos, pero es posible que ello se deba a que en su día se les otorgaron tales beneficios en gran medida como consecuencia de que su probabilidad de reincidir era baja, y no porque aquel disfrute reduce esta probabilidad. Vid., también, CENTRE D'ESTUDIS JURÍDICS I FORMACIÓ ESPECIALITZADA, *Tasa de reincidencia penitenciaria 2020*, Generalitat de Catalunya, 2023, pp. 182-185.

[69] Vid. HENNEGUELLE/MONNERY/KENSEY, «Better at Home than in Prison? The Effects of Electronic Monitoring on Recidivism in France», *Journal of Law and Economics*, 59(3), 2016, pp. 629-667; WILLIAMS/WEATHERBURN, «Can Electronic Monitoring Reduce Reoffending?», *Review of Economics and Statistics*, 104(2), 2022, pp. 232-245.

[70] Vid. MEUER/WOESSNER, «Does electronic monitoring as a means of release preparation reduce subsequent recidivism? A randomized controlled trial in Germany», *European Journal of Criminology*, 17(5), 2020, pp. 563-584.

que las autoridades competentes para decidir no tengan suficientemente en cuenta, sobre todo, el coste social que encierra mantener en prisión a los afectados.

Cabe razonablemente suponer que el coste político y reputacional que para dichas autoridades supone incurrir en un falso negativo es mucho mayor que el de un falso positivo. En primer lugar, porque, *ceteris paribus*, los delitos cometidos por presos con ocasión del disfrute de un beneficio penitenciario o durante una análoga situación de libertad suelen tener mayor visibilidad y repercusión mediática que los cometidos después del cumplimiento de la pena correspondiente. En segundo lugar, el falso negativo implica para esas autoridades un «fracaso» que los ciudadanos pueden imputarle fácilmente en un horizonte temporal cercano y, en consecuencia, un coste personal que habrán de soportar en un momento próximo. El falso positivo, por el contrario, supone un fracaso que se producirá en un futuro más lejano y, además, es prácticamente «invisible». Resulta por ello difícil que los ciudadanos se lo imputen causalmente y reprochen a dichas autoridades. Todo lo cual diluye el coste personal que este fracaso puede tener para ellas.

3ª. La responsabilidad objetiva de la Administración por los daños causados por presos liberados propicia que sus agentes adopten medidas ineficientes dirigidas a prevenirla. Por ejemplo, dado el coste político y de oportunidad que el pago de las compensaciones derivadas de esta responsabilidad supone para el Gobierno, éste puede impulsar una reforma legislativa por la que no sólo se endurecen los requisitos establecidos para otorgar beneficios penitenciarios, sino que también se alarga la duración de las penas previstas para los delitos correspondientes, con el fin de mitigar el riesgo de reincidencia posterior, o quizás se reduce dicha duración, si la estancia en prisión tiene un coste económico demasiado elevado. En cualquier caso, es posible que ambas soluciones sean socialmente indeseables.

e.7. Influencia sobre la conducta de los potenciales perjudicados

Recordemos que, de acuerdo con la teoría económica estándar, la responsabilidad objetiva puede propiciar que las potenciales víctimas eleven su volumen de actividad por encima del punto socialmente óptimo[71]. Este resultado será especialmente pernicioso cuando dicha actividad genere graves riesgos o externalidades negativas y, por lo tanto, tales personas puedan prevenir en gran medida el riesgo de sufrir daños reduciendo ese volumen.

Además, la responsabilidad objetiva de la Administración también puede minar por otra vía los incentivos que los particulares tienen para adoptar medidas de precaución socialmente óptimas. Si la amenaza de la responsabilidad no constituye un incentivo suficiente para que los agentes públicos lleven el cuidado óptimo, porque no internalizan totalmente el coste de las indemnizaciones, es posible que lo más conveniente desde el punto de vista del bienestar social sea que las potenciales víctimas eleven su nivel de cuidado para compensar ese déficit (si las medidas de cuidado que pueden adoptar la Administración y las potenciales víctimas son bienes sustitutivos)[72]. El problema es que a estas personas seguramente no les sale a cuenta elevarlo si

[71] Vid. *supra*, 4.2.e.3.

[72] Cuando las medidas de cuidado adoptadas por la Administración y las potenciales víctimas son complementarias entre sí, el nivel óptimo de cuidado de éstas en un escenario en el que la Administración actúa negligentemente será inferior al nivel que resultaría óptimo si la Administración actuara diligentemente. Vid. DARI-MATTIACCI/GAROUPA/GÓMEZ-POMAR, «State Liability», *European Review of Private Law*, 4, 2010, pp. 794 y 795.

la Administración responde objetivamente y los poderes públicos no actúan con el cuidado debido. Elevarlo les supone entonces un coste y ningún beneficio, pues en estas circunstancias la Administración debe dejarlas indemnes en el caso de que les cause un daño. Una solución para este problema podría consistir en excluir totalmente la responsabilidad de la Administración cuando las víctimas no hayan actuado con ese nivel de cuidado especialmente elevado[73].

Los supuestos considerados en este trabajo constituyen típicamente casos de accidentes «unilaterales», en los que las víctimas poco pueden hacer para prevenir los daños correspondientes. No sólo no pueden tomar prácticamente ninguna medida de precaución eficiente para evitarlos, sino que su actividad tampoco genera un riesgo especialmente significativo de sufrir los daños correspondientes. Las víctimas suelen ser personas que, «sin comerlo ni beberlo», tienen la mala suerte de toparse con un peligroso delincuente.

> Sirva como ejemplo el caso resuelto por la STSJ de Cataluña de 26 de septiembre de 2016 (ECLI:ES:TSJCAT:2016:10156), en el que un preso que no había reingresado en prisión tras el disfrute de un permiso penitenciario asesina de manera sorpresiva y sin motivo aparente a dos personas que paseaban por la calle.

La aplicación en estos casos de una regla de responsabilidad objetiva no presenta los inconvenientes señalados en párrafos anteriores, pues las actividades de las víctimas (pasear por la calle, trabajar en un bar o en una joyería, etc.) no engendran riesgos especialmente elevados y, por lo tanto, un eventual exceso en el volumen de su realización no sería socialmente muy costoso.

Hay, sin embargo, situaciones en las que las víctimas podían haber tomado medidas de precaución eficientes con el fin de evitar el resultado dañoso o estaban desarrollando voluntariamente una actividad que conllevaba un riesgo especialmente elevado de sufrir el daño que finalmente sufrieron. Suele tratarse de casos en los que estas personas conocían la peligrosidad del delincuente y asumieron voluntariamente el riesgo que implicaba interactuar con él[74]. Aquí, por las razones expuestas, sí resulta problemático que la Administración responda objetivamente. Seguramente ello explique por qué nuestros tribunales se han mostrado sistemáticamente muy reticentes a condenar a la Administración en tales circunstancias, utilizando para ello varios argumentos.

> La SAN de 24 de abril de 2013 (ECLI:ES:AN:2013:1739) conoce de un caso en el que un preso había cometido un homicidio durante el disfrute de un permiso penitenciario tras mantener una discusión y un forcejeo violento con la víctima, después de que ésta se negara a entregarle una dosis de cierta sustancia estupefaciente. La Audiencia Nacional desestima la pretensión de responsabilidad en virtud de una aplicación estricta de la arriba citada doctrina de la peligrosidad previa: «no se ha acreditado dato que determinase la peligrosidad que el interno demostró posteriormente».
>
> En el caso enjuiciado por la SAN de 25 de febrero de 2014 (ECLI:ES:AN:2014:831), un preso aprovechó un permiso penitenciario –otorgado por un Juez– para contactar «con una mujer con la

[73] Vid., en sentido similar, DARI-MATTIACCI/GAROUPA/GÓMEZ-POMAR, *ibídem*, pp 794-796.

[74] Nótese que, de acuerdo con uno de los criterios propuestos por la teoría de la imputación objetiva (a la que me referiré *infra*, 4.3.c), no es imputable a un agente un resultado dañoso cuando la víctima asumió voluntariamente el riesgo de sufrirlo. Vid. M. MEDINA ALCOZ, *La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos*, Dykinson, 2004; COSTAS RODAL, «El alcance de la asunción del riesgo por la víctima en la práctica deportiva y espectáculos de ocio peligrosos», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 782, 2020, pp. 3945-3973.

> que mantenía relación hacía años» y hospedarse con ella en una pensión. Al poco tiempo, «en circunstancias y por motivos desconocidos el [preso] disparó con un revolver que había adquirido en los días previos contra la frente de [la mujer], que murió a consecuencia de las heridas recibidas». La Audiencia Nacional desestima la pretensión de responsabilidad, pues considera que no hubo un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.
>
> La SAN de 3 de febrero de 2021 (ECLI:ES:AN:2021:467) enjuicia un caso en el que un preso, que se encontraba en situación de búsqueda y captura por no regresar a prisión (donde cumplía una condena de 25 años por dos delitos de asesinato) después de disfrutar de un permiso, había apuñalado a otra persona, causándole la muerte. La Audiencia Nacional desestima la pretensión de responsabilidad con el argumento de que la conducta de la víctima rompió el nexo causal entre la actuación (diligente) de la Administración y el daño. A su juicio, «se ha de poner de relieve una circunstancia esencial para comprender y enmarcar los hechos acontecidos, cual es la relación personal existente entre víctima y homicida… Ambos se conocían previamente y habían coincidido en el Centro Penitenciario de Arbolote. Durante su coincidencia en el mismo Centro Penitenciario, era notoria la existencia de una incompatibilidad de caracteres y desavenencias personales… [por ello, el Centro adoptó medidas] con el fin de evitar enfrentamientos físicos entre ambos internos; lo que se consiguió plenamente. *Lo que la Administración no podía evitar era que entre ambos internos, fuera del Centro Penitenciario, siguieran teniendo contacto para el intercambio de estupefacientes, y ello, pese a que la víctima conocía el historial criminal y la peligrosidad del* [homicida]. Esta conducta de la víctima incide de forma directa en la posible apreciación de la relación de causalidad entre el daño y actuación de la Administración, al eclipsar cualquier tipo de responsabilidad de la Administración», que en todo momento actuó con la diligencia debida [la cursiva es mía].

En otras situaciones, cabe considerar incluso que la víctima pudo haber contribuido con su actuación negligente a causar el daño. La SAN de 12 de febrero de 2004 (ECLI:ES:AN:2004:923), por ejemplo, declara la responsabilidad de la Administración, si bien modera la indemnización en atención a la culpa de la víctima, al estimar que:

> «El nexo causal entre la actuación de la Administración y el daño sufrido por el actor se ha visto interferido en este caso por la conducta de éste, pues… el recurrente, contrariado por la presencia [del autor de los hechos delictivos] mientras se encontraba con [una mujer] en el vehículo, salió de éste enfrentándose con aquél, intercambiando golpes, para, a continuación, dirigirse a un contenedor cercano, de donde tomó un tablón con el que pretendió golpear a [dicho autor], momento en el que éste sacó un estilete de entre sus ropas que clavó en el cuello del actor, produciéndole las lesiones y secuelas antes descritas. En consecuencia, es claro que la conducta del actor ha jugado un papel decisivo, determinante, aunque no exclusivo, en la producción final del resultado lesivo, lo que nos lleva, conforme a reiterada jurisprudencia… a entender que, aun subsistiendo la responsabilidad patrimonial de la Administración, la indemnización procedente en este caso ha de ser convenientemente modulada».

La responsabilidad objetiva de la Administración no presenta el referido problema si los jueces pueden excluirla cuando la víctima «asumió voluntariamente el riesgo» de interactuar con el correspondiente preso o intervino negligentemente en la producción del daño. La pega es que a veces no podrán excluirla, pues no siempre serán capaces de observar que la víctima incurrió en alguno de estos dos comportamientos.

4.3. No todos los daños ocasionados por quienes «deberían haber estado en prisión» son imputables a la Administración

a. Incertidumbre causal

El mero hecho de que una persona que «debería haber estado en prisión» haya participado en la comisión de un delito dañoso no permite inexorablemente afirmar que la actuación administrativa por mor de la cual estaba en libertad es condición necesaria del daño y, por lo tanto, causa de éste.

Es posible que, en determinadas circunstancias, no quepa concluir con la suficiente certeza que el daño no se hubiera producido si dicha persona hubiera estado en prisión. Por ejemplo, en el caso del secuestro de Publio Cordón por los GRAPO, una de las personas que participó directamente en el delito (la que se encargó de vigilar y custodiar al secuestrado) se había fugado de prisión tres años antes. Tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo consideraron que no hubo un nexo causal entre la fuga y el daño, pues era probable que el secuestro se hubiera producido igualmente aunque ésta no hubiera tenido lugar. Y ello porque:

1. Se trataba del hecho delictivo de una organización terrorista que se había planificado conjuntamente por varias personas.
2. No había quedado acreditado que el delito respondiese a la decisión única o determinante de la fugada. Al contrario, había otras personas que habían jugado un papel más relevante.
3. El hecho delictivo se cometió en beneficio de la organización terrorista (para financiar su actividad) y sin conexión temporal ni causal con la fuga, pues «no se realizó con ocasión, motivo o como consecuencia de la misma, ni constituye presupuesto necesario para llevarla a efecto, sino que tiene lugar tres años después y en el marco de actuaciones de la organización terrorista en ese momento y no el de la fuga»[75].

En otras ocasiones, puede haber una elevada incertidumbre acerca de si el delincuente hubiera estado en libertad de no haber tenido lugar la actuación administrativa cuestionada.

> Sirva como ejemplo el caso resuelto por la SAN de 2 de diciembre de 2019 (ECLI:ES:AN:2019:4591), en el que «se había producido un anormal funcionamiento de la Administración de Justicia consistente en una injustificada y excesiva demora en la ejecución de las penas de prisión» a las que había sido condenada la persona que posteriormente cometió un asesinato. La existencia de un nexo causal era, sin embargo, dudosa, pues el autor de los hechos «podría [haberse hallado] en situación de libertad el día del asesinato, como consecuencia de la aplicación de beneficios penitenciarios. Por lo que, en tal caso, una mayor rapidez en la ejecución de la pena no hubiera afectado al resultado, lo que eliminaría el nexo causal entre éste y el funcionamiento anormal, aunque tampoco cabe excluir que el cumplimiento de la pena hubiera podido producir un eventual efecto rehabilitador». La Audiencia Nacional terminó aplicando aquí una regla de responsabilidad proporcional[76]. Es decir, declaró responsable al Estado, pero moderó la indemnización en atención a las referidas dudas relativas a la existencia del nexo causal (y, además, a que la demora en la ejecución de la primera sentencia condenatoria no fue el «factor preponderante» en la producción del daño).

[75] STS de 12 de diciembre de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:7652). Vid., también, la SAN de 23 de julio de (ECLI:ES:AN:2002:4770).

[76] Sobre esta solución, vid., por todos, L. MEDINA ALCOZ, *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, Civitas, 2018.

b. Para imputar un daño a la Administración no basta que su actuación haya sido condición necesaria de aquél

Recordemos que, en su sentencia de 16 de diciembre de 1997 (ECLI:ES:TS:1997:7725) y en otras posteriores, el Tribunal Supremo afirma que la determinación de si el daño causado por el tercero en situación de libertad es «consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos» y, por lo tanto, resulta imputable a la Administración ha de hacerse (sólo) con arreglo a la teoría de la *conditio sine quae non*. A su juicio, debe considerarse que el daño ha sido causado por la Administración y es imputable a ella si, de no haber tenido lugar la correspondiente actuación administrativa, el daño no se hubiese producido. Las teorías, como la de la causalidad adecuada, que exigen la concurrencia de requisitos adicionales para afirmar la existencia de un nexo causal entre dicho funcionamiento y el daño serían incompatibles con el carácter objetivo de la responsabilidad de las Administraciones públicas.

Esta doctrina es insostenible. En primer lugar, porque, como ya hemos visto, la responsabilidad de las Administrativas públicas no es *de facto* objetiva ni debería serlo, como regla general. En segundo lugar, la teoría de la causalidad adecuada no es lógicamente incompatible con la aplicación de una regla de responsabilidad objetiva[77]. Se trata de dos problemas distintos. Por un lado, el de precisar si se requiere o no que los servicios públicos hayan funcionado negligentemente para que responda la Administración. Por otro lado, el de averiguar qué daños son imputables al funcionamiento de esos servicios. Así, en este trabajo, hemos de preguntamos primero si el Estado responde objetivamente o por negligencia de los daños cometidos por presos con ocasión del disfrute de un permiso penitenciario. A continuación, hemos de plantearnos si esta responsabilidad cubre todos los daños causados por los presos en tales casos o, por el contrario, hay algunos daños de los que el Estado no responde (por ejemplo, de los provocados por accidentes de circulación o domésticos de los reclusos). En tercer lugar, dicha doctrina contradice manifiestamente lo afirmado por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en varias sentencias, en las que se acoge explícitamente la teoría de la causalidad adecuada u otras equivalentes[78], teoría que también invocan con frecuencia otros órganos de la Jurisdicción contencioso-administrativa[79].

Y, finalmente, esta doctrina jurisprudencial conduce a resultados prácticos manifiestamente inaceptables, sobre todo si se combina con una regla de responsabilidad objetiva, como hace la tantas veces citada STS de 16 de diciembre de 1997 (ECLI:ES:TS:1997:7725). En virtud de esta combinación, las Administraciones públicas responderían, por ejemplo, de todos los daños causados por los particulares en el desarrollo de actividades que se llevan a cabo en virtud de una autorización administrativa previa. El Estado debería resarcir así, entre otros muchos, prácticamente todos los daños derivados de accidentes de tráfico, pues si no hubiera otorgado

[77] Nótese que, por ejemplo, GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho administrativo*, Civitas, t. II, 2022, se han mostrado partidarios tanto del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas como de la teoría de la causalidad adecuada.

[78] Vid., entre otras, las SSTS de 5 de diciembre de 1995 (ECLI:ES:TS:1995:6155), 28 de noviembre de 1998 (ECLI:ES:TS:1998:7123) y 8 de marzo de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:1006).

[79] Vid. PASTOR MERCHANTE, «Análisis de la litigiosidad administrativa y contencioso-administrativa en materia de responsabilidad patrimonial», en DÍAZ SASTRE (dir.), *Informe sobre la Justicia Administrativa*, CIJA-UAM, años 2017 (p. 181), 2018 (p. 169), 2019 (p. 160), 2020 (p. 163), 2021 (p. 174) y 2022 (p. 175).

los correspondientes permisos de conducir, no se hubieran producido estos accidentes. Sin embargo, el sentido común y la práctica judicial desmienten rotundamente esta conclusión[80], que se infiere lógicamente de la referida doctrina.

c. *Causalidad adecuada, imputación objetiva y otros criterios análogos*

c.1. Contenido

Numerosas disposiciones legislativas establecen que las personas que hayan *causado* un resultado dañoso responderán civil o penalmente de él si, además, concurren otros requisitos (como el dolo o la negligencia). Tanto en el caso de la responsabilidad penal como en el de la civil, tanto en el Derecho español como en el de otros muchos países, existe un amplio consenso acerca de que esa relación de causalidad no ha de entenderse simplemente en el sentido de la teoría de la *conditio sine qua non*. Para afirmar la existencia de semejante nexo causal entre una acción (u omisión) y un resultado no basta que pueda considerarse que éste no se hubiera producido de no haber tenido lugar aquélla. Hace falta algo más.

> Por ejemplo, en el llamado «caso Peñaranda», resuelto por la STS (Civil) de 22 de febrero de 1946 (ECLI:ES:TS:1946:413), unos obreros se encontraban trabajando para su empresa en domingo, infringiendo la normativa en materia de descanso dominical, cuando un polvorín cercano estalló, ocasionando su muerte. Las víctimas exigieron la responsabilidad civil del empresario porque hubo una evidente negligencia y era seguro que, sin ella, los daños no se habrían producido. Pero su demanda fue rechazada.
>
> En el caso *Berry v. Sugar Notch Borough* (191 Pa. 345, 43 A. 240), al conductor de un vehículo que circulaba a una velocidad superior a la permitida se le había caído encima un árbol que se hallaba en un estado peligroso como consecuencia de la negligente actuación de la entidad municipal competente para su conservación. El Tribunal Supremo de Pennsylvania, en sentencia de 8 de mayo de 1899, estimó que el exceso de velocidad no podía ser considerado causa del accidente. Y ello a pesar de que, como alegaba la contraparte, la (excesiva) velocidad a la que conducía la víctima era lo que la había traído al lugar del accidente en el momento en el que éste ocurrió.

De acuerdo con la teoría de la causalidad adecuada, de origen alemán, la conducta en cuestión ha de ser «normalmente idónea» para determinar el resultado dañoso acontecido, tomando en consideración todas las circunstancias del caso[81].

Una función equivalente cumple la teoría –también de origen alemán– de la imputación objetiva, que ha tenido un gran éxito en el Derecho español, sobre todo en el ámbito penal[82], pero también en el de la responsabilidad civil[83], aunque aquí ha sido objeto de severas críticas propiciadas por

---

[80] Vid. LAGUNA DE PAZ, «Responsabilidad de la Administración por daños causados por el sujeto autorizado», *Revista de Administración Pública*, 155, 2001, pp. 27-57.

[81] Vid. BARROS BOURIE, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 395-401; REGLERO CAMPOS/MEDINA ALCOZ, «La relación causal», en REGLERO CAMPOS y BUSTO LAGO (eds.), *Tratado de responsabilidad civil*, Aranzadi, 2014, t. I, pp. 780-787.

[82] Vid., por ejemplo, MIR PUIG, «Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho Penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 5, 2003.

[83] Vid. PANTALEÓN PRIETO, «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», en *Centenario del Código Civil: (1889-1989)*, CEURA, vol. 2, 1990, pp. 1561-1592; SALVADOR CODERCH/RUBÍ PUIG, «Imputación objetiva», en

el defectuoso uso que de ella ha hecho la Sala primera del Tribunal Supremo[84]. De acuerdo con esta teoría, un resultado dañoso sólo es atribuible a la conducta de una persona si se cumplen ciertos requisitos o criterios, de entre los cuales destacan los dos siguientes, estrechamente relacionados entre sí:

1. *Incremento del riesgo*. Un daño sólo puede imputarse a una conducta cuando ésta incrementó *ex ante* el riesgo de que dicho daño se produjera y tal riesgo se materializó finalmente en el resultado dañoso. Este criterio explicaría, por ejemplo, la solución del citado caso *Berry*: conducir un automóvil a una velocidad excesiva no incrementa *ex ante* el riesgo de que a uno le caiga un árbol en la cabeza.
2. *Finalidad de la norma de protección*. La infracción de una norma de cuidado cuya finalidad es prevenir determinados daños no hace imputable a esa infracción otros resultados dañosos. Este criterio explicaría la solución del caso *Peñaranda*: la prohibición del trabajo dominical era garantizar el descanso de los trabajadores, no prevenir accidentes como el que aquí tuvo lugar.

En el Derecho anglosajón se afirman reglas de contenido similar. En la sistematización elaborada al respecto por el AMERICAN LAW INSTITUT puede leerse que «el Derecho de la responsabilidad civil no impone responsabilidad a un agente por todo el daño causado fácticamente por su conducta ilícita». Las dos reglas fundamentales que limitan el alcance de esta responsabilidad son las siguientes:

1. «*Un agente no es responsable por un daño cuando el aspecto reprochable de su conducta es de aquellos que generalmente no incrementa el riesgo de ese daño*»[85].
2. «*La responsabilidad del agente se limita a aquellos daños que se derivan de los riesgos que hicieron ilícita su conducta*»[86]. En virtud de esta regla, estarían excluidos de la responsabilidad del agente: (i) los «riesgos razonables», que derivan de actividades cuyos beneficios sociales esperados son superiores a ellos; (ii) los «riesgos casuales», como los considerados en el arriba citado asunto *Berry*, que no se hubieran materializado en el caso concreto si el agente hubiera actuado diligentemente, aunque la negligencia del agente no los incrementó *ex ante*; (iii) los «riesgos imprevisibles»; (iv) los «riesgos inusuales o anormales»; (v) los «riesgos ordinarios o generales», que existen aun cuando

---

SALVADOR/RAMOS/GÓMEZ/RUBÍ/LUNA/MILÀ, *Derecho de daños. Análisis, aplicación e instrumentos comparados*, InDret, 2023, pp. 236-273; BLASCO GASCÓ, «La imputación objetiva del daño», en CLEMENTE MEORO/COBAS COBIELLA (dirs.), *Derecho de Daños*, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 429-450; YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil extracontractual*, Dykinson, 2022, pp. 213-234. Sobre la aplicación de esta teoría a la responsabilidad civil de las Administraciones públicas, vid. BELADÍEZ ROJO, *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Tecnos, 1997; MIR PUIGPELAT, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*, Civitas, 2000; L. MEDINA ALCOZ, «Imputación objetiva y Administración pública», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 219, 2022, pp. 27-58.

[84] Vid. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables,* Comares, 2008; PEÑA LÓPEZ, *Dogma y realidad del Derecho de daños: Imputación objetiva, causalidad y culpa en el sistema español y en los PETL*, Aranzadi, 2011; ÁLVAREZ OLALLA (coord.), *Nuevas perspectivas en la responsabilidad civil. Revisión crítica de la imputación objetiva*, Aranzadi, 2022.

[85] AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm*, 2010, vol. 1, § 30.

[86] Ibídem, § 29.

> el agente haya actuado diligentemente; (vi) los riesgos que se materializan como consecuencia de la interposición de una causa ajena, como la conducta de otra persona o un evento natural, y que no se hubieran materializado sin esa interposición; y (vii) los riesgos diferentes de aquellos que la norma infringida por el agente trataba de prevenir[87].

Los «Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil» contienen reglas similares. En su artículo 3:201 se prevé que:

> «Si una actividad es causa en el sentido de la Sección 1 de este Capítulo [cuyo primer artículo, rotulado *conditio sine qua non*, prevé que "una actividad o conducta (en adelante, actividad) es causa del daño de la víctima si, de haber faltado tal actividad, el daño no se hubiera producido"], la cuestión de si puede ser imputada a una persona y en qué medida depende de factores como los siguientes:
>
> a) la previsibilidad del daño para una persona razonable en el momento de producirse la actividad considerando, en especial, la cercanía en el tiempo y en el espacio entre la actividad dañosa y su consecuencia, o la magnitud del daño en relación con las consecuencias normales de tal actividad;
>
> ...
>
> d) el alcance de los riesgos ordinarios de la vida; y
>
> e) el fin de protección de la norma que ha sido violada».

c.2. Justificación

Uno de los problemas que plantean estos criterios es que no está en absoluto claro cuál es su fundamento, su justificación, la razón por la cual hay que emplearlos, máxime cuando, como ocurre en el Derecho español, no han sido previstos por el legislador. Es frecuente que a estos efectos se invoquen simplemente razones de «justicia» y «sentido común», lo que no resulta muy esclarecedor ni convincente, ni tampoco contribuye a hacer su manejo racional y predecible. A pesar de las decenas de miles de páginas que sobre esta teoría se han escrito durante décadas, aquí aún «sigue reinando una gran confusión»[88].

El análisis económico del Derecho pone de manifiesto que normalmente hay una buena razón para utilizar esos criterios: su aplicación conduce en líneas generales a resultados eficientes, que maximizan la satisfacción global de los intereses legítimos y principios jurídicos en juego.

Desde un punto de vista económico, el criterio fundamental para imputar un daño a una conducta es el de la prevención eficiente. Si las normas de responsabilidad civil deben crear los incentivos adecuados para que las personas eventualmente implicadas en los accidentes se comporten de manera que se minimice la suma de todos los costes sociales derivados de éstos, sólo tiene

---

[87] GILEAD/GREEN, «Positive Externalities and the Economics of Proximate Cause», *Washington and Lee Law Review*, 74(3), 2017, pp. 1517-1566.

[88] GIMBERNAT ORDEIG, «En defensa de la teoría de la imputación objetiva contra sus detractores y –también– contra algunos de sus partidarios», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 73, 2020, p. 12.

sentido hacer responder de los daños resultantes a quienes pueden prevenirlos con medidas eficientes, cuyos beneficios esperados superan a sus costes para la sociedad. Si imputáramos daños a conductas realizadas por sujetos que no podían prevenirlos eficientemente, estaríamos incentivando que los sujetos que se encuentran en una situación similar tomen precauciones ineficientes para evitarlos. Es más, lo ideal sería hacer responder de los daños a las personas que en cada caso pudieron haberlos evitado con un menor coste (criterio del *cheapest cost avoider*[89]), pues así se induce a quienes se encuentran en una situación análoga a evitarlos con cautelas óptimas y, de este modo, se minimizan los costes sociales derivados de los correspondientes accidentes.

De este criterio deriva la regla del *incremento del riesgo (neto)*. Sólo tiene sentido imputar un daño a la conducta de un individuo si ésta, en el momento de realizarse (*ex ante*), elevaba el riesgo (en términos netos) de que otros individuos sufrieran daños y éstos finalmente se materializaron.

Si una persona genera con su actividad (diligente o negligente) un riesgo de causar daños a otras personas (es decir, una externalidad negativa) y no responde cuando esos daños se materializan, tenderá a realizar dicha actividad en un volumen superior al socialmente óptimo. Para evitar este resultado, se requiere que se internalice esa externalidad, que dicha persona soporte esos costes externos excesivos que su actividad genera, lo que se consigue obligándola a compensar los daños correspondientes con una indemnización equivalente a la magnitud de éstos, es decir, igual a las externalidades negativas que ha generado, cuando éstas se han materializado efectivamente.

Conviene tener en cuenta, también, que si la actividad desarrollada por un individuo engendra externalidades positivas (beneficios para otras personas por los cuales éste no puede obtener una recompensa) dicha actividad tenderá a realizarse en una medida inferior a la socialmente óptima, como consecuencia de que dicho agente no queda plenamente recompensado por todos los beneficios sociales que produce y, por lo tanto, no tiene los alicientes económicos suficientes para desarrollarla en el nivel que sería óptimo para la sociedad.

Se comprenderá, pues, que a los efectos de configurar esa obligación de resarcimiento hay que tener en cuenta no sólo las externalidades negativas generadas por la correspondiente actividad riesgosa, sino también las positivas. Imaginemos que éstas últimas son superiores a las segundas. Ningún sentido tendría en tal caso hacer responder al agente por los daños causados al desarrollarla, pues ello la desincentivaría. De ahí que para determinar el alcance de la responsabilidad deba tenerse en cuenta en qué medida la actividad considerada engendra externalidades negativas *netas*, es decir, incrementa en *términos netos* el riesgo de que otras personas sufran perjuicios. En principio, sólo estará justificada la responsabilidad si las externalidades negativas producidas por la actividad superan a las positivas, y en la medida en que las superen[90].

Conviene tener en cuenta, asimismo, que una misma actividad puede generar diversos tipos de daños (o riesgos) y, correlativamente, una misma precaución puede prevenir distintas clases de daños (o riesgos). Fijémonos en el arriba citado caso Peñaranda. El incumplimiento de la

---

[89] CALABRESI, *The Cost of Accidents*, Yale University Press, 1970, pp. 139 y ss.

[90] Vid. el excelente trabajo de GILEAD/GREEN, «Positive Externalities and the Economics of Proximate Cause», *Washington and Lee Law Review*, 74(3), 2017, pp. 1517-1566.

prohibición de trabajar en domingo encierra, cuando menos, (i) el riesgo de que el descanso y la vida privada y familiar de los trabajadores se vean menoscabados y, además, (ii) el riesgo de que algunos de ellos mueran o sufran graves lesiones si un polvorín cercano explota en domingo. El respeto de la referida prohibición enerva ambos riesgos. Es claro, sin embargo, que ésta constituiría una medida desproporcionada si únicamente sirviera para prevenir el segundo riesgo. De un lado, porque la probabilidad de que ocurra una explosión tal puede considerarse muy baja y, por lo tanto, los beneficios derivados de evitar el correspondiente accidente serían seguramente inferiores a los significativos costes que esta medida supondría para muchas empresas. De otro lado, cabe pensar que esta medida resultaría inútil o incluso contraproducente para proteger la vida y la salud de los trabajadores frente a las explosiones de polvorines cercanos. Supongamos que el riesgo de explosión es el mismo todos los días de la semana y que los obreros trabajan las mismas horas semanales se respete o no la mentada prohibición. En tal caso, el incumplimiento de ésta incrementaría el riesgo soportado por cada trabajador de sufrir la explosión en domingo, pero también reduciría, exactamente en la misma medida, el riesgo de cada trabajador de sufrir un accidente análogo cualquier otro día de la semana. El incumplimiento generaría a este respecto una externalidad negativa y otra positiva de la misma magnitud, que se neutralizarían entre sí. Hacer responder al titular de la empresa por estos daños resultaría por ello ineficiente. La solución sería todavía peor si el domingo fuera el día de la semana en el que el riesgo de explosiones es menor.

Acaso alguien pueda pensar que la responsabilidad por este segundo riesgo es socialmente beneficiosa, en tanto en cuanto refuerza los incentivos de los empresarios para respetar la referida prohibición y enervar así el primero de los riesgos señalados. Pero es muy dudoso que este beneficio resulte lo suficientemente elevado como para compensar sus costes. De una parte, porque la responsabilidad por la materialización del primer riesgo y la perspectiva de recibir sanciones administrativas o incluso penales en caso de incumplimiento de la prohibición de trabajo dominical darán a muchos empresarios incentivos suficientes para cumplir la norma. De otra parte, este «exceso de responsabilidad» puede provocar que los empresarios tomen medidas de precaución ineficientes dirigidas a evitarlo.

Imaginemos un mundo en el que: (i) los empresarios y los jueces supieran siempre exactamente cuáles son las medidas de precaución óptimas, exigibles y efectivamente observadas en cada caso, así como la magnitud de los daños ocasionados; (ii) las víctimas de la materialización del primer riesgo reclamaran siempre responsabilidad; (iii) los empresarios fueran siempre solventes, etc. En un mundo imaginario tal, la responsabilidad civil por el primer riesgo representaría un incentivo suficiente para que los empresarios respetaran la prohibición de trabajo dominical. Hacerles responder también por el segundo riesgo no generaría un beneficio adicional para la sociedad, pero tampoco coste alguno, pues, para eludir dicha responsabilidad, los empresarios no necesitarían adoptar más precauciones que la de observar la prohibición.

El problema es que vivimos en un mundo en el que la información suele ser imperfecta, donde existe muchas veces incertidumbre acerca de las medidas de precaución que deberían haber sido adoptadas por los causantes de daños y cuya omisión desencadena su responsabilidad, lo que propicia que éstos y los jueces se equivoquen al determinarlas. En un mundo tal dichos agentes pueden verse obligados a responder por negligencia a pesar de haber actuado con la diligencia a su juicio debida. Ello puede ocurrir bien porque se equivocaron en este punto o bien porque los jueces que conocieron del caso hicieron lo propio. Así las cosas, la amenaza de esta responsabilidad puede inducirles a tomar precauciones excesivamente costosas para la sociedad.

Imaginemos que el trabajo dominical está prohibido sólo en algunas circunstancias, descritas por la ley en términos poco claros. Supongamos que la ley establece que sólo se podrá trabajar en aquellos domingos en los que resulte estrictamente necesario y proporcionado para asegurar el buen funcionamiento de la empresa, teniendo en cuenta sus características y las necesidades de descanso de sus empleados. La aplicación de esta disposición suscita muchas dudas. De acuerdo con la jurisprudencia, para determinar si en una empresa se puede trabajar en un determinado domingo hay que ponderar los beneficios que a los trabajadores reportaría el descanso dominical obligatorio y los perjuicios económicos que éste ocasiona a la empresa. El riesgo de aplicar incorrectamente este criterio jurisprudencial es considerable. De hecho, los empresarios cometen muchos errores, especialmente en los casos dudosos, en los que existe poca diferencia entre los costes y los beneficios que conlleva descansar en un determinado domingo.

Imaginemos que los empresarios no responden por la materialización del segundo riesgo, sino sólo por la del primero. Bajo esta regla, el coste de los errores de exceso de precaución (descansar en un domingo en el que era lícito trabajar, de acuerdo con lo que hubieran declarado los tribunales de haber llegado el caso a su conocimiento) es similar al de los errores de defecto de precaución (trabajar en un domingo en el que no se podía, según los tribunales). En los referidos casos dudosos, los costes y beneficios marginales que tanto para la sociedad como para el empresario se derivan de trabajar en un concreto domingo son muy parecidos, por lo que los costes de los dos tipos de errores también lo serán. Existe una aproximada simetría entre ambos. El coste que un empresario soporta cuando sus trabajadores descansan en un domingo en el que podían haber trabajado se acerca mucho al coste que soporta al responder de los daños sufridos por los trabajadores en su vida privada y familiar al trabajar un domingo en el que debían haber descansado. Ello determina que los empresarios no tengan especial interés en evitar unos errores u otros, por lo que en principio adoptarán una solución que minimice la probabilidad de cometer errores, ya sea por defecto o por exceso. Habida cuenta de que el coste social de ambos errores coincide con el coste personal que éstos tienen para los empresarios, dicha solución es no sólo la que maximiza su bienestar, sino también el del conjunto de la sociedad.

Si, por el contrario, los empresarios responden por la materialización de los dos riesgos, se creará una asimetría entre los dos tipos de errores. Esta regla deja inalterado el coste que para los empresarios supone el exceso de precaución, pero eleva el del defecto de precaución, pues ahora éstos deberán soportar no sólo el coste los daños sufridos por los trabajadores en su vida privada y familiar al trabajar indebidamente un domingo, sino también el riesgo de las correspondientes explosiones. Esta regla incentivará así que los empresarios adopten medidas de precaución ineficientes con el fin de eludir su responsabilidad por el segundo de los dos riesgos citados. Es probable, por ejemplo, que cierren algunos domingos a pesar de que los costes sociales de esta solución superan a sus beneficios. Recordemos que el descanso dominical constituye una medida costosa e inútil para prevenir el riesgo de que los empleados sufran daños como consecuencia de la explosión de un polvorín cercano. El problema se agravará considerablemente si se obliga a los empresarios a responder de cualesquiera daños sufridos por sus empleados mientras trabajaban en domingo (derivados de atentados terroristas, robos, asesinatos, inundaciones, etc.), por el mero hecho de haber infringido la norma que imponía el descanso dominical. De ahí que estos riesgos deban quedar excluidos de la esfera de la responsabilidad de los empresarios.

En suma, los agentes que generan con su actividad diversos riesgos sólo deberían responder de aquellos que puedan prevenir eficientemente[91], lo que sólo ocurre si dicha actividad, en el momento de realizarse, incrementa *en términos netos* el riesgo en cuestión.

d. El supuesto de los daños causados por personas que estaban fuera de prisión por mor de una actuación administrativa

La actuación administrativa en virtud de la cual una persona sospechosa de haber cometido un delito penado con prisión o condenada por ello queda en libertad genera diversos riesgos, por ejemplo: (1) el riesgo de que esa persona no cumpla íntegramente la pena correspondiente y, de esta manera, quede mermada la eficacia disuasoria de ésta y, a la postre, aumente el riesgo de que ese y otros individuos cometan más delitos; (2) el peligro de que esa persona aproveche su situación de libertad para delinquir; y (3) el riesgo de que en dicha situación tenga un accidente de tráfico o uno doméstico que provoque el incendio del edificio en el que tiene su domicilio. Por consiguiente, impedir que esa persona quede en libertad previene, al menos, esos tres mismos riesgos.

De acuerdo con la doctrina sentada por la STS de 16 de diciembre de 1997 (ECLI:ES:TS:1997:7725), la Administración debería responder de la materialización de los tres riesgos, pues en los tres casos su actuación fue una condición necesaria de los resultados dañosos. Éstos no se hubieran producido si aquélla no hubiera permitido que la persona que los causó directamente quedara en libertad.

Sin embargo, es muy cuestionable que la Administración tenga que responder siempre de estos y otros riesgos análogos generados al dejar en libertad a un recluso. Parece claro que la Administración no debería responder de la materialización de aquellos riesgos que la pena de prisión no tiene por finalidad prevenir. Los daños originados por accidentes de tráfico o domésticos, por lo tanto, deberían quedar fuera del alcance de su responsabilidad. De un lado, porque muchas veces la actuación administrativa en cuestión no habrá incrementado *ex ante* el riesgo *neto* de que se produzcan tales accidentes. Pongamos por ejemplo que la Administración se retrasa negligentemente en la ejecución de una pena de prisión de cinco años y, durante el periodo de demora, el condenado causa un accidente de circulación con resultado de muerte. El retraso en ejecutar la pena incrementa, ciertamente, el riesgo de que se produzca ese daño accidental antes de que el condenado ingrese en prisión, pero también reduce, exactamente en la misma medida, el riesgo de que se produzca el mismo resultado después del momento en el que el condenado hubiese salido de prisión, si no hubiera tenido lugar la demora. En otras palabras: el retraso no incrementa *ex ante* el riesgo neto de este tipo de accidentes. Ejecutar puntualmente la pena constituye, pues, una medida inútil para prevenirlos. Por otro lado, es también claro que, incluso en el caso de que fuera adecuada para minorar dicho riesgo, tal precaución resultaría excesivamente costosa a estos efectos, tanto para los penados como para la sociedad en su conjunto.

En fin, meter en prisión a la gente es una medida claramente inútil y desproporcionada para prevenir semejantes accidentes. Su finalidad no es esa, obviamente. De ahí que resulte desproporcionado hacer responder a la Administración en tales casos. Como ya hemos visto en

[91] Vid. FENNELL, «The Gun and the Paperweight: Risk Control Services and Disservices», *Journal of Tort Law,* 15(1), 2022, pp. 67-107.

el anterior epígrafe, esta responsabilidad no sólo no reportaría beneficio preventivo social alguno, sino que probablemente induciría a las autoridades que en mayor o menor medida soportan su coste a tomar precauciones ineficientes dirigidas a eludirla. La amenaza de la responsabilidad civil podría alcanzar una magnitud considerable, habida cuenta de los accidentes de todo tipo que los penados pueden ocasionar durante los periodos de demora y de las dudas que pueden suscitarse acerca de si los retrasos fueron o no excusables. Así las cosas, podría ocurrir, por ejemplo, que dichas autoridades impulsaran una reforma legislativa o una aplicación de la normativa vigente que permitiera incrementar el número de casos en los que los acusados de cometer un delito quedan en prisión provisional, con el objeto de evitar los referidos retrasos y las consiguientes responsabilidades.

El caso del segundo riesgo es más dudoso. No está del todo claro que las actuaciones administrativas que lo generan (por ejemplo, propiciar con una negligencia la fuga de un preso, su excarcelación prematura o el retraso en la ejecución de la pena) incrementen siempre *en términos netos* el riesgo de que los penados cometan un nuevo delito. Desde luego, si no lo incrementan, resultará desproporcionado hacer responsable a la Administración de los daños resultantes, por las razones señaladas antes. Con todo, cabe razonablemente pensar que dichas actuaciones sí lo incrementan, en la medida en que el tiempo pasado en prisión reduce la probabilidad de volver a delinquir[92]. Si el cumplimiento de la pena privativa de libertad tiene realmente un efecto rehabilitador y mitigador del riesgo de reiteración delictiva, este riesgo será mayor en el periodo inmediatamente anterior al inicio de la ejecución de la condena que en el inmediatamente posterior.

Otra cosa es que merezca la pena encarcelar a la gente simplemente para enervar ese mayor riesgo. Ésta es una medida costosísima, tanto para los individuos que la sufren directamente como eventualmente para otras personas cercanas (v. gr., los familiares de los anteriores) y, en general, para la sociedad en su conjunto, que ha de sufragar el sistema penitenciario. Cabe razonablemente pensar que esta precaución es proporcionada (sólo) cuando hay un elevado riesgo *ex ante* de que el condenado cometa un grave delito, pues (sólo) entonces los beneficios de adoptarla compensan sus enormes costes. Para ello se requiere que en el momento de su adopción exista una elevada probabilidad de que dicho individuo incurra en una grave infracción penal y cause un serio daño. Por el contrario, la precaución resulta desproporcionada en los casos en los que tal riesgo es relativamente bajo. En estos últimos casos, por las razones apuntadas anteriormente, hacer responder a la Administración por los daños resultantes de la reiteración delictiva puede inducir a las autoridades a tomar precauciones ineficientes con el objeto de prevenirlos.

---

[92] Este efecto se observa en algunos estudios empíricos, como los de BARBARINO/MASTROBUONI, «The Incapacitation Effect of Incarceration: Evidence from Several Italian Collective Pardons», *American Economic Journal: Economic Policy*, 6(1), 2014, pp. 1-37; ROSE/SHEM-TOV, «How Does Incarceration Affect Reoffending? Estimating the Dose-Response Function», *Journal of Political Economy*, 129(12), 2021, pp. 3302-3356; BHULLER/DAHL/LØKEN/MOGSTAD, «Incarceration, Recidivism, an Employment», *Journal of Political Economy*, 128(4), pp. 1269-1324. En cambio, no se observa en otros, como el realizado por ZAPRYANOVA, *JLE*, 2020. Tras revisar la literatura existente, NAGUIN/CULLEN/JONSON, «Imprisonment and Reoffending», *Crime and Justice*, 38, 2009, pp. 115-200, concluyen que, en comparación con las sanciones no privativas de libertad, la pena de prisión parece tener un efecto nulo o levemente criminógeno respecto de la conducta criminal futura. A una conclusión semejante (las penas privativas de libertad no afectan a la reincidencia o incluso la incrementan ligeramente en comparación con las no privativas de libertad) llegan PETRICH/PRATT/JONSON/CULLEN, «Custodial Sanctions and Reoffending: A Meta-Analytic Review», *Crime and Justice*, 50(1), 2021, pp. 353-424.

De ahí que resulte cuestionable que los tribunales españoles hagan responder a la Administración de los daños resultantes de *todos los delitos* cometidos por presos evadidos de prisión –en ocasiones, tras disfrutar de un beneficio penitenciario–, con independencia del *tiempo transcurrido* desde la evasión, de la *probabilidad ex ante* de que el penado delinquiera nuevamente y de la *gravedad de los delitos* correspondientes. Hay casos verdaderamente llamativos. Por ejemplo:

> La STS de 31 de octubre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:7511) declara la responsabilidad del Estado por los daños causados por un recluso al asesinar al hijo de los recurrentes *siete años y cuatro meses después* de no regresar a prisión tras disfrutar de un permiso de salida de fin de semana.
>
> La SAN de 11 de octubre de 2006 (ECLI:ES:AN:2006:4246) condena a la Administración a resarcir los daños causados a los recurrentes por el asesinato de un familiar cometido por un recluso *cuatro años y cinco meses después* de no reincorporarse al centro penitenciario en el que cumplía condena tras un permiso.

Repárese en los efectos negativos que hacer responder a la Administración en estos y otros casos similares puede tener respecto de su buen funcionamiento. Imaginemos que las autoridades competentes estiman –acertadamente– que el beneficio social esperado de intentar capturar a Cayo, un individuo sospechoso de haber cometido delitos graves y que probablemente va a seguir cometiéndolos si no se le detiene, es de 45.000 euros. Y que el beneficio social esperado de intentar atrapar a Ticio, un ladrón de poca monta que quebrantó su condena de tres años de prisión con ocasión del disfrute de un permiso de salida, es de 30.000 euros. *Ceteris paribus*, el Estado debería invertir más recursos en tratar de capturar a Cayo que en hacer lo mismo con Ticio, pues la utilidad social de la primera alternativa es mayor que la de la segunda. Sin embargo, dicha responsabilidad puede hacer que el Estado invierta más en detener a Ticio, si la cuantía esperada de las indemnizaciones que habría de pagar por los daños causados por éste excede de 15.000 euros. La razón es bien sencilla: *ceteris paribus*, los delitos de Ticio le cuestan al Estado y a sus agentes más que los de Cayo, ya que la Administración debe resarcir los daños causados por la actividad criminal de aquél, pero no los daños análogos ocasionados por éste. Semejante responsabilidad incentiva así que se haga un uso ineficiente de los recursos públicos, en contra del principio consagrado en el artículo 31.2 de la Constitución española. Dicho con otras palabras, esta responsabilidad propicia que la Administración no reduzca en la medida en que podría reducir, dados sus limitados recursos disponibles, el riesgo de que los ciudadanos sean víctimas de infracciones que lesionan gravemente sus derechos e intereses legítimos.

> Nótese que las *ayudas públicas* distorsionan menos que dicha responsabilidad los incentivos de los agentes públicos para actuar eficientemente. Si se otorgan por igual a todas las víctimas de infracciones penales de la misma gravedad, tales ayudas propician que prevenir los delitos cometidos por presos fugados o liberados por la Administración tenga para sus agentes el mismo atractivo que prevenir otros delitos igualmente graves y probables.

Adviértase también la relevancia del *tiempo transcurrido* entre el momento en el que el delincuente queda libre de resultas de una actuación administrativa y aquel en el que comete un nuevo delito. Cuanto mayor sea este lapso, más difícil será concluir que la referida actuación administrativa fue una condición necesaria de ulteriores crímenes, más delitos podrá cometer aquél, más costoso resultará prevenirlos y, por lo tanto, más desaconsejable será hacer responder a la Administración por los daños resultantes.

Debe señalarse igualmente la relevancia del grado de *previsibilidad* que en el momento de la liberación tenía la futura comisión de un concreto delito. Cuanto más improbable e imprevisible sea que la persona liberada cometa *cierta* infracción penal y cause daños a una o varias personas *determinadas*, menos saldrá a cuenta tomar precauciones para prevenirlos y, en consecuencia, más inconveniente será que la Administración tenga que resarcirlos. Ésta es seguramente la razón que está detrás de la jurisprudencia anglosajona según la cual, para que el Estado responda en estos casos, la víctima necesita demostrar que formaba parte de una específica clase de personas que estaban expuestas al riesgo de sufrir daños a manos de cierto delincuente en situación de libertad, riesgo que era superior al que pesaba sobre el público en general[93].

La finalidad primaria de las penas privativas de libertad no es impedir que los penados causen daños o delincan mientras están en prisión, sino disuadir a la gente en general de cometer ciertos delitos. Privar de su libertad a una persona simplemente para neutralizar durante un tiempo su capacidad de delinquir sólo está justificado si, de no adoptarse esa medida, existe un riesgo extraordinariamente elevado de que esa persona cometa un grave delito.

La infracción de una norma de cuidado cuyo fin primario es asegurar el cumplimiento de una pena privativa de libertad y, a la postre, preservar su eficacia disuasoria no debería hacer imputable a esta infracción resultados dañosos que la norma infringida no pretendía prevenir, como los derivados de cualesquiera delitos que el individuo que ha sido indebidamente liberado pueda cometer. Si las Salas Primera y Segunda del Tribunal Supremo aplican desde hace décadas el criterio de «imputación objetiva» del «fin de protección de la norma» para determinar de qué daños responden quienes han intervenido negligentemente en su producción, no se comprende por qué la Sala Tercera no hace lo mismo.

5. Conclusiones

La jurisprudencia española relativa a la responsabilidad civil del Estado por los daños resultantes de delitos cometidos como consecuencia de que un agente público permitió, deliberada o accidentalmente, que sus autores se encontraran en libertad, a pesar de estar cumpliendo una pena de prisión o de ser sospechosos de haber delinquido previamente, adolece de tres grandes defectos.

El primero es que presenta varias inconsistencias serias. Nuestros tribunales se han pronunciado contradictoriamente, por ejemplo, acerca de si en estos casos la indemnización que ha de satisfacer la Administración debe modularse o no en atención a la intervención de un tercero en la producción del daño; y de si el Estado responde objetivamente cuando la situación de libertad fue acordada por una resolución judicial o provocada por el funcionamiento de la Administración de Justicia. Además, los argumentos empleados por los tribunales para justificar la responsabilidad del Estado en estos casos deberían conducir a declararlo también responsable en casos análogos, lo que hasta la fecha no ha ocurrido.

En segundo lugar, resulta criticable que los tribunales apliquen aquí una regla de responsabilidad objetiva. Según el Tribunal Supremo, los principios de solidaridad e igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas exigen que los riesgos generados por el Estado al liberar a un preso no

[93] *Supra*, 3.

sean soportados de manera individual por las personas en quienes se concretan los resultados dañosos de esas decisiones, sino por el conjunto de la sociedad a través del presupuesto público. Este argumento no se tiene en pie. De un lado, porque la responsabilidad es un instrumento de solidaridad regresivo y que implica costes de procedimiento muy superiores a los que conllevan otros mecanismos de solidaridad, como las ayudas públicas. De otro lado, el Tribunal Supremo deja sin explicar por qué no merecen la misma solidaridad las víctimas de otros delitos cometidos en casos análogos en los que se materializa el riesgo generado por el Estado al dejar en situación de libertad al autor de los hechos delictivos. La solidaridad social que merecen las víctimas de ciertos delitos debería canalizarse a través de ayudas públicas con arreglo a criterios de igualdad y necesidad.

No está justificado excepcionar en esta materia la regla de responsabilidad por negligencia que los tribunales aplican con carácter general a los daños causados por la Administración. Cabe razonablemente pensar que, también en estos casos, dicha regla proporciona a los agentes públicos mejores incentivos e información para adoptar las medidas de cuidado exigibles dirigidas a evitar los correspondientes daños. Por otro lado, dicha regla mitiga el riesgo de que tales agentes adopten precauciones ineficientes dirigidas a evitar esta responsabilidad. Además, hacer responder objetivamente al Estado aquí desincentiva la realización de actividades públicas (por ejemplo, la concesión de beneficios penitenciarios) que probablemente ya se llevan a cabo en una medida inferior a la socialmente óptima.

En tercer lugar, esta jurisprudencia sostiene una insólita concepción del nexo causal que ha de existir entre el daño y el funcionamiento de los servicios públicos para que surja la responsabilidad de la Administración. Con arreglo a esta concepción, el daño es consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos siempre que éste haya sido condición necesaria de aquél, es decir, si el daño no se hubiera producido de no haber tenido lugar la actuación pública considerada; para que nazca dicha responsabilidad, no hace falta que se cumpla criterio adicional alguno de «causalidad adecuada», «imputación objetiva» o equivalente. Esta solución agrava los efectos perniciosos derivados de hacer responder objetivamente a la Administración.

La infracción de una norma de cuidado cuyo fin es asegurar el cumplimiento de una pena privativa de libertad y, en última instancia, preservar su eficacia disuasoria no debería hacer imputable a esta infracción resultados dañosos que esa norma no pretendía prevenir, como los derivados de cualesquiera delitos cometidos por el individuo que ha sido indebidamente liberado. La Administración sólo debería resarcir estos daños cuando haya vulnerado una norma cuya finalidad era prevenirlos, y que resultaba adecuada, necesaria y proporcionada para lograr este objetivo en atención a la existencia de un riesgo extraordinariamente elevado de que se produjeran.

6. Bibliografía

ÁLVAREZ OLALLA, María del Pilar (coord.), *Nuevas perspectivas en la responsabilidad civil. Revisión crítica de la imputación objetiva*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022.

AMERICAN LAW INSTITUT, *Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm*, 2010, vol. 1.

ARBOUR, William/MARCHAND, Steeve, «Parole, Recidivism, and the Role of Supervised Transition», *Working Papers tecipa-725*, University of Toronto, Department of Economics, 2022.

BARBARINO, Alessandro/MASTROBUONI, Giovanni, «The Incapacitation Effect of Incarceration: Evidence from Several Italian Collective Pardons», *American Economic Journal: Economic Policy*, 6(1), 2014, pp. 1-37.

BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.

BELADÍEZ ROJO, Margarita, *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1997.

BLASCO GASCÓ, Francisco de P., «La imputación objetiva del daño», en Mario E. CLEMENTE MEORO/Mª Elena COBAS COBIELLA (dirs.), *Derecho de Daños*, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 429-450.

BLATT, Melinda K., «State Liability for Injuries Inflicted by Parolees», *University of Cincinnati Law Review*, 56(2), 1987, pp. 615-638.

BHULLER, Manudeep/DAHL, Gordon B./LØKEN, Katrine V./MOGSTAD, Magne, «Incarceration, Recidivism, an Employment», *Journal of Political Economy*, 128(4), 2020, pp. 1269-1324.

CABRERA MARTÍN, Myriam, «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito penitenciario», *Cuadernos de Política Criminal*, 76, 2002, pp. 187-226.

CALABRESI, *The Cost of Accidents*, Yale University Press, New Haven, 1970.

CENTRE D'ESTUDIS JURÍDICS I FORMACIÓ ESPECIALITZADA, *Tasa de reincidencia penitenciaria 2020*, Generalitat de Catalunya, 2023.

CHARTIER, Gary, «Victims and Parole Decisions», *Jahrbuch für Recht und Ethik*, 11, 2003, pp. 405-432.

CHECA GONZÁLEZ, Clemente, «La falacia de la tesis de que la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas es, en todo caso, objetiva», *Nueva Fiscalidad,* 2, 2021, pp. 19-72.

CID, José/TÉBAR, Beatriz, «Libertad condicional y delincuentes de alto riesgo», *Revista Española de Investigación Criminológica*, 8(3), 2010.

COBREROS MENDAZONA, Edorta, «Funcionamiento anormal de la Administración de Justicia e indemnización», *Revista de Administración Pública*, 177, 2008, pp. 31-69.

COCKCROFT, Irene C., «Governmental Liability for Mistakes in the Parole and Probation of Dangerous Convicts», *Criminal Justice Journal*, 2(1), 1978, pp. 117-128.

COSTAS RODAL, Lucía, «El alcance de la asunción del riesgo por la víctima en la práctica deportiva y espectáculos de ocio peligrosos», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 782, 2020, pp. 3945-3973.

CRAIG, Paul, *Administrative Law*, Sweet & Maxwell/Thompson Reuters, London, 2021.

CUERDEN, Martin, «He Should Have Been in Prison! When do parole authorities owe a duty of care to those injured by prisoners on parole?», *Precedent*, 72, 2008, pp. 28-32.

DARI-MATTIACCI, Giuseppe/GAROUPA, Nuno/GÓMEZ-POMAR, Fernando, «State Liability», *European Review of Private Law*, 4, 2010, pp. 773-811.

DE GEEST, Gerrit, «Who Should Be Immune from Tort Liability?», *Journal of Legal Studies*, 41, 2012, pp. 291-319.

DE MOT, Jef/FAURE, Michael, «The Liability of Public Authorities: An Economic Analysis», en OLIPHANT, Ken (ed.), *The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, Intersentia, 2016, pp. 587-618.

PASTOR MERCHANTE, Fernando, «Análisis de la litigiosidad administrativa y contencioso-administrativa en materia de responsabilidad patrimonial», en DÍAZ SASTRE, Silvia (dir.), *Informe sobre la Justicia Administrativa*, CIJA-UAM, años 2017, 2018, 2019, 2020, 2021 y 2022.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, «¿Deberían las autoridades y los empleados públicos responder civilmente por los daños causados en el ejercicio de sus cargos?», *Revista de Administración Pública*, 180, 2009, pp. 103-159.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, «Ni más ni menos. El principio de indemnidad y sus excepciones», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 156, 2012, pp. 59-86.

DOMÉNECH PASCUAL, «De nuevo sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración por actos ilegales. A favor de la doctrina del margen de tolerancia», *Revista de Administración Pública*, 219, 2022, pp. 59-106.

DUBOURG, Émilie, «Une analyse de la responsabilité des acteurs de l'exécution des peines du fait du probationnaire», *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 2017/1, pp. 101-122.

ESTEVE GIRBÉS, Jordi, «El mito de la responsabilidad objetiva global de la Administración pública», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 57, 2021, pp. 43-71.

FAIRGRIEVE, Duncan, «Criminal and Civil Liability», en CANE, Peter/HOFMANN, Herwig/IP, Eric/LINDSETH, Peter (eds.), *Comparative Administrative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2021, pp. 811-827.

FANEGA GUIJARRO, Manuel, «Jurisprudencia del TEDH: ¿Derecho a tratamiento penitenciario?», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal,* 50, 2018.

FEES, Eberhard/WHOLSCHLEGEL, Ansgar, «Liability and information transmission: The advantage of negligence-based rules», *Economic Letters*, 92, 2006, pp. 63-67.

FENNELL, Lee Anne, «The Gun and the Paperweight: Risk Control Services and Disservices», *Journal of Tort Law,* 15(1), 2022, pp. 67-107.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, «Sobre la discutida naturaleza objetiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración», *Revista de Administración Pública*, 216, 2021, pp. 169-186.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, t. II, 2022.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín, *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables,* Comares, Granada, 2008.

GILEAD, Israel/GREEN, Michael D., «Positive Externalities and the Economics of Proximate Cause», *Washington and Lee Law Review*, 74(3), 2017, pp. 1517-1566.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «En defensa de la teoría de la imputación objetiva contra sus detractores y –también– contra algunos de sus partidarios», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 73, 2020, pp. 9-20.

GONZÁLEZ ALONSO, Augusto, «Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado-Juez por delitos cometidos por condenados en libertad condicional, en tercer grado penitenciario o en disfrute de un permiso penitenciario», *La Ley*, 6896, 2008.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 2016.

GUILLÉN NAVARRO, Nicolás A., «Análisis actual de la responsabilidad patrimonial en el ámbito penitenciario», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 39-40, 2012, pp. 425-442.

HENNEGUELLE, Annaïs/MONNERY, Benjamin/KENSEY, Annie, «Better at Home than in Prison? The Effects of Electronic Monitoring on Recidivism in France», *Journal of Law and Economics*, 59(3), 2016, pp. 629-667.

JOBSON, Keith, «The Parole Board: What Liability to Victims», *Dalhousie Law Journal*, 7(3), 1983, pp. 528-619.

KUZIEMKO, Ilyana, «How should inmates be released from prison? An assessment of parole versus fixed-sentence regimes», *Quarterly Journal of Economics*, 128(1), 2013, pp. 371-424.

LAGUNA DE PAZ, José Carlos, «Responsabilidad de la Administración por daños causados por el sujeto autorizado», *Revista de Administración Pública*, 155, 2001, pp. 27-57.

LETELIER WARTENBERG, Raúl, «La falta de servicio en España», *Revista de Derecho. Consejo de Defensa del Estado*, 23, 2001, pp. 63-79.

MEDINA ALCOZ, María, *La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos*, Dykinson, Madrid, 2004.

MEDINA ALCOZ, Luis, «Mitos y ficciones en la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 153, 2012, pp. 153-181.

MEDINA ALCOZ, Luis, *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, Civitas, Madrid, 2018.

MEDINA ALCOZ, Luis, «Imputación objetiva y Administración pública», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 219, 2022, pp. 27-58.

MEUER, Katharina/WOESSNER, Gunda, «Does electronic monitoring as a means of release preparation reduce subsequent recidivism? A randomized controlled trial in Germany», *European Journal of Criminology*, 17(5), 2020, pp. 563-584.

MINISTERIO DE INTERIOR, *Estudio de reincidencia penitenciaria 2009-2019*, 2022.

MIR PUIG, Santiago, «Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho Penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 5, 2003.

MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*, Civitas, Madrid, 2000.

MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración: hacia un nuevo sistema*, 2002, Civitas, Madrid.

MIR PUIGPELAT, Oriol, «Responsabilidad objetiva vs. funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 140, 2008, pp. 629-652.

MORGAN, Kathryn D./BELBOT, Barbara A./CLARK, John, «Liability Issues Affecting Probation and Parole Supervision», *Journal of Criminal Justice*, 25(3), 1997, pp. 211-222.

NAGUIN, Daniel S./CULLEN, Francis T./JONSON, Cheryl Lero, «Imprisonment and Reoffending», *Crime and Justice*, 38, 2009, pp. 115-200.

NISTAL BURÓN, Javier, «La responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados por los reclusos durante el disfrute de los beneficios penitenciarios en general y de los permisos de salida en particular. La sociedad como garante de las deficiencias del sistema de resocialización de los penados», *La Ley*, 6438, 2006.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», en *Centenario del Código Civil: (1889-1989)*, CEURA, Madrid, vol. 2, 1990, pp. 1561-1592.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Los anteojos del civilista. Hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas», *Documentación Administrativa*, 237-238, 1994, pp. 239-254.

PAPIER, Hans Jürgen/SHIRVANI, Foroud, «§ 839», en *Münchener Kommentar zum BGB*, Beck, München, 2020.

PEÑA LÓPEZ, Fernando, *Dogma y realidad del Derecho de daños: Imputación objetiva, causalidad y culpa en el sistema español y en los PETL*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

PÉREZ RIVAS, Natalia, «El modelo de compensación estatal a las víctimas de delitos», *Lex*, 18, 2016, pp. 107-128.

PETRICH, Damon M./PRATT, Travis C./JONSON, Cheryl Lero/CULLEN, Francis T., «Custodial Sanctions and Reoffending: A Meta-Analytic Review», *Crime and Justice*, 50(1), 2021, pp. 353-424.

POLINSKY, A. Mitchell/SHAVELL, Steven «Deterrence and the Adjustment of Sentences During Imprisonment», *American Law and Economics Review*, 23(2), 2021, pp. 481-519.

REGLERO CAMPOS, Fernando/MEDINA ALCOZ, Luis, «La relación causal», en Fernando REGLERO CAMPOS y José Manuel BUSTO LAGO (eds.), *Tratado de responsabilidad civil*, Aranzadi, 2014, t. I, pp. 767-825.

ROHLFING, Bernd, *Amsthaftung,* Göttingen, Universitätsverlag Göttingen, 2015.

ROSE, Evan K./SHEM-TOV, Yotam, «How Does Incarceration Affect Reoffending? Estimating the Dose-Response Function», *Journal of Political Economy*, 129(12), 2021, pp. 3302-3356.

RUBÍ PUIG, Antoni/SALVADOR CODERCH, Pablo, «Responsabilidad objetiva», en SALVADOR/RAMOS/GÓMEZ/RUBÍ/LUNA/MILÀ, *Derecho de daños. Análisis, aplicación e instrumentos comparados*, InDret, 2023, pp. 150-167.

SALVADOR CODERCH, Pablo/RUBÍ PUIG, Antoni, «Imputación objetiva», en SALVADOR/RAMOS/GÓMEZ/RUBÍ/LUNA/MILÀ, *Derecho de daños. Análisis, aplicación e instrumentos comparados*, InDret, 2023, pp. 236-273.

SCHÄFER, Hans Bernd/MÜLLER LANGER, Frank, «Strict Liability Versus Negligence», en FAURE, Michael (ed.), *Encyclopedia of Law and Economics. Tort Law and Economics*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009, pp. 3-45.

SCHOENHOLZ, Kenneth, «Holding Governments Strictly Liable for the Release of Dangerous Parolees», *New York University Law Review*, 55(5), 1980, pp. 907-940.

SHAVELL, Steven, «Strict Liability versus Negligence», *Journal of Legal Studies*, 9, 1980, pp. 1-25.

SHER, Noam, «New Differences Between Negligence and Strict Liability and their Implications on Medical Malpractice Reform», *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, 16, 2007, pp. 335-377.

SOLETO, Helena/GRANÉ, Aurea, *La eficacia de la reparación a la víctima en el proceso penal a través de las indemnizaciones,* Dykinson, Madrid, 2018.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Responsabilidad civil extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2022.

TORRES LÓPEZ, María Asunción, «La responsabilidad patrimonial de la Administración penitenciaria», en Tomás QUINTANA LÓPEZ (dir.), *La responsabilidad patrimonial de la Administración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 853-894.

TUCK, Stephen, «To the Rescue: Liability in Negligence for Third Party Criminal Acts in the United States and Australia», *Indiana International & Comparative Law Review*, 23(2), 2013, pp. 183-212.

ULLENBRUCH, Thomas, «Schadensersatz wegen Amtspflichtverletzung durch Gewährung von Vollzugslockerungen und Hafturlaub», *Neue Juristisches Wochenschrift*, 2002, pp. 416-418.

WILLIAMS, Jenny/WEATHERBURN, Don, «Can Electronic Monitoring Reduce Reoffending?», *Review of Economics and Statistics*, 104(2), 2022, pp. 232-245.

YOUNGS, Raymond, «Tortious Liability for Released Detainees», *Howard Journal of Criminal Justice*, 50(1), 2011, pp. 52-61.

ZAPRYANOVA, Mariyana, «The Effects of Time in Prison and Time on Parole on Recidivism», *Journal of Law and Economics*, 63(4), 2020, pp. 699-727.

InDret
2.2024

Mikel Recuero
Universidad del País Vasco – Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU)
-

El uso secundario de datos de salud electrónicos: el futuro Reglamento del Espacio Europeo de Datos de Salud y su interacción con la protección de datos personales

Sumario
-
La creación del Espacio Europeo de Datos de Salud por medio de la aprobación de su correspondiente Reglamento (REEDS) pretende erigirse como un importante hito para superar la fragmentación normativa existente, establecer mecanismos de gobernanza comunes y, en suma, impulsar la reutilización de datos de salud en beneficio de la sociedad y del interés general. El presente artículo tiene por objeto examinar el régimen propuesto para el uso secundario de datos de salud electrónicos, sus carencias y virtudes y su compleja integración e interacción con la normativa europea de protección de datos de carácter personal, en particular, el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD).

Abstract
-
The setting of the European Health Data Space through the adoption of its corresponding Regulation (REHDS) represents a major milestone to overcome persisting regulatory fragmentation, to establish shared governance tools and, ultimately, to boost health data re-use for the common good. This paper aims to analyse the proposed regime for secondary uses of electronic health data, addressing its complex interplay with European data protection laws, notably, the General Data Protection Regulation (GDPR).

Title: *Secondary Use of Electronic Health Data: The Future Regulation on the European Health Data Space and its Interplay with Data Protection Law*
-

Palabras clave: usos secundarios, tratamiento ulterior, espacio europeo de datos, datos de salud, datos personales, datos sensibles, protección de datos.

Keywords*: Secondary Uses, Further Processing, European Data Space, Health Data, Personal Data, Sensitive Data, Data Protection*
-
DOI: 10.31009/InDret.2024.i2.13

InDret

2.2024

Recepción
05/01/2024
-
Aceptación
13/02/2024
-

Índice

-

1. ***Introducción y antecedentes***
2. ***Datos de salud electrónicos personales y usos secundarios: interacciones y asimetrías entre el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) y el futuro Reglamento del Espacio Europeo de Datos de Salud (REEDS)***
   2.1. Datos de salud electrónicos: ¿una doble vis expansiva?
   2.2. Uso secundario versus tratamiento ulterior de datos personales
3. ***Usos secundarios permitidos y usos secundarios prohibidos***
   3.1. Usos secundarios permitidos (art. 34): especial alusión a la investigación científica y la Inteligencia Artificial
   3.2. Usos secundarios prohibidos (art. 35)
4. ***Componentes y actores principales del Espacio Europeo de Datos de Salud***
   4.1. Titulares de datos
   4.2. Usuarios de datos
   4.3. Organismos de acceso a datos
   4.4. HealthData@EU
5. ***Condiciones y procedimientos para el acceso a datos de salud electrónicos en el Espacio Europeo de Datos de Salud***
   5.1. Procedimiento ordinario
   5.2. Procedimiento simplificado
6. ***Conclusiones***
7. ***Bibliografía***

-

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

1. Introducción y antecedentes*

El 19 de febrero de 2020 la Comisión Europea hacía pública la Comunicación «Una Estrategia Europea de Datos», en la que esbozaba las líneas maestras de una serie de medidas políticas, legislativas, técnicas y presupuestarias encaminadas a desarrollar el potencial de los datos para la economía y la sociedad[1]; lo que no se habría producido dada la persistencia de determinados problemas fácticos, jurídicos, económicos, tecnológicos y sociales[2]. En dicho documento se propuso una acción conjunta de la Unión estructurada en cuatro pilares fundamentales:

i) La implementación de un marco común de gobernanza para el acceso y la reutilización de datos. Esto incluye, por un lado, medidas legislativas generales tales como la aprobación del Reglamento de Gobernanza Europea de Datos[3]. Por otro, el impulso de normas sectoriales, como es el caso de la Propuesta de Reglamento sobre el Espacio Europeo de Datos Sanitarios (en lo sucesivo, REEDS)[4] que será objeto de análisis en el presente artículo.

ii) El desarrollo de capacidades e infraestructuras interoperables para el almacenamiento y el tratamiento de datos en el conjunto de la Unión Europea.

iii) El empoderamiento y la educación de la ciudadanía con respecto a sus datos personales, facultando un mayor control mediante el apuntalamiento de sus derechos de acceso y de portabilidad.

iv) La creación de un total de nueve espacios comunes europeos de datos en sectores estratégicos y en ámbitos de interés público. Desde un punto de vista técnico, un *espacio de datos* es una infraestructura federada y abierta para el acceso a datos, basada en una gobernanza, políticas,

---

* Autor/a de contacto: Mikel Recuero (mikel.recuero@ehu.eus). Este artículo se integra en el marco del proyecto de investigación «GODAS: Gobernanza de los usos secundarios de datos de salud y genéticos en espacios compartidos», PID2022-137140OB-I00, cofinanciado por el MCIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER. Asimismo, se ha desarrollado en el curso del proyecto «EuCanImage: A European Cancer Image Platform Linked to Biological and Health Data for Next-Generation Artificial Intelligence and Precision Medicine in Oncology», financiado por el Programa Horizonte 2020 de la Comisión Europea (European Union's Horizon 2020 Research and Innovation Programme, Grant Agreement No 952103). El autor quiere agradecer a las personas que componen los equipos de investigación de ambos proyectos todo su apoyo y las estimulantes discusiones que han precedido a la presente publicación.

[1] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, «Una Estrategia Europea de Datos». Bruselas, 19.2.2020, COM(2020) 66 final.

[2] Un análisis multidisciplinar de los referidos problemas y barreras ha sido encomendado a la acción conjunta *Towards European Health Data Space* («TEHDAS»). Cabe citar, a tales efectos, sus informes: *Report on secondary use of health data through European case studies*, de 28 de febrero de 2022; *Summary of results and case studies on barrier to cross-border sharing of health data for secondary use*, de 28 de septiembre de 2021. Igualmente, resultan de mención obligatoria a estos efectos los estudios preliminares acometidos, entre otras, por: ALKORTA IDIAKEZ, *El Espacio Europeo de Datos Sanitarios: Nuevos enfoques para la protección e intercambio de datos sanitarios*, 2022 y NAVAS NAVARRO, *Datos sanitarios electrónicos: el espacio europeo de datos sanitarios*, 2023.

[3] Reglamento (UE) 2022/868 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2022, relativo a la gobernanza europea de datos y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1724 (RGED). OJ L 152, 3.6.2022, pp. 1–44.

[4] Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el Espacio Europeo de Datos Sanitarios (REEDS). Estrasburgo, 3.5.2022, COM(2022) 197 final.

reglas y estándares que definen un marco de confianza para todos los intervinientes[5]. A grandes rasgos, un *dataspace* tiene por objeto proporcionar una funcionalidad básica común para un conjunto de fuentes de datos, con independencia de su formato y ubicación, permitiendo a tales fuentes y repositorios establecer relaciones entre sí respetando la autonomía y las facultades de control de cada participante sobre sus conjuntos de datos[6].

Así, sobre la base de los citados ejes de acción se produce el impulso del llamado *Espacio Europeo de Datos de Salud* (en adelante, EEDS) que, además, ha sido el primero de los nueve previstos en ver la luz en forma de propuesta de Reglamento. Con toda probabilidad, ello se debe al advenimiento de la pandemia de COVID-19 poco tiempo después de la publicación de la meritada Estrategia que, por desgracia, terminó por refrendar su necesidad y prioridad[7]. Representa, en suma, una oportunidad formidable para abordar la fragmentación normativa persistente, establecer mecanismos de gobernanza comunes frente a la disparidad de sistemas que se han venido adoptando por cada Estado miembro y, en última instancia, apostar decididamente por una acción legislativa que impulse la reutilización de datos en beneficio de la sociedad y del interés general.

La primera versión de la Propuesta de REEDS se publica el 3 de mayo de 2022, encontrándose en el momento en que se escriben estas líneas en pleno proceso de discusión y negociación, con sendas propuestas de reforma del texto ya demandadas por el Parlamento Europeo[8]. Se trata de un instrumento de gran complejidad por cuanto ha de coexistir e interactuar con una miríada de normas ya vigentes o en desarrollo, debiendo aplicarse tanto a los datos personales como a los no personales y, finalmente, regulando una pluralidad de cuestiones interdisciplinares. Es más, en relación con esto último, la Propuesta se divide en tres partes con objetivos diferenciables[9]:

i) Una primera parte cuyo objeto es la mejora del acceso de las personas físicas a sus datos de salud electrónicos y el control de dichos datos en el contexto de la asistencia sanitaria (uso primario). Capítulo II, arts. 3 a 13 de la Propuesta de REEDS.

---

[5] AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Aproximación a los Espacios de Datos desde la perspectiva del RGPD*, 2023.

[6] FRANKLIN, et al. «From databases to dataspaces: A new abstraction for information management», *SIGMOND Record*, 34, n.º 4, 2005, p. 28. Entre los componentes esenciales de un espacio de datos habitualmente encontraremos: i) un catálogo de datos, que servirá como inventario de recursos con la información básica de cada uno de ellos; ii) un módulo de búsqueda y consulta; iii) componentes para el descubrimiento de conjuntos de datos relevantes y el establecimiento de relaciones entre los participantes; y iv) una infraestructura común para apoyar a aquellos participantes que carezcan de la suya propia o cuyas capacidades de computación sean insuficientes.

[7] Así lo evidencian los Considerandos 2º y 3º de la Propuesta de REEDS que, respectivamente, destacan que la crisis de la COVID-19 sirvió para poner de relieve «la necesidad de tener un acceso oportuno a datos sanitarios electrónicos para la preparación y respuesta ante las amenazas para la salud» y, «de compartir datos sanitarios electrónicos que sean fáciles de encontrar, accesibles, interoperables y reutilizables».

[8] PARLAMENTO EUROPEO (Committee on the Environment, Public Health and Food Safety & Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs), *Draft Report on the proposal for a Regulation on the European Health Data Space,* 2022/0140(COD) 10/02/2023. Se hará referencia posteriormente a algunas de las reformas propuestas.

[9] Véase Considerando 1 y art. 1 de la Propuesta de REEDS. La intervención legislativa de la UE se sustenta en el art. 114 del TFUE (mejora del funcionamiento del mercado interior, en particular, la garantía de un nivel de protección elevado de la salud humana) y el art. 16 del TFUE (protección de datos de carácter personal).

ii) Una segunda destinada al establecimiento de un marco jurídico uniforme en lo que respecta al desarrollo, la comercialización y el uso de sistemas de Historiales Médicos Electrónicos y aplicaciones sobre bienestar. Capítulo III, arts. 14 a 32 de la Propuesta de REEDS.

iii) Una última que persigue impulsar la reutilización de los datos de salud electrónicos para otros fines que beneficien a la sociedad, tales como la investigación, la innovación, la formulación de políticas, la seguridad de los pacientes, la medicina personalizada o las estadísticas oficiales (uso secundario). Capítulo IV, arts. 33-58.

En el presente artículo nos limitaremos a abordar, pues, esta última parte de la Propuesta, relativa a los usos secundarios de datos de salud electrónicos, con especial atención a aquellos de carácter personal. Para ello, primeramente, se analizarán las asimetrías e interacciones entre algunos de los conceptos esenciales de la Propuesta de REEDS y los correspondientes del Reglamento General de Protección de Datos (en lo sucesivo, RGPD) [10] (*2. Datos de salud electrónicos personales y usos secundarios: interacciones y asimetrías entre el Reglamento General de Protección de Datos y el futuro Reglamento del Espacio Europeo de Datos de Salud*). Seguidamente, se llevará a cabo una lectura crítica de los usos secundarios permitidos y prohibidos en virtud de la Propuesta, con especial atención a la investigación científica y la Inteligencia Artificial (*3. Usos secundarios permitidos y usos secundarios prohibidos*). Tras ello, se presentarán los actores principales del EEDS en lo que a la infraestructura para el uso secundario de datos se refiere, examinando su encaje con los instrumentos jurídicos precedentes y, en particular, con la normativa de protección de datos personales (*4. Componentes y actores principales del Espacio Europeo de Datos de Salud*). Por último, ahondaremos en las condiciones y procedimientos sobre los cuales se sustanciará el acceso a datos de salud electrónicos para usos secundarios en el seno del meritado Espacio (*5. Condiciones y procedimientos para el acceso a datos de salud electrónicos en el Espacio Europeo de Datos de Salud*). Para finalizar, en el apartado de conclusiones (*6. Conclusiones*), se revisitarán las anteriores cuestiones con el fin de sintetizar las virtudes y carencias de la Propuesta y su eventual integración e interacción con la compleja lógica sistemática de la normativa europea de protección de datos de carácter personal.

2. Datos de salud electrónicos personales y usos secundarios: interacciones y asimetrías entre el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) y el futuro Reglamento del Espacio Europeo de Datos de Salud (REEDS)

Como se anticipaba, si bien el análisis de la Propuesta de REEDS puede acometerse desde una óptica diversa, los mayores retos para la protección de datos de carácter personal se plantean en lo que a los usos secundarios de los datos de salud electrónicos se refiere[11], verbigracia, por lo

[10] Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (RGPD). *DOUE L 119, 4.5.2016, p. 1–88*.

[11] Lo que no quiere decir, por supuesto, que el derecho fundamental a la protección de datos personales sea necesariamente (ni el único ni el principal) cuya afectación pueda llegar a producirse como consecuencia de los usos secundarios de datos de salud electrónicos. A tales efectos, cabe recordar que las informaciones relativas al estado de salud de una persona forman parte de la esfera más íntima y personal de un individuo, conformando un auténtico punto de contacto entre los derechos fundamentales a la protección de datos personales y el derecho a la intimidad o la vida privada, tal y como viene proclamando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, si bien la protección de datos no deja de jugar un papel fundamental, las informaciones médicas o relativas a la salud de las personas «no son menos importantes para el derecho a la vida privada y familiar» habida cuenta de que su

dispuesto en el Capítulo IV (arts. 33 a 58) del texto. Es más, en su momento ya anticipábamos —cuando la Propuesta se hallaba en una fase todavía embrionaria— que sus interacciones y desavenencias con la normativa de protección de datos y, máxime, el RGPD, serían objeto de un sinfín de discusiones legislativas y académicas[12]. No es para menos, pues ambas normas habrán de compartir, efectivamente, no solo una pluralidad de componentes y definiciones, también, un ámbito de aplicación parcialmente coincidente.

Esto no quiere decir, a nuestro juicio, que el REEDS aspire a ocupar una posición de lex specialis con respecto al RGPD: se trata, más bien, de dos instrumentos complementarios que han de encajar y convivir mutuamente en el (cada vez mayor) acervo de instrumentos directa o indirectamente relevantes para la protección de datos de carácter personal a nivel nacional y europeo. Por ello, en este afán de coexistencia los solapamientos y las remisiones normativas cruzadas no solo parecen inevitables, sino que, muy probablemente, deberán formar parte de la práctica cotidiana de todo intérprete y operador jurídico. A fin de arrojar algo de luz creemos conveniente destacar dos previsibles fricciones interpretativas y aplicativas que habrán de resolverse antes incluso de acometer cualquier examen pormenorizado del texto del futuro REEDS. A saber, en primer lugar, la interacción del concepto de «datos de salud electrónicos» acuñado por la Propuesta con la noción de «datos relativos a la salud» acogida por el RGPD y, en su caso, si la primera encarna o no un alcance expansivo. En segundo lugar, la compatibilidad entre el «uso secundario de datos» abanderado por la Propuesta y el «tratamiento ulterior de datos personales» del que se ocupa el RGPD que, como veremos, generará importantes disfunciones prácticas al no tratarse de figuras absolutamente equiparables. Esclarecidas ambas cuestiones, nos ocuparemos de un análisis más detallado del texto de la Propuesta.

2.1. Datos de salud electrónicos: ¿una doble vis expansiva?

El concepto de «datos de salud electrónicos» y la definición que la Propuesta de REEDS le atribuye consolidan, a nuestro parecer, una clara tendencia expansiva desde una doble perspectiva: i) se extiende tanto a los datos electrónicos personales como a los no personales; y ii) es sustancialmente más amplia y comprehensiva que aquella de «datos relativos a la salud» que venía empleándose por el RGPD.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, la propia Propuesta hace alusión explícita a un fenómeno que viene produciéndose sistemáticamente en el seno de la tradicional dicotomía entre el dato personal y el no personal: las crecientes dificultades para llevar a cabo una anonimización efectiva en el sentido del RGPD y, en esencia, para trazar una clara línea divisoria entre aquellos tratamientos de datos a los que el Reglamento habrá de aplicarse y aquellos que debieran quedar excluidos de su ámbito; especialmente, a la luz de los avances técnicos (v.g. Big Data, supercomputación, Inteligencia Artificial) y científicos (v.g. la prominencia de las ciencias

difusión «puede afectar dramáticamente a su vida privada y familiar o a su situación social o de empleo, exponiendo a la personal al oprobio y al ostracismo». Entre otras y por todas: STEDH, 22009/93 de 25 de febrero de 1997, Asunto Z v. Finlandia, §96). A lo que habría de adicionarse el potencial riesgo de estigmatización, discriminación o el menoscabo del libre desarrollo de la personalidad, tal y como ha admitido nuestro Tribunal Constitucional en acogimiento de la anterior línea jurisprudencial [STC (Sala Primera) 70/2009, de 23 de marzo de 2009, BOE núm. 102, de 27 de abril de 2009].

[12] RECUERO, «El Espacio Europeo de Datos de Salud: retos y oportunidades para la protección de datos de carácter personal», en BUENO DE MATA (dir.) / GONZÁLEZ PULIDO (coord.), *Fodertics 10.0: estudios sobre derecho digital,* Comares, Granada, 2022, p. 389.

-ómicas)[13]. Como consecuencia de ello, en aras de evitar que la posible materialización de los riesgos de reidentificación se traduzcan en un menoscabo del nivel de protección de los derechos y libertades de las personas físicas o en una quiebra de confianza en los mecanismos introducidos por el REEDS, la reacción legislativa ha sido la de extender el alcance de la Propuesta a todos los «datos de salud electrónicos», abarcando con ello tanto los datos personales como los no personales[14]. Ello tiende a afianzar la tendencia expansiva señalada en el sentido de que la exponencial indiferenciación entre datos personales y no personales se aborda en el plano normativo por medio de la ampliación del ámbito de aplicación de tales instrumentos[15]. Por otro lado, confirma el viraje hacia un modelo finalista en términos de la sensibilidad de los datos en tanto en cuanto pasan a autorizarse determinadas actividades o conjunto de actividades de tratamiento por razón de sus usos o finalidades, más allá de las clásicas prohibiciones por razón de la naturaleza o sensibilidad intrínsecas de los datos[16]. Finalmente, ello podría tener efectos asimismo significativos en la regulación aplicable a los datos de las personas fallecidas, que pasarían a tratarse como cualquier otro dato en el contexto del Espacio[17].

La segunda desviación expansiva de la Propuesta de REEDS con respecto a lo dispuesto por el RGPD se refiere propiamente a la noción de «datos de salud electrónicos personales», que queda definida como «los datos relativos a la salud y los datos genéticos, tal como se definen en el Reglamento (UE) 2016/679, así como los datos relativos a factores determinantes de la salud, o los datos tratados en relación con la prestación de servicios sanitarios, que se traten en formato

---

[13] Ilustrativo resulta, a este respecto, lo dispuesto por el Considerando 64 de la Propuesta: «Determinadas categorías de datos sanitarios electrónicos pueden seguir siendo especialmente sensibles incluso cuando estén en formato anonimizado y, por tanto, no sean personales (...). Incluso cuando se utilizan las técnicas de anonimización más avanzadas, sigue existiendo un riesgo residual de que pueda conseguirse la desanonimización. Esto puede afectar a diferentes tipos de datos sanitarios, lo que dependerá del nivel de granularidad y de descripción de las características de los interesados, o del número de personas afectadas. Y también puede afectar, por ejemplo, a los datos incluidos en historiales médicos electrónicos, registros de enfermedades, biobancos, datos generados por personas, etc., en los que las características de identificación son más amplias y en los que, en combinación con otra información (por ejemplo, en zonas geográficas muy pequeñas) o a través de la utilización de métodos tecnológicos que no estaban disponibles en el momento de la anonimización, se puede producir la desanonimización de los interesados utilizando medios que vayan más allá de aquellos cuya utilización era razonablemente previsible».

[14] Véase la definición de «datos sanitarios electrónicos» del art. 2.2, letra c) de la Propuesta de REEDS: «los datos sanitarios electrónicos personales o no personales».

[15] Decisión laudable en opinión de la AEDS, en la medida en que contribuye a un marco legal que «no se asiente nuevamente en un modelo dicotómico de anonimización o consentimiento, permitiendo el uso secundario de datos seudonimizados cuando ello sea lo más adecuado y necesario para el buen fin de la investigación». Vid. a este respecto: ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO SANITARIO, *Recomendaciones sobre el nuevo Espacio Europeo de Datos de Salud*, recomendación núm. 6.

[16] A este respecto constituye obra de referencia: JOVE VILLARES, *La protección de lo sensible, o cuando la naturaleza del dato no lo es todo*, 2023. Así pues, el modelo vigente se aproximaría a uno «contextual en naturaleza» en que, aun partiendo de la naturaleza sensible de la información como premisa, tal consideración habría de llevarse a cabo en última instancia en atención a los factores contextuales del tratamiento junto con la finalidad pretendida por el responsable del tratamiento. Vid. también, en este mismo sentido: NICOLÁS, Pilar, «El concepto de dato médico y genético», en RIPOL CARULLA (ed.) / BACARIA MARTRUS (coord.), *Estudios de protección de datos de carácter personal en el ámbito de la salud*, Marcial Pons, Barcelona, 2006, pp. 77 ss.; y QUINN/MALGIERI, «The Difficulty of Defining Sensitive Data – The Concept of Sensitive Data in the EU Data Protection Framework», *German Law Journal*, 22(8), 2022, pp. 1583 ss.

[17] DE MIGUEL BERIAIN, «El uso de datos de salud para investigación biomédica a la luz de la Propuesta del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el Espacio Europeo de Datos Sanitarios», *Revista Jurídica de Castilla y León*, 60, 2023, p. 7.

electrónico»[18]. Esta no es, ni mucho menos, la única disposición del texto que instila la enorme amplitud conceptual atribuible a la expresión. El origen o fuente de los datos puede ser diverso y no se circunscribe a los contextos puramente médicos, sanitarios o asistenciales[19]. Asimismo, la Propuesta enumera una serie de «categorías mínimas de datos electrónicos para uso secundario» que comprende un nada desdeñable listado abierto de quince categorías diferentes y que deben ser «lo suficientemente amplias y flexibles para responder a la evolución de las necesidades de los usuarios de los datos»[20]. Este catálogo incluye, además de los datos propiamente médicos y/o sanitarios (v.g. historias clínicas, datos administrativos y de facturación, etc.), entre otros: datos sobre determinantes sociales, ambientales y de comportamiento relacionados con la salud; datos genómicos sobre patógenos relevantes para la salud humana; datos genéticos, genómicos y proteómicos humanos; datos procedentes de registros, ensayos clínicos, biobancos y bases de datos; y datos relativos al estilo de vida, el bienestar y el comportamiento relacionados con la salud, incluyendo aquellos recogidos por aplicaciones sobre bienestar. La única acotación apreciable parece referirse al formato de los datos en cuestión: deberán ser electrónicos, lo que excluirá, en principio, aquellos que figuren o se traten manualmente o por otros procedimientos o medios que no sean electrónicos (v.g. en ficheros físicos o en papel sin digitalizar).

Todo lo anterior denota que el ámbito conceptual atribuible a los «datos de salud electrónicos personales» es más extenso, si cabe, que la noción de «datos relativos a la salud» empleada por el RGPD[21]. Cabe recordar que esta última goza, ya de por sí, de un inusitado carácter abierto y expansivo en aras de capturar normativamente una concepción de salud holística y omnicomprensiva que desdibuja las líneas entre medicina, bienestar y estilo de vida[22].

---

[18] Art. 2.2, letra a) de la Propuesta de REEDS. El Considerando 5 provee un mayor desarrollo de esta definición: «Estos datos sanitarios electrónicos personales podrían incluir datos personales relacionados con la salud física o mental de las personas físicas, incluido el uso de los servicios de asistencia sanitaria, que revelen información sobre su estado de salud, y datos personales sobre las características genéticas heredadas o adquiridas de las personas físicas, que proporcionen información única sobre la fisiología o la salud de dicha persona física y que resulten, en particular, del análisis de una muestra biológica de la persona física en cuestión, así como datos sobre factores determinantes de la salud, como los conductuales, los medioambientales, las influencias físicas, la atención médica y los factores sociales o educacionales». Tal ha sido la desviación con respecto a la noción dada por el RGPD que el Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD) y el Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD) han sugerido su supresión o reforma. Vid. a este respecto: Dictamen Conjunto núm. 2/2022 del CEPD y el SEPD sobre la Propuesta de Reglamento del Espacio Europeo de Datos Sanitarios, p. 13. En idénticos términos se ha pronunciado la AEDS, *Recomendaciones sobre el nuevo Espacio Europeo de Datos de Salud*, Rec. 2º.

[19] Así lo disponen el Considerando 38 y el art. 33.3, que reza como sigue: «Los datos sanitarios electrónicos a que se refiere el apartado 1 abarcarán los datos tratados para la prestación de servicios sanitarios o asistenciales o para la salud pública, la investigación, la innovación, la elaboración de políticas, las estadísticas oficiales, la seguridad de los pacientes o con fines reglamentarios, recogidos por entidades y organismos del sector sanitario o asistencial, incluidos los prestadores públicos y privados del sector sanitario o asistencial, las entidades u organismos que llevan a cabo investigaciones en relación con estos sectores, y las instituciones, órganos y organismos de la Unión».

[20] Considerando 39 y art. 33.1 de la Propuesta de REEDS.

[21] Art. 4(15) del RGPD: «datos personales relativos a la salud física o mental de una persona física, incluida la prestación de servicios de atención sanitaria, que revelen información sobre su estado de salud».

[22] La solución empleada por legislador europeo para capturar normativamente esta paulatina ampliación del concepto de salud no ha consistido en ir añadiendo *ad hoc* nuevas categorías especiales de datos, sino en ir expandiendo el alcance de aquellas ya existentes (v.g. datos relativos a la salud y datos genéticos). En este sentido, vid. también: DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, «Ethical and legal requirements for biomedical research involving health data in the context of the COVID-19 pandemic: is informed consent still playing the leading role?», *BioLaw Journal*, Special Issue 2, 2021, pp. 157 ss.; y COTINO HUESO, «El alcance e interactuación del régimen jurídico de los

Notoriamente, la definición del RGPD comprende no solo los datos personales directamente relacionados con la salud («datos relativos a la salud física o mental de una persona física»), sino también aquellos que indirectamente pudieran revelar aspectos relacionados con la misma («datos que revelen información sobre su estado de salud física o mental pasado, presente o futuro»). Pues bien, por si fuera poco, la noción de «datos de salud electrónicos personales» adiciona a lo anterior la de «datos genéticos» en el sentido del RGPD, otra categoría también amplísima[23] que deberá matizarse y limitarse de suerte que comprenda únicamente, en el contexto del EEDS, aquellos datos genéticos de carácter personal que se encuentren relacionados con o que sean relevantes para la salud humana, algo que la Propuesta no lleva a cabo de manera expresa[24].

Por último y como resultado de lo anterior, resulta pertinente llevar a cabo una precisión terminológica a los efectos de evitar futuras confusiones y problemas aplicativos con el texto del REEDS: la traducción del término «*electronic health data*» que aparece en el texto original de la Propuesta se ha llevado a cabo, de una manera jurídicamente desafortunada e imprecisa, como «dato sanitario electrónico». Tal deficiencia se encuentra presente a lo largo de toda la Propuesta, inclusive en su propia designación («Espacio Europeo de Datos Sanitarios») hasta el punto en que está siendo repetida literalmente y, a nuestro juicio, de forma equívoca por doctrina y autoridades públicas. Ello no es sino una inoportuna confusión entre los términos «*health data*» y «*healthcare data*» que equivaldrían a lo que conocemos, respectivamente, como «datos de salud» y «datos sanitarios», siendo así que este último denota un ámbito considerablemente más estricto: datos obtenidos y utilizados en y por las instituciones sanitarias, en el contexto de las relaciones de prestación de asistencia médica o sanitaria[25]. Evidentemente, esta no es, en absoluto, la voluntad del legislador europeo, cuyo objetivo parece ser justo el contrario[26]: consolidar un Espacio para la circulación y reutilización de datos de salud electrónicos en sentido amplio, no solo de aquellos coligados a los tradicionales contextos médicos y sanitarios. Así pues, debería descartarse el uso de la expresión «dato sanitario electrónico» a efectos de la Propuesta y sustituirla por la más adecuada de «dato de salud electrónico», en la medida en que la primera se encuentra hoy día en desuso y no permite capturar normativamente todos los aspectos y circunstancias relacionadas directa o indirectamente con una aproximación holística a la salud; incluyendo las nuevas fuentes de datos y su posible generación, recogida o tratamiento en una multiplicidad de entornos más allá de contextos clínicos, médicos o sanitarios.

---

datos personales y big data relacionado con la salud y la investigación biomédica», *Revista de Derecho y Genoma Humano: Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*, 52, 2020, pp. 57 ss.

[23] Art. 4(13) del RGPD: «datos personales relativos a las características genéticas heredadas o adquiridas de una persona física que proporcionen una información única sobre la fisiología o la salud de esa persona, obtenidos en particular del análisis de una muestra biológica de tal persona» (el subrayado es nuestro). Cabe señalar que se trata de una definición enunciada, asimismo, en términos amplios puesto que comprende, por un lado, tanto las características genéticas hereditarias o germinales como somáticas o adquiridas y, por otro, tanto las que aporten información sobre la salud como sobre la fisiología de la persona. Por ende, la concepción se realiza en términos que no se refieren exclusivamente a informaciones relativas a la salud de la persona.

[24] Sí que lo haría, en cambio, de manera implícita cuando alude en su listado del art. 33.1 a «datos genómicos pertinentes sobre patógenos que repercuten en la salud humana» o «datos genéticos, genómicos y proteómicos humanos» (el subrayado es nuestro).

[25] ABERASTURI GORRIÑO, *La protección de datos en la sanidad*, 2013. También en este sentido vid.: MURILLO DE LA CUEVA, «La publicidad de los archivos judiciales y la confidencialidad de los datos sanitarios», *VII Congreso Nacional de Derecho Sanitario*, 2000.

[26] También en este sentido puede verse: QUINN, «Is the GDPR and Its Right to Data Portability a Major Enabler of Citizen Science?», *Global Jurist*, 18(2), 2018.

2.2. Uso secundario versus tratamiento ulterior de datos personales

El uso secundario de datos de salud electrónicos constituye, como se ha anticipado, uno de los tres ejes vertebradores de la flamante Propuesta de REEDS. Por «uso primario» de datos de salud electrónicos se entiende el tratamiento de tales datos «para la prestación de servicios sanitarios con el fin de evaluar, conservar o restablecer el estado de salud de la persona física a la que se refieren dichos datos»[27]. Por tanto, generalmente, el uso primario es aquél que se lleva a cabo en el contexto de la prestación de la asistencia sanitaria, incluyendo la prescripción, dispensación y provisión de medicamentos y de productos sanitarios, así como los servicios pertinentes de seguridad social, administrativos o de reembolso. Por su parte, se define «uso secundario» de datos de salud electrónicos como todo tratamiento de datos para los fines establecidos por el art. 34.1 de la Propuesta, precepto que introduce, como se verá, el listado de fines y usos permitidos ex lege. Ello permite incluir aquellos datos de salud electrónicos «recogidos inicialmente en el contexto de un uso primario», pero también aquellos «recogidos para un uso secundario»[28].

Esto último, si bien pudiera parecer una suerte de trabalenguas jurídico, es en realidad un elemento clave para comprender el sentido de la expresión y diferenciarla de otras anejas como la de «tratamiento ulterior de datos personales» empleada por el RGPD. En pocas palabras, lo que viene a sugerir es que, aunque en el contexto del Espacio los datos de salud electrónicos se recojan primordialmente en ámbitos sanitarios o asistenciales, ello no excluye de la obligación de puesta a disposición para usos secundarios a aquellos datos que pudieran proceder originalmente de otras fuentes (v.g. asociaciones profesionales, instituciones públicas, personas investigadoras, aseguradoras, etc.) o que se hubieran recogido con otros fines[29]. De este modo, encontraremos tratamientos iniciales de datos según el RGPD que no encajarán en el concepto de «uso primario» vislumbrado por la Propuesta sino, más bien, en el de «uso secundario», pero respecto de los cuales aplicaría igualmente la obligación legal de puesta a disposición[30]. Esta compleja interacción probablemente se comprenda mejor con un ejemplo. Piénsese en un proyecto de investigación o en un ensayo clínico que lleva a cabo una recogida prospectiva de los datos. O en un biobanco o un repositorio de datos que se crea y obtiene los datos, precisamente, con el fin primigenio de hacerlos disponibles para otros estudios. En ambos escenarios la finalidad de la recogida inicial no es otra que la investigación científica entendida en sentido amplio, pese a lo cual, bajo el régimen del EEDS, seguirán catalogándose como usos secundarios.

Esta categorización que se realiza de los usos secundarios es ambigua y tiende a desdibujar todavía más la ya dificultosa distinción conceptual con la figura del tratamiento ulterior de datos personales del RGPD[31]. Ambas expresiones suelen ser invocadas indistintamente con gran asiduidad, aunque no resulten del todo equiparables. De hecho, el concepto de «usos secundarios» es impropio de la jerga de la protección de datos personales ya que alude, de un

[27] Art. 2.2 letra d) de la Propuesta de REEDS.

[28] Art. 2.2 letra e) de la Propuesta de REEDS.

[29] Esto es, precisamente, lo que pretende dar a entender el Considerando 38 de la Propuesta.

[30] En este mismo sentido y entre otras: KISELEVA/DE HERT, «Creating a European Health Data Space: obstacles in four key legal areas», *European Pharmaceutical Law Review*, 5(1), 2021, p. 23; SLOKENBERGA, «Scientific research regime 2.0? Transformations of the research regime and the protection of the data subject that the proposed EHDS regulation promises to bring along», *Technology and Regulation*, 2022, p. 141.

[31] Crítica compartida por CEPD y SEPD, Dictamen Conjunto 03/2022 sobre la Propuesta de REEDS (cit.), p. 13.

modo un tanto genérico, a todos aquellos usos que sean significativamente distintos respecto del contexto, origen o finalidades primigenias de los datos. Generalmente, la distinción entre usos primarios y secundarios se lleva a cabo con atención al ciclo de vida completo de los datos, desde su origen hasta su eventual supresión o desaparición definitiva[32]. Empero, en el caso del EEDS, como se ha visto, no siempre se cumplirá con lo anteriormente dispuesto, en la medida en que la calificación de un uso como primario o secundario se hará, en última instancia, por la vía de su encaje en las categorías preestablecidas por la norma.

Por su parte, ni para la protección de datos en general ni para el RGPD en particular opera dicho concepto de «usos secundarios», siendo la construcción legal más próxima aquella ya aludida de «tratamiento ulterior de datos personales». A saber, toda actividad de tratamiento que el responsable lleva a cabo con posterioridad a la recogida inicial (directa o indirecta) de los datos personales[33]. A tales efectos, no cabe hablar de «usos primarios» sino de «actividad de tratamiento inicial», que será siempre la recogida de los datos personales por un responsable del tratamiento; ni de «usos secundarios» sino, más bien, del conjunto de actividades subsiguientes a la recogida (v.g. almacenamiento, organización, conservación, análisis, etc.), que serán tratamientos ulteriores. Así pues, el foco no se sitúa en el ciclo de vida completo de los datos sino en la fase concreta del tratamiento, es decir, en el conjunto de actividades de tratamiento llevadas a cabo por un responsable desde el momento en que obtiene directa (de la persona interesada) o indirectamente (de otro responsable) los datos personales[34]. El origen, contexto o uso primigenio de los datos, previos a la obtención por ese responsable, resultan indiferentes para su eventual consideración como un tratamiento ulterior[35]. Lo relevante para la protección de datos es que la recogida inicial se lleve a cabo con una finalidad específica y que cualquier tratamiento ulterior resulte compatible con los fines de la recogida inicial, sin que la proveniencia primigenia de los datos pueda condicionar en modo alguno su categorización legal como tratamiento ulterior.

Como puede comprobarse, la interrelación entre ambas figuras es compleja y no ha sido convenientemente abordada por la Propuesta REEDS. Por ello, todo parece indicar que tan ardua tarea deberá ser acometida posteriormente por parte de las autoridades de control nacionales y/o europeas; lo que probablemente dificultará la congruencia teórica y práctica entre ambas figuras y cuerpos normativos, siquiera en sus estadios iniciales de coexistencia.

---

[32] AEPD, «Aproximación a los Espacios de Datos desde la perspectiva del RGPD», cit., p. 13. Por ejemplo, la recogida de datos en el curso de la asistencia sanitaria evoca típicamente un uso primario. Toda reutilización de esos datos en otros contextos o para otros fines que sean diferentes de la propia asistencia sanitaria (v.g. investigación científica, elaboración de estadísticas, mejora del funcionamiento del sistema sanitario, etc.) será considerado un uso secundario, en la medida en que difiere significativamente del contexto o finalidad originarias de los datos si atendemos a su ciclo de vida completo.

[33] Art. 5.1, letra b) y Considerando 50 del RGPD.

[34] BECKER, et. al. «Secondary Use of Personal Health Data: when is it "further processing" under the GDPR and what are the implications for data controllers?», *European Journal of Health Law*, 30(2), 2022, p. 146.

[35] Cabe matizar que, si bien el origen y contexto primigenios son indiferentes a los meros efectos de considerar efectivamente esa actividad como un tratamiento ulterior de datos personales, tales factores sí resultarán relevantes, en cambio, a la hora de evaluar la compatibilidad de los fines de la recogida inicial con los del tratamiento ulterior correspondiente ex art. 6.4 del RGPD.

3. Usos secundarios permitidos y usos secundarios prohibidos

3.1. Usos secundarios permitidos (art. 34): especial alusión a la investigación científica y la Inteligencia Artificial

Como se anticipaba supra, el art. 34.1 de la Propuesta de REEDS introduce un listado exhaustivo y cerrado de fines del tratamiento expresamente permitidos o, dicho de otro modo, de usos secundarios respecto de los cuales aplicará la obligación legal de puesta a disposición de los datos por parte de sus titulares. Son un total de ocho que, sin embargo, pueden clasificarse en dos grupos bien diferenciados por razón de la naturaleza de los titulares de datos que pueden presentar las correspondientes solicitudes de acceso a datos:

i) Usos secundarios permitidos exclusivamente para organismos del sector público e instituciones y organismos de la UE en el ejercicio de sus funciones públicas. Incluirá también aquellos terceros a quienes se encomiende el ejercicio de dichas funciones públicas[36]. Se trata de los fines mencionados en las letras a), b) y c) del art. 34.1 de la Propuesta y que se refieren a aquellos tradicionalmente coligados a cláusulas de «interés público», a saber:

- Las actividades de interés público en el ámbito de la salud pública y la salud laboral, como la protección contra las amenazas transfronterizas graves para la salud, la vigilancia de la salud pública o la garantía de unos niveles elevados de calidad y seguridad de la asistencia sanitaria y de los medicamentos o productos sanitarios.

- El apoyo a los organismos del sector público, incluidas las autoridades reguladoras, en el sector sanitario o asistencial, en el desempeño de sus funciones.

- La elaboración de estadísticas oficiales nacionales, plurinacionales y de la Unión relativas al sector sanitario o asistencial.

ii) Usos secundarios permitidos para cualquier persona física o jurídica. Lo que incluye, además de los organismos e instituciones públicas mencionadas en el punto anterior, cualquier persona o entidad público-privada o privada, con o sin ánimo de lucro. Estos usos secundarios comprenden, en particular, los siguientes:

- Las actividades de educación o de enseñanza en el sector sanitario o asistencial.

- La prestación de asistencia sanitaria personalizada (medicina personalizada).

- La investigación científica relacionada con el sector sanitario o asistencial.

- Las actividades de desarrollo e innovación de productos o servicios que contribuyan a la salud pública o a la seguridad social, o que garanticen niveles elevados de calidad y seguridad de la asistencia sanitaria, de los medicamentos o productos sanitarios.

[36] Art. 33.2 de la Propuesta de REEDS.

- El entrenamiento, la prueba y la evaluación de algoritmos, también con respecto a los productos sanitarios, los sistemas de IA y las aplicaciones sanitarias digitales, que contribuyan a la salud pública o a la seguridad social.

Debe llamarse la atención sobre estos tres últimos usos secundarios habilitados por la Propuesta «para cualquier persona física o jurídica». Compartimos, en este sentido, la preocupación manifestada por el CEPD y el SEPD[37] y por una parte de la doctrina[38] y destacamos la necesidad de llevar a cabo una enmienda a este respecto.

Primeramente y, salvo que se remedie en su versión final, todo parece indicar que el REEDS será otra oportunidad legislativa perdida para delimitar con claridad el concepto y los contornos de la «investigación científica» en relación con los tratamientos de datos de carácter personal y, en definitiva, para otorgar una mayor seguridad jurídica a las personas u organizaciones que persigan legítimamente tales finalidades. La Propuesta parece limitarse a seguir la amplia pero ambigua concepción del RGPD[39] matizando únicamente que la investigación deberá hallarse relacionada «con el sector sanitario o asistencial». Con ello, renuncia a fijar unas condiciones mínimas exigibles a la cualificación de una finalidad como propiamente de «investigación científica» tales como la aplicación de normas, estándares o garantías éticas y metodológicas. En última instancia, tampoco se esclarece si los fines de investigación científica que legitimarían un acceso a datos en el seno del EEDS incluirían únicamente aquellos susceptibles de producir un beneficio o bienestar para un grupo de personas o para el interés general de la sociedad en su conjunto. La respuesta a esto último, entendemos, debe ser afirmativa, puesto que de otro modo ello no respetaría el objetivo de la Propuesta de priorizar el acceso a los datos para usos secundarios que contribuyan al interés general de la sociedad[40]. Por fin y por lo que atañe particularmente al caso español, consideramos prioritario resolver la potencial interacción entre la referida noción de «investigación científica relacionada con el sector sanitario o asistencial» y aquellas otras contenidas en la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales (investigación en salud, biomédica y en salud pública»)[41] que, de no llevarse a cabo con rigurosidad y prontitud, podría erigirse en una nueva fuente de conflictos y asimetrías.

---

[37] CEPD y SEPD, Dictamen Conjunto 03/2022 sobre la Propuesta de REEDS, cit., p. 22.

[38] SHABANI, «Will the European Health Data Space change data sharing rules?», *Science*, 375, 2022, pp. 1357 ss.; MARELLI, et. al, «The European Health Data Space: too big to succeed?», *Health Policy*, 135, 104861, 2023.

[39] Considerando 44 de la Propuesta de REEDS: «El suministro de datos también debe apoyar actividades relacionadas con la investigación científica (incluida la investigación privada), el desarrollo y la innovación». Ello replica en gran medida lo dispuesto por el Considerando 159 del RGPD: «El tratamiento de datos personales con fines de investigación científica debe interpretarse, a efectos del presente Reglamento, de manera amplia, que incluya, por ejemplo, el desarrollo tecnológico y la demostración, la investigación fundamental, la investigación aplicada y la investigación financiada por el sector privado».

[40] Considerando 41 de la Propuesta de REEDS: «El acceso a los datos para uso secundario debe contribuir al interés general de la sociedad». De la misma opinión es MARTÍNEZ MARTÍNEZ, para quien el EEDS representa «una concepción que integra los intereses colectivos haciéndolos compatibles con todos aquellos intereses individuales y particularmente con la garantía de los derechos fundamentales, la libertad de creación científica y técnica o la libertad de empresa». En relación con esto último, vid: MARTÍNEZ MARTÍNEZ, «Digitalización y construcción normativa de los Espacios Europeos de Datos: retos para el sector público», *La Ley Privacidad*, 13, 2022, p. 9.

[41] Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. «BOE» núm. 294, de 06/12/2018. Vid. en particular su Disposición Adicional Decimoséptima, apartado segundo.

En segundo y último lugar, consideramos particularmente problemáticos los usos secundarios habilitados para «actividades de desarrollo e innovación de productos o servicios» y para «el entrenamiento, la prueba y la evaluación de algoritmos»; o, más bien, la forma en que quedan reflejados y descritos por el REEDS. De acogerse, como parece, la concepción amplia de fines investigación científica proclamada por el RGPD, ambos usos deberían quedar necesariamente subsumidos por esta puesto que abarca, en sentido lato, el desarrollo tecnológico, la demostración, la investigación aplicada y la investigación financiada por el sector privado. En lo que se refiere, en particular, a los usos secundarios para el desarrollo de algoritmos y sistemas de IA, su inclusión expresa y diferenciada constituye a nuestro juicio una clara alteración del principio normativo de neutralidad tecnológica, de suerte que, con ello, el legislador estaría confiriendo primacía al desarrollo o demostración de una o varias herramientas o tecnologías en detrimento de otras coetáneas o venideras. Finalmente, si bien es cierto que la Inteligencia Artificial parece anticipar una miríada de aplicaciones y usos beneficiosos para la prestación de la asistencia sanitaria o la investigación, no existe a día de hoy un grado de evidencia científica suficiente que justifique la concesión de esta suerte de régimen *sui generis*[42].

Por todo lo anterior, la Propuesta debería evitar aludir por separado a los usos secundarios para el desarrollo de algoritmos o sistemas de Inteligencia Artificial o, en caso de que se considerase indispensable mantenerlo por razones de política legislativa, debería realizarse a efectos meramente ilustrativos de lo que se entiende por un uso secundario de investigación científica en sentido amplio. Con ello, por un lado, se preserva la neutralidad de la norma para con la tecnología a desarrollar o demostrar (así como la libertad de elección del método científico) y, por otro, se evita la posible inobservancia por parte de ciertos actores tradicionalmente ajenos al sector investigativo de las garantías, principios o procedimientos aplicables a tales actividades. Lo que se instituye, en definitiva, crucial a fin de evitar la proliferación de prácticas o usos abusivos disfrazadas de fines de investigación científica genuina. Este ha sido, de hecho, el sentido de la enmienda formulada por el Comité LIBE del Parlamento Europeo[43].

3.2. Usos secundarios prohibidos (art. 35)

Para concluir con este punto, además del ya indicado listado de usos permitidos, el REEDS se refiere a una serie de usos secundarios que se encuentran, en todo caso, prohibidos[44]. Cabe cuestionarse el sentido de esta disposición, en la medida en que podría entenderse que cualquier uso no permitido explícitamente por el art. 34.1 anteriormente referido habría de quedar,

[42] TERZIS, «Compromises and Asymmetries in the European Health Data Space», *European Journal of Health Law*, 30(3), 2022, p. 363.

[43] European Parliament (Committee on the Environment, Public Health and Food Safety & Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs), *Draft Report on the proposal for a Regulation on the European Health Data Space*, 2022/0140(COD) 10/02/2023. Propuesta de enmienda núm. 89, p. 57.

[44] Se encuentran prohibidos, en virtud de lo dispuesto por el art. 35 de la Propuesta de REEDS aquellos usos secundarios cuyo fin sea: a) tomar decisiones perjudiciales para una persona física sobre la base de sus datos sanitarios electrónicos; b) tomar decisiones en relación con una persona física o grupos de personas físicas para excluirlas del beneficio de un contrato de seguro o modificar sus cotizaciones y primas de seguro; c) llevar a cabo actividades de publicidad o comercialización dirigidas a profesionales sanitarios, organizaciones del sector o personas físicas; d) facilitar el acceso a los datos sanitarios electrónicos a terceros no mencionados en el permiso de datos, o ponerlos a su disposición de algún otro modo; y e) desarrollar productos o servicios que puedan perjudicar a las personas y a las sociedades en general, incluidas, entre otras, las drogas ilícitas, las bebidas alcohólicas, los productos del tabaco o los bienes o servicios diseñados o modificados de manera que contravengan el orden público o la moral.

automáticamente, proscrito o excluido de ser alegado en una solicitud de acceso a datos. A grandes rasgos, el componente común de todos los usos prohibidos designados radica en su potencial perjuicio para las personas físicas o para el interés general, de manera que actúa como cláusula de cierre para garantizar la buena fe de los usuarios de los datos y el respeto de la moral y el orden público. Con ello, viene a proclamar una salvaguarda reforzada frente a determinadas prácticas discriminatorias o abusivas[45] o ciertas conductas o finalidades de tratamiento que hayan sido social o moralmente reprobadas por la ciudadanía[46].

Nos parece oportuno finalizar con una breve reflexión de ética jurídica: ¿quién y con arreglo a qué criterios podrá decidir cuáles son los usos permitidos y prohibidos? No deja de ser una pregunta retórica pues trata de una decisión, en última instancia, política; lo que no ha de significar que el legislador *motu proprio* sea el mejor situado para adoptarla[47]. A nuestro juicio, la única forma de que el REEDS responda efectivamente a los bienintencionados objetivos para los que ha sido concebido sin menoscabar la confianza de la sociedad en el sistema propuesto, es la articulación de un proceso transparente y participativo que dé voz a las diferentes partes interesadas a la hora de mantener los usos secundarios existentes o de introducir cualesquiera otros inicialmente no previstos. La aceptación social de los usos secundarios permitidos o la confianza pública en los mecanismos de gobernanza propuestos no vendrán automáticamente otorgadas por la legitimidad jurídica de la norma[48]. De otro modo, el Espacio podría correr el riesgo de seguir la estela de las (no pocas) iniciativas que se han llevado a cabo en un sentido similar y que han terminado decayendo por una prematura quiebra de la confianza de las partes afectadas y de la sociedad en su conjunto.

---

[45] Con lo que la Propuesta vendría a alinearse con la prohibición proclamada, entre otros, por el art. 14 de la Declaración Internacional de la UNESCO sobre Datos Genéticos Humanos, o por el Considerando 54 del RGPD («este tratamiento de datos relativos a la salud por razones de interés público no debe dar lugar a que terceros, como empresarios, compañías de seguros o entidades bancarias, traten los datos personales con otros fines»).

[46] Valga como ilustración un estudio recientemente llevado a cabo sobre las actitudes de la ciudadanía europea respecto a la reutilización de sus datos de salud, que evidenció una aversión generalizada frente a: i) la comercialización con fines de lucro de tales datos por parte de compañías privadas; ii) el uso en contextos laborales o por parte de los empleadores; iii) el uso por parte de compañías aseguradoras para denegar contratos de seguro o subir primas; y iv) su uso con fines publicitarios y de marketing. Vid. SKOVGAARD, et.al, «A review of attitudes towards the reuse of health data among people in the European Union: the primacy of purpose and the common good», *Health Policy*, 123(6), 2019. En un sentido similar cabría invocar, asimismo, los trabajos preliminares a la Propuesta de REEDS llevados a cabo en el seno de la iniciativa TEHDAS, que evidenciaron una opinión mayoritariamente contraria a la reutilización de datos de salud electrónicos por parte de compañías de seguros, empleadores, entidades bancarias o multinacionales. Towards the European Health Data Space Joint Action (TEHDAS), *Healthy Data – an online citizen consultation about health data reuse*, 2022.

[47] Vid. también, en sentido similar: KAPLAN, «How Should Health Data Be Used? Privacy, Secondary Use, and Big Data Sales», *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 25(2), 2016, pp. 312 ss; y FORGÓ, «My health data – your research: some preliminary thoughts on different values in the General Data Protection Regulation», *International Data Privacy Law*, 5(1), 2015, p. 62.

[48] STAUNTON, Ciara, et al. «Ethical and social reflections on the proposed European Health Data Space», *European Journal of Human Genetics*, 2024, p. 4. Esto es de suma importancia si se tiene en cuenta que, con arreglo al REEDS, los datos podrán utilizarse para fines inicialmente no consentidos por las personas interesadas o que no hubieran podido prever en el momento en que se recogieron sus datos. Piénsese en los datos contenidos en las historias clínicas electrónicas y en lo inesperado que para los pacientes pudiera resultar que aquellos fueran eventualmente utilizados para desarrollar o entrenar algoritmos y sistemas de IA.

4. Componentes y actores principales del Espacio Europeo de Datos de Salud

El Espacio incorporará, previsiblemente, todo un conglomerado de nuevos actores y componentes que puede llegar a parecer un tanto abrumador a simple vista. Máxime, toda vez que aquéllos habrán de coexistir e interrelacionarse con los ya establecidos por la normativa de protección de datos, incluyendo sus principios básicos, roles (v.g. responsables y encargados del tratamiento, entre otros) o bases de licitud. A tal efecto, el REEDS se situaría en una posición de complementariedad con el RGPD en la que, aun sin desplazar sus disposiciones y principios generalmente aplicables, sí que los matiza o desarrolla en ciertos aspectos[49]. En gran medida, porque el Espacio no es sino una pronta reacción legislativa frente a las carencias observadas durante el breve lapso de vigencia del RGPD y que afectan sobremanera al tratamiento de datos genéticos y datos relativos a la salud, en especial, en lo que a fines estadísticos, de archivo en interés público e investigación científica e histórica se refiere[50].

Así, en lo que concierne al uso secundario de datos de salud electrónicos, el EEDS prevé articular un sistema que opere sobre la base de cuatro actores o componentes principales: i) los titulares de datos; ii) los usuarios de datos; iii) los organismos de acceso a datos; y iv) una infraestructura para el acceso transfronterizo a datos (*HealthData@EU*).

4.1. Titulares de datos

Son todas aquellas personas físicas o jurídicas que constituyan entidades u organismos del sector sanitario o asistencial o que lleven a cabo investigaciones en relación con estos sectores, así como instituciones, órganos y organismos de la UE, que tienen la obligación de poner a disposición de los usuarios determinados datos de salud electrónicos. Núcleo que incluiría a prestadores de asistencia sanitaria, asociaciones u otras entidades sin ánimo de lucro o privadas que desempeñen un papel fundamental en el sector sanitario y otras que reciban financiación pública de la Unión o de los Estados miembros con fines de investigación, estadísticos u otros fines similares[51]. Quedan excluidas, no obstante, tanto de su consideración como titulares de datos, como de la obligación de puesta disposición de datos, las microempresas[52]. En líneas generales, comprende mayormente entidades, organizaciones u organismos del sector sanitario, asistencial o investigativo públicos y/o aquellas sin ánimo de lucro o privadas que se encuentren estrechamente vinculadas con las primeras o que reciban financiación pública para el desarrollo

[49] Tal y como dispone el Considerando 37 de la Propuesta, el Reglamento proporciona bases jurídicas de conformidad con el art. 6.1 del RGPD y excepciones al tratamiento de categorías especiales de datos de acuerdo con el art. 9.2 del RGPD para el uso secundario de datos de salud electrónicos personales. Asimismo, el texto provee de garantías adecuadas en el sentido del art. 89.1 del RGPD, tanto organizativas y de gobernanza (v.g. organismos de acceso a datos) como técnicas (v.g. seudonimización, entornos de tratamiento seguros).

[50] Como advertíamos en otra parte, la persistencia de ciertas cláusulas abiertas y de remisión a los Estados miembros (v.g. arts. 9.2.j, 9.4 o 89 del RGPD) han derivado en un escenario fragmentado incluso a nivel comunitario, dificultando notoriamente la labor interpretativa y aplicativa de los operadores jurídicos de determinados sectores. Vid.: RECUERO, «La investigación científica con datos personales genéticos y datos relativos a la salud: perspectiva europea ante el desafío globalizado», *Premios de Investigación en Protección de Datos Personales Emilio Aced*, Agencia Española de Protección de Datos, Madrid, 2019.

[51] Art. 2.2.y) y Considerando 40 de la Propuesta de REEDS.

[52] Considerando 40 y art. 33.2 de la Propuesta de REEDS.

de sus actividades. Así pues, se trata de una definición lo suficientemente comprehensiva para abarcar, entre otros, centros sanitarios, hospitales, centros de investigación, biobancos, repositorios, registros poblacionales, instituciones académicas e, incluso, empresas farmacéuticas, prestadores de servicios y fabricantes de productos sanitarios.

El elemento que aglutina toda esta amalgama de actores bajo una designación común es la imposición de una obligación por el art. 33.1 de la norma: la puesta a disposición de una serie de categorías mínimas de datos de salud electrónicos para su uso secundario por parte de los usuarios de datos que así lo soliciten. Este precepto proclama e instituye una auténtica «obligación legal» en el sentido del art. 6.1, letra b) del RGPD que conmina a los titulares de los datos, en tanto responsables del tratamiento, a ponerlos a disposición de los usuarios de datos para los usos secundarios permitidos anteriormente descritos[53]. Dicho de otro modo, tales actividades de puesta a disposición de datos personales, en la medida en que equivalen a un tratamiento ulterior, serán declaradas ex lege compatibles con la finalidad de la recogida inicial de los datos. Paralelamente, puesto que nos hallamos ante categorías especiales de datos personales (datos genéticos o datos relativos a la salud en el sentido del RGPD), el REEDS también proveería, por medio del meritado art. 33.1, de una o varias excepciones a la prohibición del tratamiento instituida por el art. 9.2 del RGPD. En este punto, la elección de la circunstancia concreta para levantar el veto del art. 9.1 no está del todo clara, pues dependerá del uso secundario al que pretendan destinarse los datos por parte del usuario, pero habrá de entenderse comprendida en todo caso en alguna de las letras h), i) o j) del art. 9.2 del RGPD.

4.2. Usuarios de datos

Son todas aquellas personas físicas o jurídicas que tienen acceso legítimo a los datos de salud electrónicos personales y que están autorizadas a utilizarlos con alguno de los fines del art. 34.1 REEDS, incluyendo usos no comerciales y comerciales[54]. Como cabe apreciar, se trata de un conjunto ostensiblemente más comprehensivo de personas y entidades que el de los titulares de datos y que integraría, básicamente, a «cualquier persona física o jurídica»[55]. Por lo tanto, cualquier persona o entidad (pública o privada, con o sin ánimo de lucro) podrá legítimamente solicitar el acceso a los datos, con independencia del sector en que desarrolle su actividad. Contrasta ello con el círculo más restringido de los titulares de datos, que deben tratarse necesariamente de personas, entidades u organismos del sector sanitario, asistencial o investigativo. Como advierte TERZIS, tal sesgo en el núcleo de sujetos obligados puede terminar otorgando una notoria ventaja competitiva a grandes empresas tecnológicas que, aunque posean sendas filiales relacionadas con la salud digital o la investigación, quedarían expelidas de la obligación legal de facilitar el acceso a sus datos, pero sí podrían, en cambio, solicitar el acceso a aquellos conjuntos de datos del resto de entidades del sector sanitario, asistencial o

[53] Puede verse en este sentido el Considerando 37 de la Propuesta de REEDS.

[54] Art. 2.2, letra z) y Considerando 41 de la Propuesta de REEDS.

[55] Art. 45.1 de la Propuesta de REEDS: «Cualquier persona física o jurídica podrá presentar una solicitud de acceso a los datos para los fines mencionados en el artículo 34».

investigativo[56]. De acogerse, las asimetrías informacionales entre las entidades del sector público y privado no harían sino exacerbarse[57].

Desde la perspectiva de la protección de datos personales, el usuario de datos deberá fundamentar jurídicamente su solicitud de acceso con arreglo a las letras e) o f) del art. 6.1 del RGPD ya que no podrá invocar, como decíamos, la obligación legal contenida en el art. 33.1 de la Propuesta, que resultará únicamente aplicable a los titulares. Así pues, para legitimar su acceso, el usuario únicamente podrá alegar el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos (que se encuentre reconocida por otra norma nacional o de la UE) o el interés legítimo, en cuyo caso las garantías aplicables serán las previstas por el REEDS. Finalmente, en lo que atañe a las excepciones para el tratamiento de categorías especiales de datos, nuevamente, el usuario deberá escoger entre aquellas del art. 9.2 del RGPD que sean más adecuadas a la finalidad pretendida y, concretamente, alguna de las letras h), i) o j). Con todo, la nueva norma no pretende, en absoluto, llevar a cabo una armonización de las bases de licitud ni de las circunstancias del art. 9.2 del RGPD en lo atinente a los usuarios de datos. Presumiblemente, la falta de determinación legislativa en este punto desembocará en la práctica en una limitación del acceso y disponibilidad efectivas de los datos en el contexto del EEDS, actuando la necesidad de justificar el interés público o legítimo subyacente a modo de criba de aquellas solicitudes de acceso potencialmente infundadas o desproporcionadas.

4.3. Organismos de acceso a datos

Son los organismos responsables de conceder el acceso a los datos de salud electrónicos para los usos secundarios permitidos. Su creación compete a los Estados miembros, que podrán crear uno o varios (v.g. uno estatal y/o para cada Comunidad Autónoma con competencias en la materia), pero que deberán designar uno como coordinador y punto de contacto nacional[58]. La Propuesta no aclara si debe tratarse de organismos públicos y/o administrativos, limitándose a reconocer su variabilidad en términos de organización y tamaño, aunque todo parece indicar que sí deberán gozar de dicha consideración, en la medida en que se exige su independencia funcional y la asignación de recursos financieros, físicos y humanos propios. Algunos autores arguyen que esto supone la atribución de un elevado grado de autonomía a los Estados miembros, propiciando entornos y enfoques divergentes y fragmentados e, incluso, el siempre latente riesgo de *forum-shopping*[59]. En cambio, a nuestro parecer, el REEDS dedica no pocos preceptos a detallar y armonizar las funciones y obligaciones de estos organismos (arts. 36 a 39), las posibles tasas y sanciones (arts. 42 y 43), o el contenido y las condiciones mínimas de las solicitudes de acceso y el permiso de datos (arts. 45 y 46, respectivamente). Adicionalmente, no debe pasarse por alto que el EEDS se instituye, ante todo, como una infraestructura eminentemente federada que

[56] TERZIS, *European Journal of Health Law*, 30(3), 2022, p. 363.

[57] Así lo advierte el PARLAMENTO EUROPEO a través de su Comisión de Industria, Investigación y Energía (ITRE). Vid. en este sentido: ITRE, *Study on the European Health Data Space*, 2022, p. 49.

[58] Considerando 42 y art. 36 de la Propuesta de REEDS.

[59] HORGAN, et. al., «European Health Data Space – An opportunity now to grasp the future of data-driven healthcare», *Healthcare*, 10(9), 2022, p. 8.

respete la soberanía estatal e integre las plataformas y nodos preexistentes, en buena medida, por las propias exigencias derivadas de las limitaciones competenciales de la UE[60].

La mayor preocupación en este punto radica, desde nuestro punto de vista, en las interacciones de estos organismos con otros comités y órganos preexistentes y que desempeñan ya funciones o roles similares. Así, por ejemplo, no queda para nada clara su relación con los Comités de Acceso a Datos (DACs, por sus siglas en inglés) que durante décadas han venido instaurándose como «guardianes» del acceso a datos en repositorios, biobancos, consorcios de investigación y plataformas y con quienes podrían llegar a solaparse funcionalmente. Otro paradigma es el de los Comités de Ética correspondientes. La Propuesta de REEDS se limita a demandar «información sobre la evaluación de los aspectos éticos del tratamiento» con ocasión de las solicitudes de acceso a datos seudonimizados «cuando proceda y de conformidad con la legislación nacional» (art. 45.4, letra b) y a proclamar un deber genérico de cooperación con los comités de ética (art. 37.2, letra c). Previsión a todas luces insuficiente y que propiciará problemas de cohesión en los criterios de acceso a datos, especialmente en escenarios de solicitudes transfronterizas, habida cuenta de que la uniformización de los mecanismos legales o de gobernanza no resolverá por sí sola las divergencias jurisdiccionales o institucionales en las prácticas y procedimientos de evaluación de aspectos éticos del tratamiento. Por no hablar de que tales controles quedarían estrictamente circunscritos a determinadas solicitudes (v.g. aquellas realizadas con fines de investigación científica y, en particular, en salud o biomédica), descuidando la necesidad de examinar los aspectos éticos del tratamiento para el resto de los usos secundarios permitidos (v.g. ética en el desarrollo de sistemas de IA)[61]. Por ello, parece razonable que los organismos de acceso integren en su estructura un comité de ética o un grupo de personas expertas en la materia o, en su caso, designen uno o varios externos para llevar a cabo la evaluación de los aspectos éticos de las solicitudes[62].

En lo que se refiere, por fin, a la interacción de lo dispuesto en este apartado con la normativa de protección de datos personales, el desempeño de las diversas funciones atribuidas a los organismos de acceso a datos ha de entenderse comprendida en el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos, en el sentido del art. 6.1 letra e) y de las excepciones correspondientes del art. 9.2 incisos h), i) y j) del RGPD[63]. En el momento en que se conceda el acceso a datos electrónicos personales a un usuario por parte del organismo, ambos serán considerados corresponsables del tratamiento, de conformidad y en las condiciones estipuladas en el permiso de datos correspondiente y hasta que concluya la actividad o

[60] Enfoque compartido por la AEDS: «El nuevo marco europeo no debe perder de vista que la organización y prestación de los servicios sanitarios es un ámbito de responsabilidad primaria de los Estados miembros, sin perjuicio del necesario respeto de la normativa europea de mínimos basada en otros títulos competenciales concurrentes y sin detrimento de un espacio común de datos europeo». ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO SANITARIO, *Recomendaciones sobre el nuevo Espacio Europeo de Datos de Salud*, recomendación núm. 14.

[61] STAUNTON, et al. *European Journal of Human Genetics*, 2024, pp. 3 ss.

[62] MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *La Ley Privacidad*, 13, 2022, p. 13. El autor propone una tercera vía consistente en la creación de un catálogo de comités (v.g. hospitalarios, universitarios) cuyas resoluciones pudieran convalidarse.

[63] Considerando 37 de la Propuesta de REEDS.

actividades de tratamiento en cuestión[64]. Lo anterior confiere a los organismos de acceso un rol legal que va más allá del de meros intermediarios o «custodios» de los datos[65].

4.4. HealthData@EU

Es la infraestructura que conecta los puntos de contacto nacionales[66] y que faculta el acceso transfronterizo a datos de salud electrónicos para uso su secundario a través de una plataforma central[67]. La estructura del EEDS se disgrega en uno o más nodos federados que, aunque han de regirse bajo unas reglas y procedimientos comunes, operan con una cierta independencia funcional. Por consiguiente, cuando un usuario de datos solicita el acceso a conjuntos de datos ubicados en más de un Estado miembro o, en su caso, cuando el acceso se solicita por un usuario de datos sito en un Estado miembro diferente al lugar en el que se encuentran físicamente los datos, se precisa una suerte de plataforma que coordine a todos estos nodos y actores y provea de una pasarela y servicios comunes e integrados. Esta plataforma central se sustentará y será operada por la propia Comisión, quien prestará los servicios necesarios (incluyendo un entorno de tratamiento seguro) en tanto encargada del tratamiento[68]. Por su parte, los nodos o puntos de contacto que intervengan en las correspondientes actividades o solicitudes actuarán como corresponsables del tratamiento[69].

Las posibilidades de esta infraestructura son realmente interesantes, puesto que no solo prevé integrar como nodos a los respectivos puntos de contacto nacionales. Adicionalmente, se podrán conectar a la plataforma instituciones, órganos y organismos de la UE que participen en la investigación o en la política sanitaria (v.g. la Agencia Europea de Medicamentos, el Consorcio de Infraestructuras de Investigación Europeas, el Foro Estratégico Europeo sobre Infraestructuras de Investigación) y hasta consorcios, repositorios, biobancos o bases de datos de investigación relacionadas con la salud[70]. Finalmente, se contempla un mecanismo específico en virtud del cual podrán tener acceso a la infraestructura como participantes autorizados incluso organizaciones internacionales y nodos u organismos de acceso de terceros países.

Esto último presenta un enorme potencial para el impulso de los usos secundarios de datos a escala internacional y global, promoviendo un acceso remoto seguro a datos electrónicos de salud con diversos fines a través de entornos restringidos y controlados que eviten su transmisión física fuera de las fronteras de la Unión o del Espacio Económico Europeo. Inclusive, en el mejor

---

[64] Arts. 51 y 46.14, respectivamente, de la Propuesta de REEDS.

[65] MOLNÁR-GÁBOR, et al. «Bridging the European Data Sharing Divide in Genomic Science», *Journal of Medical Internet Research*, 24(10), 2022, p. 8.

[66] Art. 2.2, letra u) «punto de contacto nacional para el uso secundario de datos sanitarios electrónicos»: una pasarela organizativa y técnica que permite el uso secundario transfronterizo de datos sanitarios electrónicos, bajo la responsabilidad de los Estados miembros. Estos puntos de contacto podrán ser los representantes o coordinadores de los organismos nacionales de acceso a datos (art. 52.1 REEDS).

[67] Art. 2.2, letra v) «plataforma central para el uso secundario de datos sanitarios electrónicos»: una plataforma de interoperabilidad creada por la Comisión, que presta servicios para apoyar y facilitar el intercambio de información entre los puntos de contacto nacionales para el uso secundario de datos sanitarios electrónicos.

[68] Art. 52, apartados 9º y 10º de la Propuesta de REEDS.

[69] Art. 52.11 de la Propuesta de REEDS.

[70] Considerando 55 y art. 52, apartados 3º y 4º de la Propuesta de REEDS.

de los escenarios, ello podría constituir un muy necesario punto de inflexión a la hora de aplicar «en bloque» el régimen de transferencias internacionales de datos personales contenido en el Capítulo V del RGPD o, en su caso, abogar por una mayor adaptabilidad de sus disposiciones. Sea como fuere, se trata de una vía incipiente y poco explorada por la literatura[71], de ahí que resulte conveniente postergarlo para su estudio más exhaustivo en el futuro.

5. Condiciones y procedimientos para el acceso a datos de salud electrónicos en el Espacio Europeo de Datos de Salud

El acceso a datos por parte de los usuarios en el seno del EEDS se llevará a cabo mediante la presentación de una solicitud de acceso a datos ante un organismo de acceso o, en determinados supuestos, directamente ante el titular correspondiente. El contenido mínimo de la solicitud deberá ajustarse a lo dispuesto por el futuro Reglamento[72]. Como regla general, la solicitud de acceso se realizará para datos que se encuentren anonimizados. El usuario podrá solicitar el acceso a datos seudonimizados si, adicionalmente: i) fundamenta su necesidad para alcanzar los fines pretendidos; ii) invoca una base jurídica y, en su caso, una excepción para el tratamiento de categorías especiales de datos en el sentido de los arts. 6.1 y 9.2 del RGPD, respectivamente; y iii) si fuera exigido por la legislación nacional aplicable, facilita la información correspondiente sobre la evaluación de los aspectos éticos del tratamiento de datos o proyecto de investigación. Asimismo, el acceso se producirá en todo caso a través de un entorno de tratamiento seguro que incluya las debidas medidas técnicas, organizativas y de seguridad y, en particular, aquellas mencionadas expresamente por el art. 50 de la Propuesta de REEDS.

Recibida la solicitud de acceso se procederá a tramitar el procedimiento correspondiente, que se trata de un proceso reglado y que es común a nivel europeo, a fin de garantizar la uniformidad de criterios entre Estados miembros. Esencialmente, la Propuesta prevé dos clases de procedimientos: uno *general*, aplicable a las solicitudes de acceso que impliquen varios conjuntos de datos de dos o más Estados miembros, y otro *simplificado*, para aquellos supuestos en que un usuario solicite el acceso a datos ante un titular y de un único Estado miembro. Naturalmente, aunque existen algunas diferencias en las que más adelante se ahondará, comparten la gran mayoría de componentes. Así, en ambos casos el procedimiento finaliza con la expedición de un «permiso de datos», una decisión administrativa por la que se concede el acceso a los datos a los usuarios solicitantes y para los usos especificados en su solicitud[73]. Este permiso será el que establezca las condiciones generales aplicables al acceso y deberá incluir, entre otros: los tipos y el formato de los datos, la finalidad para la que se facilitan, la duración del permiso, las

[71] Es más, el potencial de este cauce solo ha sido advertido, hasta la fecha, en otra publicación en que abordábamos esta misma cuestión de manera preliminar: MOLNÁR-GÁBOR, et al., *Journal of Medical Internet Research*, 24(10), 2022, pp. 8 ss.

[72] Art. 45.2 de la Propuesta de REEDS. La solicitud de acceso a datos incluirá: a) una explicación detallada del uso previsto de los datos, especificando el fin o fines de los contemplados en el art. 34.1; b) una descripción de los datos de salud electrónicos solicitados, su formato y fuentes de datos, cuando sea posible, incluida la cobertura geográfica cuando se soliciten datos de varios Estados miembros; c) una indicación de si los datos deben facilitarse en un formato anonimizado; d) cuando proceda, una explicación de los motivos por los que se solicita el acceso a datos en un formato seudonimizado; e) una descripción de las garantías previstas para evitar otros usos no autorizados: f) una descripción de las garantías previstas para proteger los derechos e intereses de los titulares de datos y de las personas físicas afectadas; g) una estimación del período de tiempo necesario; y h) una descripción de las herramientas y recursos informáticos necesarios.

[73] Propuesta de REEDS, art. 2.2, letra a) «permiso de datos».

características técnicas y herramientas para su tratamiento en entornos seguros o, en su caso, las tasas a abonar por el usuario[74]. La duración del permiso será aquella estrictamente necesaria para el cumplimiento de los fines para los cuales se solicita el acceso, sin que pueda exceder de cinco años[75]. Excepcionalmente, el usuario podrá solicitar una única prórroga de hasta cinco años adicionales, siempre que lo justifique debidamente un mes antes de la expiración del primer plazo concedido.

Finalmente, la Propuesta también prevé otras obligaciones comúnmente aplicables con independencia del procedimiento seguido. Primera, impone a todo usuario el deber de informar al organismo de acceso o titular correspondiente de cualquier hallazgo imprevisto o conclusión clínicamente significativa para la salud de las personas físicas[76]. Segunda, conmina a los usuarios a hacer públicos los resultados, servicios o productos resultantes dentro de los dieciocho meses siguientes a la finalización del plazo concedido para el permiso[77]. Ello deberá incluir el debido reconocimiento de las fuentes de acceso y, si fuera el caso, el retorno de los conjuntos de datos enriquecidos al titular correspondiente, a fin de que pueda, nuevamente, hacerlos disponibles para su uso secundario por otros usuarios.

Seguidamente, como colofón, nos referimos por separado a las dos clases de procedimientos de acceso existentes junto con sus especificidades.

5.1. Procedimiento ordinario

Se trata de aquél generalmente aplicable cuando la solicitud de acceso requiera la combinación de varios conjuntos de datos, se refiera a dos o más titulares de datos o sea de carácter plurinacional, esto es, involucre a dos o más Estados miembros. En tales supuestos, la solicitud de acceso deberá presentarse siempre ante un organismo de acceso, el de elección del usuario, pues rige el «principio de solicitud única». Ello permite a los usuarios presentar la solicitud de acceso ante cualquier organismo, siendo este último el responsable de trasladar su recepción al resto de involucrados, lo que se llevará a cabo por medio de la ya mencionada plataforma *HealthData@EU*.

Recibida la solicitud, el organismo de acceso dispondrá de un plazo de dos meses, prorrogables por otros dos si así lo exigiese la complejidad de la petición[78], para conceder el permiso de datos o denegar de forma razonada la solicitud de acceso. Expedido el permiso, el organismo solicitará al titular o titulares el acceso a los datos correspondientes y los pondrá a disposición del usuario solicitante a través de un entorno de tratamiento seguro. Este último paso deberá llevarse a cabo por el organismo de acceso dentro de los dos meses siguientes contados a partir de la recepción de los conjuntos de datos del titular o titulares, que podrá igualmente prorrogarse por otros dos meses más en caso de peticiones complejas[79].

---

[74] Art. 46.6 de la Propuesta de REEDS.

[75] Art. 46.9 de la Propuesta de REEDS.

[76] Art. 46.12 de la Propuesta de REEDS.

[77] Art. 46.11 de la Propuesta de REEDS.

[78] Art. 46.3 de la Propuesta de REEDS.

[79] Art. 46.4 de la Propuesta de REEDS.

5.2. Procedimiento simplificado

Aunque el REEDS no le otorga expresamente esta denominación, se trata de un procedimiento simplificado en la medida en que se lleva a cabo sin la intervención de los organismos de acceso y con el fin de aligerar su previsible carga administrativa[80]. Se aplica a aquellos supuestos en que el usuario solicita el acceso a conjuntos de datos de un titular individual y en un único Estado miembro. De cumplirse tal condicionalidad, la petición del usuario podrá dirigirse directamente ante el titular correspondiente, quien será quien sopese la solicitud y, en su caso, quien conceda el permiso de datos[81].

No obstante, el titular deberá cumplir los requisitos de tiempo y forma generalmente aplicables al procedimiento ordinario, incluyendo el contenido mínimo exigible a las solicitudes y permisos. Esto incluye el plazo máximo de dos meses para responder a la solicitud (prorrogable por otros dos en caso de peticiones complejas) y, concedida aquella y expedido el permiso, de otros dos meses (prorrogables) para poner a disposición del usuario los datos mediante un entorno de tratamiento seguro.

La inclusión de este procedimiento en la versión final de la Propuesta resulta, a día de hoy, incierta, habida cuenta de que diversos agentes se han pronunciado en contra de mantenerlo por los potenciales riesgos de prescindir de la intermediación y supervisión de los organismos de acceso[82]. A nuestro parecer, si bien es cierto que la intervención de los citados organismos constituye un pilar fundamental del EEDS y una garantía del correcto funcionamiento de sus mecanismos de gobernanza, nada impide a estas entidades (o, en su caso, a las autoridades de protección de datos competentes) llevar a cabo un control y monitorización ex post ni, por supuesto, la eventual imposición de sanciones. Es más, para ello precisamente introduce este tipo de procedimiento la obligación de que los titulares informen al organismo de acceso competente, en un plazo máximo de tres meses, de todas las solicitudes de acceso recibidas y, en su caso, de los permisos expedidos[83]. Ello se alinea, por ende, con las obligaciones de responsabilidad proactiva del RGPD, de suerte que el grado de control del cumplimiento efectivo dependerá, en última instancia, de que los organismos sean dotados de recursos suficientes para el desempeño de tales funciones con la diligencia y eficiencia debidas.

6. Conclusiones

La creación del Espacio Europeo de Datos de Salud por medio de la aprobación de su correspondiente Reglamento (REEDS) pretende erigirse como un importante hito para superar la fragmentación normativa existente, establecer mecanismos de gobernanza comunes y, en suma, impulsar la reutilización de datos de salud en beneficio de la sociedad y del interés general. Se trata de un instrumento de suma complejidad por cuanto regulará una pluralidad de cuestiones interdisciplinares, debiendo coexistir e interaccionarse con la lógica sistemática de normas ya

[80] Así se infiere de lo dispuesto por el Considerando 53 de la Propuesta de REEDS.

[81] Considerando 53 y art. 49 de la Propuesta de REEDS.

[82] En este sentido se han pronunciado, entre otros: Committee on the Environment, Public Health and Food Safety & Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, *Draft Report on the proposal for a Regulation on the European Health Data Space*, p. 6; y BEUC, *Position paper on the proposed European Health Data Space*, p. 14.

[83] Art. 49.4 de la Propuesta de REEDS.

vigentes, tales como el RGPD. El tercer pilar de la Propuesta (Capítulo IV, arts. 33 a 58) se ocupa de los usos secundarios de los datos de salud electrónicos. Por medio del presente artículo se ha acometido un estudio comprehensivo de este régimen de acceso a los datos electrónicos de salud para usos secundarios, con especial atención a aquellos de carácter personal. Con ello, se han examinado sus carencias y virtudes y su compleja integración e interacción con la normativa europea de protección de datos de carácter personal, en particular, con el RGPD.

Así, en primer lugar, el régimen propuesto consolida una doble tendencia expansiva con respecto al RGPD. Por un lado, porque el ámbito de aplicación objetivo del REEDS se extenderá tanto a los datos electrónicos personales como a los no personales, confirmándose el viraje hacia un modelo finalista en que los tratamientos de datos pasarían a a autorizarse por razón de sus eventuales usos o finalidades; y tratando de solventar, a su vez, la cada vez más difusa dicotomía entre el dato personal y el no personal y/o el dato sensible y el no sensible. Por otro lado, la Propuesta acuña una noción de «datos de salud electrónicos personales» que es conceptualmente más extensa que la de «datos relativos a la salud» empleada por el RGPD, en la medida en que la primera incluye no solo estos últimos, sino también los «datos genéticos» en general; dos categorías especiales de datos, de por sí, abiertas y comprehensivas. Como resultado de ello, el texto español de la Propuesta debe ser enmendado a fin de corregir la inoportuna confusión entre los términos en inglés «*health data*» y «*healthcare data*» que equivaldrían a lo que conocemos, respectivamente, como «datos de salud» y «datos sanitarios», de suerte que el último evocaría un ámbito considerablemente más estricto que el realmente pretendido por el legislador.

En segundo lugar, otra compleja interacción es la del concepto de «uso secundario» del REEDS, tradicionalmente ajena a la jerga de la protección de datos personales, con la noción de «tratamiento ulterior» empleada por el RGPD. La categorización de los usos secundarios que realiza la Propuesta es ambigua y, aunque ambas expresiones suelen ser indistintamente invocadas con gran asiduidad, no resultan del todo equiparables. A efectos de protección de datos no cabe hablar de «usos primarios» sino de «tratamiento inicial», ni de «usos secundarios» sino de «tratamientos ulteriores». La interrelación de ambas figuras es compleja y no ha sido abordada en absoluto por el texto del REEDS, por lo que deberá ser, en su caso, acometida por parte de las autoridades de control naciones o europeas si lo que se pretende es lograr una coexistencia y congruencia interpretativa y aplicativa entre ambos cuerpos normativos.

En tercer lugar, en lo que se refiere a los usos secundarios permitidos, la Propuesta establece taxativamente un total de ocho, que pueden clasificarse en dos grupos bien diferenciados por razón de la naturaleza de los titulares de datos que pueden presentar las solicitudes de acceso a datos. En lo que concierne particularmente a los usos secundarios de investigación científica, el REEDS constituye otra oportunidad legislativa perdida para delimitar con claridad el concepto y los contornos de los fines de «investigación científica», pues se limita a seguir la estela del RGPD enunciando un concepto amplio, pero ambiguo. Como consecuencia de la adopción de la noción comprehensiva del RGPD, la mención expresa a los usos secundarios de «actividades de desarrollo e innovación de productos o servicios» y «el entrenamiento, la prueba y la evaluación de algoritmos» debería ser suprimida por encontrarse ya subsumidos en la de «investigación científica» en sentido lato o, en su caso, deberían incluirse a efectos meramente descriptivos e ilustrativos de esta última. Por fin, consideramos que la única forma de que el futuro REEDS responda fielmente a los objetivos para los que ha sido concebido y, a su vez, no termine por menoscabar la confianza de la sociedad en el sistema propuesto, es la articulación de un proceso

transparente y participativo que dé voz a las diferentes partes interesadas a la hora de mantener los usos secundarios permitidos o prohibidos o de introducir cualesquiera otros no previstos.

En cuarto lugar, el REEDS pretende implementar todo un conglomerado de nuevos actores y componentes que deberán interrelacionarse y coexistir con aquellos ya existentes por mor de la normativa de protección de datos personales, incluyendo sus principios, bases de licitud o roles legales. Bajo la designación de *titulares de datos* se agrupa a todo un conjunto de personas físicas o jurídicas, entidades u organismos del sector sanitario o asistencial cuyo elemento aglutinador es la obligación de puesta a disposición para su uso secundario por los usuarios de los datos que así lo soliciten. Por su parte, los *usuarios de datos* que, a diferencia de los titulares, incluyen cualesquiera personas físicas o jurídicas, con independencia del sector en que desarrollen su actividad. En lo que concierne a los *organismos de acceso a datos*, se trata de organismos públicos y/o administrativos con independencia funcional y económica a quienes competerá, entre otras, conceder el acceso a los datos de salud electrónicos mediante el otorgamiento de un permiso de acceso a datos y previa solicitud de acceso por un usuario de datos. Concedido el acceso, usuario y organismos de acceso serán considerados corresponsables del tratamiento hasta la conclusión de las actividades de tratamiento en cuestión. Finalmente, el REEDS instituirá una infraestructura transfronteriza (*HealthData@EU*) que coordinará los diversos nodos federados y organismos de acceso que integren el Espacio y será operada por la Comisión Europea, quien ocupará la posición de encargada del tratamiento. Interesantemente, podrán incorporarse como participantes autorizados a esta plataforma no solo organismos, instituciones, consorcios, repositorios o biobancos de la UE, sino también organizaciones internacionales y nodos u organismos de acceso de terceros países.

En quinta y última instancia, el acceso a datos para usos secundarios en el seno del EEDS se sustanciará por medio de un proceso reglado y común a nivel europeo, previéndose al efecto dos tipos de procedimientos: uno *general*, aplicable a las solicitudes de acceso que impliquen varios conjuntos de datos situados en dos o más Estados miembros y otro *simplificado*, para aquellos supuestos en que un usuario solicite el acceso a datos de un único titular de un solo Estado miembro. La principal diferencia entre ambos procedimientos estriba en que en el primero de ellos la intermediación de uno o más organismos de acceso es obligatoria, mientras que en el simplificado los usuarios podrán presentar sus solicitudes de acceso directamente ante los titulares correspondientes. Si bien es cierto que el hecho de prescindir de la intervención de los organismos de acceso ha suscitado ciertas reticencias, a nuestro parecer, el REEDS establece obligaciones y garantías adecuadas y suficientes y, en cualquier caso, nada impide un control ex post de los permisos concedidos y de los usos secundarios alegados ni, por supuesto, la eventual imposición de sanciones. En definitiva, lo anterior se alinea con el principio de responsabilidad proactiva del RGPD, siendo así que el grado de control del cumplimiento dependerá, en última instancia, de que los organismos de acceso sean dotados de los recursos suficientes para el desempeño de sus funciones de manera efectiva.

7. Bibliografía

ABERASTURI GORRIÑO, Unai, *La protección de datos en la sanidad*, Thomson Reuters Aranzadi, 2013.

ALKORTA IDIAKEZ, Itziar, *El Espacio Europeo de Datos Sanitarios: Nuevos enfoques para la protección e intercambio de datos sanitarios*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022.

BECKER, Regina, et. al. «Secondary Use of Personal Health Data: When is it "further processing" under the GDPR and what are the implications for data controllers?», *European Journal of Health Law*, 30(2), 2022, pp. 129 ss.

COTINO HUESO, Lorenzo, «El alcance e interactuación del régimen jurídico de los datos personales y big data relacionado con la salud y la investigación biomédica», *Revista de Derecho y Genoma Humano: Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*, 52, 2020, pp. 57 ss.

DE MIGUEL BERIAIN, Iñigo, «El uso de datos de salud para investigación biomédica a la luz de la Propuesta del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el Espacio Europeo de Datos Sanitarios», Revista Jurídica de Castilla y León, 60, 2023, pp. 7 ss.

DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico, «Ethical and legal requirements for biomedical research involving health data in the context of the COVID-19 pandemic: is informed consent still playing the leading role?», *BioLaw Journal*, Special Issue 2, 2021, pp. 157 ss.

FORGÓ, Nikolaus, «My health data – your research: some preliminary thoughts on different values in the General Data Protection Regulation», *International Data Privacy Law*, 5(1), 2015, pp. 54 ss.

FRANKLIN, Michael et al. «From databases to dataspaces: A new abstraction for information management», *SIGMOND Record*, 34, n.º 4, 2005, pp. 28 ss.

HORGAN, Denis, et al., «European Health Data Space – An opportunity now to grasp the future of data-driven healthcare», *Healthcare*, 10(9), 2022.

JOVE VILLARES, Daniel, *La protección de lo sensible o cuando la naturaleza del dato no lo es todo*, Tirant lo Blanch, 2023.

KAPLAN, Bonnie, «How Should Health Data Be Used? Privacy, Secondary Use, and Big Data Sales», *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 25(2), 2016, pp. 312 ss.

KISELEVA, Anastasiya/DE HERT, Paul, «Creating a European Health Data Space: obstacles in four key legal areas», *European Pharmaceutical Law Review*, 5(1), 2021, pp. 21 ss.

MARELLI, Luca, et al., «The European Health Data Space: too big to succeed?», *Health Policy*, 135, 104861, 2023.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard, «Digitalización y construcción normativa de los Espacios Europeos de Datos: retos para el sector público», *La Ley Privacidad*, 13, 2022.

MOLNÁR-GÁBOR, Fruzsina, et al. «Bridging the European Data Sharing Divide in Genomic Science», *Journal of Medical Internet Research*, 24(10), 2022, e37236.

MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas, «La publicidad de los archivos judiciales y la confidencialidad de los datos sanitarios», *VII Congreso Nacional de Derecho Sanitario*, Madrid, 2000.

NAVAS NAVARRO, Susana, *Datos sanitarios electrónicos: el espacio europeo de datos sanitarios*, Reus, 2023.

NICOLAS, Pilar, «El concepto de dato médico y genético», en RIPOL CARULLA, Santiago (ed.) / BACARIA MARTRUS, Jordi (coord.), *Estudios de protección de datos de carácter personal en el ámbito de la salud*, Marcial Pons, Barcelona, 2006, pp. 77 ss.

QUINN, Paul, «Is the GDPR and Its Right to Data Portability a Major Enabler of Citizen Science?», *Global Jurist*, 18(2), 2018.

QUINN, Paul/MALGIERI, Gianclaudio, «The Difficulty of Defining Sensitive Data – The Concept of Sensitive Data in the EU Data Protection Framework», *German Law Journal*, 22(8), 2022.

RECUERO, Mikel, «El Espacio Europeo de Datos de Salud: retos y oportunidades para la protección de datos de carácter personal», en BUENO DE MATA, Federico (dir.) / GONZÁLEZ PULIDO, Irene (coord.), *Fodertics 10.0: estudios sobre derecho digital*, Comares, Granada, 2022, pp. 389 ss.

RECUERO, Mikel, «La investigación científica con datos personales genéticos y datos relativos a la salud: perspectiva europea ante el desafío globalizado», *Premios de Investigación en Protección de Datos Personales Emilio Aced*, Agencia Española de Protección de Datos, Madrid, 2019.

SHABANI, Mahsa, «Will the European Health Data Space change data sharing rules?», *Science*, 375, 2022, pp. 1357 ss.

SKOVGAARD, Lea, et al., «A review of attitudes towards the reuse of health data among people in the European Union: the primacy of purpose and the common good», *Health Policy*, 123(6), 2019, pp. 564 ss.

SLOKENBERGA, Santa, «Scientific research regime 2.0? Transformations of the research regime and the protection of the data subject that the proposed EHDS regulation promises to bring along», *Technology and Regulation*, 2022, pp. 135 ss.

STAUNTON, Ciara, et al. «Ethical and social reflections on the proposed European Health Data Space», *European Journal of Human Genetics*, 2024.

TERZIS, Petros, «Compromises and Asymmetries in the European Health Data Space», *European Journal of Health Law*, 30(3), 2022, pp. 345 ss.

InDret
2.2024

Charles Fried (1935-2024)

In memoriam

Jaime Alcalde Silva
Pontificia Universidad Católica de Chile

Sumario

-

Este trabajo ofrece un recuento de la vida y obra de Charles Fried, profesor de Derecho en Harvard durante más de seis décadas y procurador general de Estados Unidos por cuatro años, además de juez de la Corte Suprema de Massachussets, con ocasión de su muerte. La necrología esta compuesta de un esbozo biográfico general y un análisis particular de los distintos ámbitos que cubre su trayectoria pública: su docencia, su obra, su personalidad y su pensamiento político.

Abstract

-

This work offers an account of the life and work of Charles Fried, Harvard Law Professor for more than six decades and Solicitor General of the United States for four years, as well as Justice of the Massachusetts Supreme Judicial Court, on his death. The obituary is composed of a general biographical sketch and a particular analysis of the different areas covered by his public career: his teaching, his work, his personality, and his political thought.

Title: *Charles Fried (1935-2024): In Memoriam*

-

Palabras clave: Derecho civil, Derecho constitucional, *Common Law*, Juristas estadounidenses

***Keywords*:** *Civil Law, Constitutional Law, Common Law, American Legal Scholars*

-

InDret
2.2024

Índice

-

1. Introducción
2. Esbozo biográfico
3. La docencia
4. La obra
5. La personalidad
6. El pensamiento político
7. Conclusión
8. Bibliografía

-

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

1. Introducción

El 23 de enero de 2024 murió Charles Fried (1935-2023), destacado profesor de la Facultad de Derecho de Harvard durante más de seis décadas y por cuatro años procurador general de Estados Unidos. Su principal influencia se centra en el ámbito del derecho constitucional y el derecho de contratos, que abordó desde una perspectiva filosófica. La suya fue una trayectoria de alguien volcado en cuerpo y alma al oficio universitario, comprometido con enseñar lo que había aprendido. Con todo, no rehuyó la discusión política en las materias que creía relevantes, y tampoco descuidó el ejercicio forense, incluso sirviendo como juez de la Corte Suprema de Massachussets.

El propósito de estas notas consiste en revisar la trayectoria de una persona que fue jurista y, en cierta medida, también político[1] durante varias décadas cruciales del siglo XX y XXI, con la conciencia de que esta indagación comporta un interesante ejercicio que abarca la historia del pensamiento, la cultura, los textos y el poder[2].

El plan de exposición comienza con un esbozo biográfico que permite situar en el tiempo la vida y las diversas ocupaciones de Charles Fried. Enseguida, se abordan por separado su obra, docencia, personalidad y pensamiento político. Para acabar, se ofrece unas breves conclusiones.

2. Esbozo biográfico[3]

Con el nombre de Karel, Charles Anthony Fried nació en Praga (entonces República de Checoslovaquia) el 15 de abril de 1935. Era hijo de Antonin Fried y Marta Winterstein. Su madre era ama de casa, y su padre, un conocido industrial checo de ascendencia judía, que se desempeñó como vicepresidente superior del importante conglomerado de armas y automóviles Škoda Works. Años más tarde, su hijo lo describió como un «patriota checo», quien, al igual que otras personas de su círculo, «siempre buscó inspiración en Estados Unidos y la democracia estadounidense» como ejemplo para un país que comenzaba su andadura independiente tras la desaparición del Imperio Austrohúngaro[4].

---

[1] El cargo de procurador general no está exento de connotaciones políticas. Véase SALOKAR, *The Solicitor General. The Politics of Law*, Temple University Press, 1992.

[2] MARTÍN, «Dilemas metodológicos y percepción histórico-jurídica de la biografía del jurista moderno», en CONDE (ed.), *Vidas por el Derecho*, Dykinson, 2012, pp. 11-58.

[3] Los datos biográficos de esta sección están tomados de las siguientes fuentes: «Charles Fried», *Wikipedia*, disponible a la fecha de publicación en https://en.wikipedia.org/wiki/Charles_Fried (la biografía está disponible en seis idiomas; la más completa es aquella publicada en inglés); PERKINS, «Charles Fried, former U.S. Solicitor General and Longtime Harvard Law School Professor (1935-2024)», *Harvard Law Today*, 26 de enero de 2024, disponible a la fecha de publicación en https://hls.harvard.edu/today/in-memoriam-charles-fried-former-u-s-solicitor-general-and-longtime-harvard-law-school-professor-1935-2024/; «Solicitor General Charles Fried», *U.S. Departament of Justice,* 18 de septiembre de 2023 (última actualización), disponible a la fecha de publicación en https://www.justice.gov/osg/bio/charles-fried; TAYLOR JR., «Man in the News: Charles Fried. Court Voice of Reaganism», *The New York Times*, 24 de octubre de 1985, Cuerpo A, p. 9, disponible a la fecha de publicación en https://www.nytimes.Com/1985/10/24/Us/Man-In-The-News-Charles-Fried-Court-Voice-Of-Reaganism.Html; TRIP, «Charles Fried, Legal Scholar Who Broke with Conservatives, Dies at 88», *The New York Times*, 27 de enero de 2024, disponible a la fecha de publicación en https://www.nytimes.com/2024/01/27/us/politics/charles-fried-dead.html.

[4] TAYLOR, *The New York Times*, 24 de octubre de 1985.

A consecuencia de la ocupación alemana, a comienzos de 1939 la familia Fried se vio obligada a emigrar al Reino Unido[5]. Permaneció allí poco más de dos años antes de trasladarse a Estados Unidos, lugar que se transformaría en su destino definitivo. Con el fin de la Segunda Guerra Mundial, la reunificada Checoslovaquia había quedado bajo la esfera de influencia soviética. El regreso dejó de ser una alterativa posible. La familia se radicó en la ciudad de Nueva York, donde los padres crearon una agencia dedicada al comercio internacional. En 1948, a la edad de 13 años, su hijo obtuvo la ciudadanía estadounidense. Esto no impidió que siempre hiciera presente su condición de refugiado[6]. Pese a no tenía recuerdos de ella, el vínculo con su patria natal nunca desapareció. Tras la Revolución de Terciopelo, que trajo consigo la disolución de Checoslovaquia, Fried fue uno de los juristas que contribuyó en el proceso de elaboración de la Constitución de la República Checa, sancionada en 1993[7].

Charles Fried estudió en la tradicional Lawrenceville School, uno de los colegios privados más antiguos de Estados Unidos[8]. En una entrevista dada en 1985, señaló que la enseñanza más importante que le dejó esa formación inicial fue la de haber aprendido latín y griego, lenguas que le permitieron conectarse con las fuentes de la cultura occidental[9]. Después de egresar en 1952, comenzó sus estudios superiores de literatura comparada y filosofía en la Universidad de Princeton. Ahí se graduó en 1956 como licenciado (B.A.) en lenguas y literatura modernas, con una tesis intitulada «The Phedre of Racine: An Analysis of the Play's Artistry». Durante sus años universitarios fue miembro de la Phi Beta Kappa Society (ΦBK), la primera de las sociedades académicas de honor de Estados Unidos. Gracias a una beca Fullbright, se trasladó después a la Universidad de Oxford, donde en 1958 y 1960 obtuvo, respectivamente, la licenciatura (B.A.) y el máster (M.A.) en Derecho. Fue allí donde tomó la decisión se convertirse en profesor universitario, oficio al que dedicaría durante más de seis décadas[10]. Con ese propósito, volvió a Estados Unidos para proseguir sus estudios, esta vez en la Universidad de Columbia. En 1961 consiguió el doctorado en Derecho (J.D.) y recibió el Premio John Ordronaux, que se otorga al estudiante con el mejor promedio de la promoción. Durante ese período sirvió como editor de la célebre *Columbia Law Review* y fue reconocido como Stone Scholar por su alto desempeño académico.

En 1959, Fried contrajo matrimonio con Anne Summerscale, profesora de historia del arte, traductora y durante algunos años editora de la National Gallery de Washington. Sus investigaciones se centran en el Renacimiento y el manierismo. La familia tuvo dos hijos: Gregory (1961), profesor de filosofía política en el Boston College, y Antonia (1969), psicóloga clínica. Salvo durante el tiempo que trabajó para el Departamento de Justicia, la familia vivió siempre en Cambridge, Massachusetts, situada en el contorno del área metropolitana de Boston.

Entre 1960 y 1961 se desempeñó como asistente de John Marshall Harlan II (1899-1971), juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos[11]. Este primer trabajo da algunas luces de lo que sería después la trayectoria del joven asistente. La jurisprudencia de Harlan se suele caracterizar como conservadora. En su opinión, los precedentes eran de gran importancia y, aunque evitó un

---

[5] El 16 de marzo de 1939 fue proclamado el protectorado de Bohemia y Moravia bajo la dependencia de Alemania, que estaba compuesto por los territorios de la actual República Checa menos los Sudetes.

[6] MURPHY, «Charles Fried, Legal Scholar Who Bridged Law and Ethics, dies at 88», *The Washington Post*, 25 de enero de 2024, disponible a la fecha de publicación en https://www.washingtonpost.com/obituaries/2024/01/25/charles-fried-solicitor-general-dies.

[7] El proceso fue liderado por Václav Havel (1936-2011).

[8] Véase https://www.lawrenceville.org (disponible a la fecha de publicación).

[9] TAYLOR, *The New York Times*, 24 de octubre de 1985.

[10] TAYLOR, *The New York Times*, 24 de octubre de 1985.

[11] YARBROUGH, *John Marshall Harlan: Great Dissenter of the Warren Court*, Oxford University Press, 1992.

textualismo estricto, adhirió al principio de *stare decisis* con más fuerza que muchos de los jueces que por entonces integraban dicha Corte. Creía también que la mayoría de los problemas se debían resolver a través de la deliberación política, por lo que al Poder Judicial le correspondía cumplir un papel limitado. Sin embargo, Harlan no era un conservador social. De hecho, se opuso a la Guerra de Vietnam y, junto con otros tres jueces de la época, presionó sin éxito para que la Corte escuchara las impugnaciones sobre su legalidad. Estados Unidos sólo dejaría Vietnam en 1973, con profundas secuelas políticas y sociales para el país. Harlan redactó también el voto de mayoría en *Manual Enterprises, Inc. v. Day* [370 U.S. 478 (1962)]. Resuelto el 25 de junio de 1962, esta sentencia estableció que las revistas con fotografías de hombres desnudos no eran obscenas y, por tanto, podían ser enviadas a través del sistema de correos. La Corte volvería a pronunciarse en varias ocasiones sobre la materia. Por ejemplo, lo hizo en *Miller v. California* [413 U.S. 15 (1973)], donde definió la obscenidad como todo aquello que carece completamente de utilidad social, vale decir, que no tiene valor literario, artístico, político o científico serio.

En 1961, tras el paso por la Corte Suprema, consumó su gran pasión: comenzó a enseñar en la Facultad de Derecho de Harvard, una de las ocho universidades que integran la prestigiosa Ivy League. De manera casi ininterrumpida, siguió dando clases en esa Universidad por más de sesenta años, hasta su muerte. Desde 1990 fue también miembro asociado del Edmond & Lily Safra Center for Ethics de la misma Universidad.

Para el curso 1971-1972 se le confirió una beca Guggenheim, que reconoce a profesionales avanzados y altamente cualificados en todos los campos del saber, incluidas las ciencias naturales, las ciencias sociales, las humanidades y las artes.

Colaboró con la primera campaña de Ronald Reagan (1911-2004), elaborando varios documentos de trabajo, entre ellos su opinión crítica respecto de la Enmienda de igualdad de derechos. Con la asunción de éste como el 40° presidente de Estados Unidos, sirvió en diversos cargos dentro de la Administración Pública federal. Entre 1981 y 1983 fue asesor del Departamento de Transporte. En 1982 prestó asesoría además para el gabinete del presidente. Al año siguiente se incorporó como asesor del Departamento de Justicia. Durante 1984 y 1985 se desempeñó como asistente especial de William French Smith II (1917-1990), 74° fiscal general de los Estados Unidos. Después de ser procurador general adjunto y procurador general interino, el 23 de octubre de 1985 fue nombrado por el presidente Reagan como el 38° procurador general de los Estados Unidos. Se trata del cuarto cargo de mayor importancia dentro del Departamento de Justicia, que se ocupa de la representación del gobierno federal ante la Corte Suprema. Tuvo esa función hasta el 20 de enero de 1989, cuando concluyó el segundo mandato del mencionado presidente.

En 1995, fue nombrado juez de la Corte Suprema de Massachusetts por su antiguo alumno, el gobernador William Floyd Weld. Ocupó ese cargo por cuatro años, hasta junio de 1999, cuando decidió renunciar para volver a dedicarse plenamente a la Universidad. Consideraba que la vida de juez era demasiado restrictiva[12].

Fried tuvo también un destacado ejercicio forense. Había sido admitido a la barra de la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones del Distrito Federal, el Distrito de Columbia, el Estado de Massachusetts y el 1°, 2°, 3°, 4°, 5, 6° y 9° Distritos[13]. Como procurador general le correspondió alegar 25 casos ante la Corte Suprema, entre los cuales se cuenta *United States v. Paradise* [480

[12] McArdle, «Trading Places: Sometimes the Grass is Greener on the Other Side of the Bench», *Harvard Law Bulletin*, 23 de agosto de 2006, disponible a la fecha de publicación en https://hls.harvard.edu/today/trading-places-sometimes-the-grass-is-greener-on-the-other-side-of-the-bench/.

[13] *U.S. Departament of Justice*, 18 de septiembre de 2023.

U.S. 149 (1987)], que validó un criterio paritario de discriminación positiva para los ascensos a oficiales de policía del estado de Alabama. Se desempeñó además como abogado de numerosos bufetes y clientes importantes, defendiendo varios casos de gran relevancia. Por ejemplo, fue contratado por una de las 22 compañías involucradas en los juicios de seguros por los atentados del World Trade Center de Nueva York (2001), arguyendo que había unidad de siniestro, y defendió a una compañía de seguros en el juicio indemnizatorio por los daños provocados por el huracán Katrina (2005), donde los demandantes sostenían que la inundación, excluida como riesgo en las pólizas, era consecuencia de la tormenta. En ambos casos, los tribunales le dieron la razón[14]. Con todo, quizá el más célebre de los asuntos donde intervino sea *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals* [509 U.S. 579 (1993)][15]. Relacionado con un medicamento antiemético defectuoso y resuelto por la Corte Suprema el 28 de junio de 1993, en él se fijó el estándar aplicable a la prueba pericial.

Los tribunales eran para Fried un lugar apasionante y un perfecto complemento de su quehacer académico. Aunque reconocía que los alegatos orales eran la parte más difícil y que sentía cierto nerviosismo antes ellos, recordaba que era un buen signo que hubiese muchas preguntas por parte de los jueces, porque significaba que todavía no habían acordado cuál sería la decisión del caso. En el estrado, además, decía que los papeles se invertían: «No es un profesor frente a nueve estudiantes; son nueve profesores y un estudiante»[16]. Aconsejaba responder siempre las preguntas de los jueces de manera directa, centrarse en el argumento principal que se quiere transmitir, y tratar de usar alguna imagen que sirva de analogía o metáfora a la cuestión discutida en el juicio[17]. La importancia que le asignaba al derecho procesal aflora en la nota necrológica que escribió con ocasión de la muerte de David L. Shapiro (1932-2019)[18], otro destacado profesor de Harvard, considerado «el corazón y el alma de las cortes y el sistema federal»[19].

Fue miembro de la National Academy of Sciences (conocido también como Institute of Medicine), la American Academy of Arts and Sciences, y el American Law Institute.

Murió el 23 de enero de 2024, a los 88 años, en su casa de Cambridge, Massachusetts. Lo sobrevive su mujer, sus dos hijos y cinco nietos. Un sinnúmero de discípulos guarda también su recuerdo.

3. La docencia

Charles Fried se integró a la Facultad de Derecho de Harvard como profesor asistente de derecho penal en 1961, cuando contaba con 26 años. En ese primer curso tuvo como alumno, entre otros, a Stephen Gerald BREYER, que fue juez de la Corte Suprema entre 1994 y 2022. Éste describe a su joven profesor como un entusiasta, dotado de un gran sentido del humor[20]. Derek BOK, decano entre 1968 y 1971, añade que era inusualmente erudito para su edad y con unos intereses

---

[14] O'BRIAN, «Former Solicitor General Returns to Law School to Teach Contracts», *Columbia News*, 18 de diciembre de 2012, disponible a la fecha de publicación en https://news.columbia.edu/news/former-solicitor-general-returns-law-school-teach-contracts.

[15] O'BRIAN, *Columbia News*, 18 de diciembre de 2012.

[16] MURPHY, *The Washington Post*, 25 de enero de 2024.

[17] SMALL, « Interview with former SJC Associate Justice Charles Fried – Part I of II», *Massachusetts Apellate Blog*, 7 de junio de 2016, disponible a la fecha de publicación en https://www.massappellateblog.com/2016/06/interview-with-former-sjc-associate-justice-charles-fried-part-i-of-ii/.

[18] FRIED, «In Memoriam: Professor David L. Shapiro», *Harvard Law Review*, vol. 133, núm. 8, 2020, pp. 2452-2454.

[19] PERKINS, «David L. Shapiro 1932–2019: The 'Heart and Soul' of Federal Courts and the Federal System», *Havard Law Today*, 26 de noviembre de 2019, disponible a la fecha de publicación en https://hls.harvard.edu/today/david-l-shapiro-1932-2019-the-heart-and-soul-of-federal-courts-and-the-federal-system.

[20] PERKINS, *Harvard Law Today*, 26 de enero de 2024.

intelectuales de amplio espectro[21]. Dichas cualidades las conservó e incrementó durante su extensa trayectoria académica.

Con los años consiguió la cátedra como Carter Professor of General Jurisprudence. Entre 1995 y 1999, cuando se desempeñó como juez en la Corte Suprema de Massachussets, siguió enseñando como Distinguished Lecturer. Tras su regreso, recuperó la cátedra como Beneficial Professor of Law, la que mantuvo hasta su muerte. Su retiro debía consumarse a partir del 1 de julio de 2024, una vez concluido el período sabático que se le había concedido por el trimestre de primavera[22]. Con la asistencia de autoridades, colegas y exalumnos, el martes 28 de noviembre de 2023 dio su última clase, que formaba parte del curso sobre la primera enmienda que había impartido durante el trimestre de otoño[23].

En la Universidad de Columbia, su *alma mater*, enseñó como profesor visitante (Nathaniel Fensterstock Visiting Professor of Law, 2008, y Stephen and Barbara Friedman Visiting Professor of Law, 2012). Tuvo también esa calidad en las Universidades de Stanford (Tanner Lecturer on Human Values, 1981) y Texas (Orgain Lecturer, 1982), además de la Facultad de Medicina de Harvard (Harris Lecturer on Medical Ethics, 1974-1975).

Enseñar fue siempre la actividad que más disfrutó. Una anécdota sirve de ejemplo. Varias decenas de personas, tanto de la Facultad como exalumnos, acudieron a la última clase del legendario profesor. Visiblemente conmovido, Fried expresó lo mucho que disfrutaba enseñando y agradeció a sus colegas por el cariño que le brindaban. Sin embargo, no quería dejar de cumplir con su deber. Sus agradecimientos concluyeron con estas palabras: «A pesar de lo lindo que ha sido este gesto que han tenido conmigo, preparé una lección para hoy que tengo la intención de enseñar»[24]. Y procedió a dictar su última clase, que todos los asistentes siguieron con atención y algo de nostalgia. Oían la última lección pública de un maestro.

Su reputación como profesor fue indiscutida y de ello dan fe los miles de alumnos a los que dio clases. En 2013, Lynn ADREEN incluyó a Fried dentro de los 50 profesores de derecho vivos más influentes de Estados Unidos[25]. Su curso sobre contratos gozaba de enorme popularidad y contaba con innumerables oyentes. De hecho, con el objetivo de que fuese asequible todavía para una audiencia más amplia, elaboró en 2015 un curso para la plataforma digital HarvardX llamado «Contract Law: From Trust to Promise to Contract»[26]. El curso fue un éxito. Tiene una duración de 8 semanas, con una dedicación de 3 a 6 horas por semana, y fue precursor de la enseñanza remota que llegaría para quedarse con ocasión de la pandemia de COVID-19. Para su diseño, utilizó sofisticados enfoques y métodos de enseñanza, que buscan explicar a una audiencia

---

[21] LEMANN/SHAH, «Charles Fried Retires from Harvard Law Following more than 60 Years on Faculty», *The Harvard Crimson*, 6 de diciembre de 2023, disponible a la fecha de publicación en https://www.thecrimson.com/article/2023/12/6/charles-fried-retires.

[22] LEMANN y SHAH, *The Harvard Crimson*, 6 de diciembre de 2023.

[23] Las primeras diez enmiendas a la Constitución reciben el nombre de la Carta de Derechos de los Estados Unidos. Todas ellas fueron aprobadas el 15 de diciembre de 1791. La Primera Enmienda prohíbe la creación de cualquier ley relativa al establecimiento oficial de una religión, que impida su libre práctica, que reduzca la libertad de expresión, que vulnere la libertad de prensa, que interfiera con el derecho de reunión pacífica o que prohíba el solicitar una compensación por agravios gubernamentales.

[24] PERKINS, *Harvard Law Today*, 26 de enero de 2024.

[25] ADREEN, «The Most Influential Law Professor Alive Today», *Magazine Express Journal*, 21 de marzo de 2013, disponible a la fecha de publicación como captura en pdf en https://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=2113&context=historical.

[26] HLS NEWS STAFF, «Thousands Enroll in Charles Fried's Online Contract», *Harvard Law Today*, 28 de junio de 2015, disponible a la fecha de publicación en https://hls.harvard.edu/today/thousands-enroll-charles-frieds-online-contracts-class/.

invisible cómo el derecho de contratos ayuda a organizar de mejor manera una sociedad. El curso se ofrece en dos modalidades, una gratuita y otra de pago, según si se desea o no una certificación de haberlo completado[27].

Fried reconocía que su modelo como profesor de derecho fue Herbert Wechsler (1909-2000), con quien tuvo tres cursos en la Facultad de Derecho de Columbia[28]. Wechsler fue un legendario profesor de derecho constitucional y derecho penal, cuyos logros incluyeron el desarrollo del marco legal para los juicios de Nuremberg y la elaboración del Código Penal Modelo aprobado en 1962, que buscaba actualizar y estandarizar las leyes criminales de Estados Unidos[29]. Se desempeñó también como director del American Law Institute entre 1963 y 1984. Fred R. SHAPIRO lo incluye en su listado de los profesores de derecho más citados del siglo XX[30]. Marcó a generaciones de estudiantes, entre ellos a Ruth Bader Ginsburg (1933-2020), jueza de la Corte Suprema entre 1993 y 2020, quien siempre lo recordó con afecto y agradecimiento[31].

La docencia de Fried abarcó diversos ámbitos. Sin embargo, siempre reconoció que la filosofía fue su primer amor y de ella daban cuenta, incluso durante su trabajo como funcionario público, las continuas referencias a Tomás de Aquino, Dante Alighieri, Immanuel Kant y John Rawls[32]. Colin W. KUBACKI recuerda la devoción que tenía por los clásicos, además de gozar de un dominio profundo de las artes liberales[33]. Aunque en sus últimos años estuvo dedicado a los cursos sobre la primera enmienda y el derecho de contratos, durante sus más de seis décadas en Harvard enseñó también derecho comercial, derecho constitucional, derecho penal, derecho procesal orgánico, derecho laboral, derecho romano, responsabilidad civil y recursos procesales[34]. Parafraseando a TERENCIO, nada de lo humano le fue ajeno: se dedicó al derecho en sus diversas manifestaciones, sin olvidar la importancia de los primeros principios.

4. La obra

Charles Fried fue autor de nueve libros y más de 30 artículos de revistas, además de docenas de colaboraciones en obras colectivas e innumerables columnas de opinión[35]. Sus trabajos principales abordan cuestiones de filosofía moral y política, que sirven para iluminar la solución de los problemas jurídicos de mayor complejidad. Para él, el derecho era una disciplina importante, pero instrumental, destinada a ordenar la sociedad y estructurar la forma en que ella resuelve sus problemas dentro del marco que proporciona un sistema constitucional y democrático. Por eso, la teoría de las normas resulta estéril si la reflexión no se asienta sobre las ideas que discute la filosofía. Lleva razón Laurence H. TRIBE cuando lo caracteriza como «un

---

[27] El curso es accesible desde esta dirección: https://www.edx.org/learn/business-law/harvard-university-contract-law-from-trust-to-promise-to-contract (disponible a la fecha de publicación).

[28] O'BRIAN, *Columbia News*, 18 de diciembre de 2012.

[29] LEWIN, «Herbert Wechsler, Legal Giant, Is Dead at 90», *The New York Times*, 28 de abril de 2020, Cuerpo C, p. 2, disponible a la fecha de publicación en https://www.nytimes.com/2000/04/28/us/herbert-wechsler-legal-giant-is-dead-at-90.html.

[30] Wechsler ocupa el 20° lugar en el ranquin general y el 4° en el de los profesores de derecho público. Cfr. SHAPIRO, «The Most-Cited Legal Scholars Revisited», *The University of Chicago Law Review*, vol. 88, núm. 7, 2021, pp. 1602 y 1605.

[31] BADER GINSBURG, «In Memory of Herbert Wechsler», *Columbia Law Review*, vol. 100, núm. 6, 2000, pp. 1359-1361.

[32] TAYLOR, *The New York Times*, 24 de octubre de 1985.

[33] LEMANN y SHAH, *The Harvard Crimson*, 6 de diciembre de 2023.

[34] El listado de los cursos que impartió Fried puede ser consultado en https://hls.harvard.edu/faculty/charles-fried/ (disponible a la fecha de publicación).

[35] En su bibliografía completa figuran 120 registros, incluidas entrevistas y columnas de opinión. Ella puede ser consultada en https://hls.harvard.edu/faculty/charles-fried/ (disponible a la fecha de publicación).

abogado profundamente filosófico y un gran filósofo del derecho»[36], porque trató de lograr una perfecta imbricación entre ambas disciplinas. En términos generales, su pensamiento filosófico se caracteriza como de matriz kantiana, con afinidad con algunos de los postulados expuestos, entre otros, por Thomas Nagel, John Rawls (1921-2002) y Robert Nozick (1938-2002). Hay también cercanía con otro célebre profesor de Harvard, Lon L. Fuller (1902-1978), en especial por la senda que éste trazó respecto de la responsabilidad contractual con su célebre trabajo (escrito junto con William R. Perdue Jr.) de 1936-1937[37].

Sus libros fueron: *An Anatomy of Values: Problems of Personal and Social Choice* (Harvard University Press, 1970); *Medical Experimentation: Personal Integrity and Social Policy* (North-Holland/American Elsevier, 1974; Oxford University Press, 2ª ed., 2016); *Right and wrong* (Harvard University Press, 1978); *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation* (Harvard University Press, 1981; Oxford University Press, 2ª ed., 2015); *Order and Law: Arguing the Reagan Revolution – A Firsthand Account* (Harvard University Press, 1991); *Making Tort Law: What Should Be Done and Who Should Do It* (con David Rosenberg, American Enterprises Institute, 2003); *Saying What the Law Is: The Constitution in the Supreme Court* (Harvard University Press, 2004*; Modern Liberty and the Limits of Government* (W. W. Norton, 2006); *Because It Is Wrong: Torture, Privacy and Presidential Power in the Age of Terror* (con Gregory Fried, W. W. Norton, 2010). De dos de estos libros existen traducciones al castellano. Se trata de *La obligación contractual. El contrato como promesa* (trad. de Pablo Ruiz-Tagle y Rodrigo Correa, Editorial Jurídica de Chile, 1996), y *La libertad moderna y los límites del gobierno* (trad. de Estela Otero, Katz Editores, 2009).

Si bien la bibliografía de Fried se centra de manera especial en la teoría política y el derecho constitucional, conviene detenerse en *Contract as Promise*, porque constituye su obra más célebre y un referente fundamental dentro de la reflexión filosófica contemporánea sobre el derecho de contratos[38]. De ella no sólo existen dos ediciones, publicadas casi con 35 años de diferencia (1981 y 2015, respectivamente) y en momentos distintos de madurez intelectual, sino que también su autor dejó consignado lo que había aprendido con este libro y con la discusión que había suscitado[39]. Por lo demás, fue un tema que nunca abandonó[40].

En parte, el libro fue una respuesta a dos trabajos que también son una referencia en la materia: *The death of contract* (1974), de Grant Gilmore (1910-1982), y *The rise and fall of freedom of contract* (1979), de Patrick S. Atiyah (1931-2018)[41]. En apretada síntesis, la tesis de estos autores

---

[36] HEALEY/SUNDAR, «Charles Fried, Former U.S. Solicitor General and Longtime Harvard Law School Professor, Dies at 88», *The Harvard Crimson*, 24 de enero de 2024, disponible a la fecha de publicación en https://www.thecrimson.com/article/2024/1/24/charles-fried-dies-88/.

[37] FULLER/PERDUE JR., «The Reliance Interest in Contract Damages», *The Yale Law Journal*, vol. 46, núm. 1, 1936, pp. 52-96, y vol. 46, núm. 3, 1937, pp. 373-420. Hay traducción castellana: *Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza*, trad. de José Puig Brutau, Bosch, 1957 (existe reedición por Ediciones Jurídicas Olejnik, 2019). Como contexto, y entre la abundante literatura existente, véase HEVIA, «Notas sobre Fuller y Perdue y las acciones por incumplimiento contractual en el *Common Law*», *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción), núm. 221-222, 2007, pp. 181-188.

[38] Para un contexto general sobre la discusión contemporánea en la materia, véase BIX, «The Moral Obligation to Perform Contracts: Some Preliminary Thoughts», *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 15, núm. 1, 2020, pp. 7-28, y GUTIÉRREZ AGUILAR, «Obligación contractual», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 18, 2020, pp. 164-178.

[39] FRIED, «Contracts as Promise: Lessons Learned», *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 20, núm. 2, 2019, pp. 367-379.

[40] Véase, por ejemplo, FRIED, «The Convergence of Contract and Promise», *Harvard Law Review*, vol. 120, núm. 3, 2007, pp. 1-9 (sección «Forum»), en respuesta a SHIFFRIN, «The Divergence of Contract and Promise», *Harvard Law Review*, vol. 120, núm. 3, 2007, pp. 708-753. En el mismo número de esa revista hay también respuestas al trabajo de Shiffrin por parte de Liam Murphy y Barbara H. Fried.

[41] Del primero existe traducción castellana: GILMORE, Grant, *La muerte del contrato*, trad. de Francisco de Paula Blanco Gascó, Civitas/Thomson Reuters, 2017. Atiyah reseñó la obra de Fried y publicó después otros dos libros

consistía en que la versión moderna del contrato constituía una ficción creada para consolidar la Revolución Industrial y la economía liberal, de suerte que ya había perdido su valor teórico y relevancia práctica hacia fines del siglo XX como consecuencia del cambio en las ideas y las condiciones sociales. Siendo la senda trazada por Fuller casi cincuenta años antes, Fried no estaba de acuerdo con esta opinión, pues considera que el contrato era un instrumento articulador de cualquier sociedad y una pieza insustituible para su correcto funcionamiento, con evidentes connotaciones morales[42]. Para sustentar su opinión, escribió su célebre obra[43].

Para Fried, las relaciones de colaboración se basan en la convicción de que las demás personas respetarán los derechos de otros y que harán lo posible para materializar sus propios intereses. Cuando se promete un determinado comportamiento, una conducta moralmente indiferente se transforma en vinculante. Esto proviene de que el sujeto es libre para comprometerse o para no hacerlo. Por cierto, no toda afirmación entraña una promesa: sólo la hay cuando el sujeto que la formula condiciona un comportamiento futuro en un determinado sentido, con independencia de la veracidad de lo que asevere. Frente a otros, su conducta se considera correcta o incorrecta de acuerdo con la observancia o inobservancia de aquello que prometió. De esto se sigue que el quebrantamiento de la confianza creada es la justificación tanto de la obligación de compensar el daño causado como de aquella de restituir lo injustamente ganado. La razón estriba en que defraudar la confianza depositada en la promesa no sólo importa vulnerar la propia voluntad manifestada hacia otros, sino que con ello también se pone en riesgo el sistema de intercambio cooperativo basado en la confianza recíproca. Frente a una promesa, hay otro sujeto que, en ejercicio de su propia autonomía, ha decidido confiar en ella. Así se va creando el entramado social: los agentes ordenan sus propios comportamientos en el tráfico sobre la base de lo que esperan que hagan los demás. Todo este razonamiento asentado en el ámbito de las relaciones morales se aplica al contrato, que comporta un intercambio de promesas[44]. Esto significa que éste se endereza a facilitar y realizar las aspiraciones morales de cada persona para con otras, lo que logra mediante una promesa de comportamiento futuro que es exigible por sus destinatarios conforme al ordenamiento.

Con independencia de las críticas que se pueda formular a la teoría de Fried, la principal de las cuales consiste en que no logra explicar la naturaleza personal y correlativa de los derechos de crédito, ella contribuye a configurar el marco dentro del cual cabe justificar el deber de observancia de las obligaciones contractuales[45]. Esto explica que la obra haya seguido teniendo repercusión. Sirven de ejemplo el libro de Dori KIMEL, profesor de filosofía del derecho de la Universidad de Oxford, que lleva el elocuente título de *From Promise to Contract: Towards a Liberal Theory of Contract* (Hart, 2003; hay una versión revisada de 2005), también traducido al castellano (*De la promesa al contrato: Hacia una teoría liberal del contrato*, trad. de Moira Parga, Marcial Pons, 2018), o el sugerente *¿Por qué obligan los contratos?*, de Estaban PEREIRA FREDES (Thomson Reuters, 2016). La discusión sobre la fuerza obligatoria del contrato, más allá de la

---

relacionados con la materia. Véase ATIYAH, «Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation. By Charles Fried», *Harvard Law Review*, vol. 95, núm. 2, 1981, pp. 509-528; *Promises, Morals, and Law*, Oxford University Press, 1983, y *Essays on Contract*, Oxford University Press, 1986.

[42] Véase también PAZ-ARES RODRÍGUEZ, «La economía política como jurisprudencia racional (aproximación a la teoría económica del Derecho)», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 34, núm. 3, 1981, pp. 617-625.

[43] Para una síntesis más extensa del argumento expuesto en el libro, con apuntes críticos, véase HEVIA, «*Contract as promise*. Casi 30 años después», *Isonomía*, núm. 32, 2010, pp. 195-207, y PEREIRA FREDES, «El contrato como promesa y su discusión contemporánea», *Artificium. Revista Iberoamericana de Estudios Culturales y Análisis Conceptual*, vol. 1, núm. 1, pp. 59-72.

[44] SHIFFRIN, *Harvard Law Review*, vol. 120, núm. 3, 2007, pp. 722-727, señala tres ámbitos en los que el derecho de contratos se aparta de la moral. Ellos son (i) la pretensión de cumplimiento, (ii) la mitigación del daño, y (iii) los daños punitivos y líquidos.

[45] PEREIRA, *Artificium. Revista Iberoamericana de Estudios Culturales y Análisis Conceptual*, vol. 1, núm. 1, pp. 68-69.

habitual existencia de normas legales que la reconozcan, sigue siendo una cuestión que inquieta a los juristas y la reflexión no parece haber concluido. La razón proviene de que la discusión dogmática sobre el alcance de la regla contractual (¿a qué obliga el contrato?) es una consecuencia de la respuesta que se dé respecto del sentido y fundamento de su obligatoriedad (¿por qué el contrato obliga?)[46].

El estilo de Fried es claro, ameno y de rápida lectura, sin descuidar la rigurosidad. De hecho, la revista *The Green Bag* incluyó «On Judgment»[47] dentro del listado de trabajos que reflejan una buena redacción jurídica[48]. La claridad y la precisión del argumento central eran también recomendaciones que daba a los abogados para sus escritos forenses, sobre todo los recursos[49]. Su artículo más citado analiza la relación entre un abogado y su cliente desde el punto de vista deontológico, y tiene como epígrafe el epitafio de San Ivo de Kermartin (1253-1303), patrono de dicho gremio[50]. Otra muestra de los puentes que buscaba tender entre la filosofía y el derecho y, también, de sus conocimientos de la cultura clásica.

5. La personalidad

Charles Fried tenía una personalidad magnética[51] y, a veces, hasta mordaz[52]. Ha sido descrito como una persona de inagotable bondad, generosidad, calidez, decencia e ingenio[53]. Cuantos lo conocieron coinciden en que estaba dotado de una gran capacidad intelectual y poseía una sabiduría que siempre compartía con quien se lo solicitase. Amaba la sencillez y no era extraño que las reuniones con universitarios tuvieran lugar en algún comedor de estudiantes (como el del Caspersen Student Center), donde se servía él mismo de los platos preparados que ahí se ofrecían[54].

Dos anécdotas retratan su perspicaz manera de ser. En 1985, en una entrevista para *The New York Times*, le preguntaron si le gustaba vivir en Washington, una capital con intrigas políticas y luchas entre facciones, después de 25 años en una tranquila ciudad como Cambridge, Massachusetts, que no superaba los 95.000 habitantes. De modo irónico, con una poco velada alusión a las disputas en la Facultad de Derecho de Harvard, agudizadas en la década de 1970 por factores ideológicos, respondió: «Extraño Cambridge en muchos sentidos, pero es bueno alejarse de la política»[55]. A fines de 2023, cuando dejó la docencia, rondaba la duda sobre cuáles serían sus planes para el futuro. La respuesta refleja a cabalidad su forma de ser, donde el oficio académico había impreso carácter: «Lo que hago siempre aquí, menos las clases. Escribo, voy a

---

[46] PARINI, «La promesa entre el derecho y la moral: de obligación jurídica a obligación en conciencia: reflexiones para su estudio histórico», *e-Legal History Review*, núm. 31, 2020, disponible a la fecha de publicación en https://air.unimi.it/handle/2434/706596.

[47] FRIED, «On Judgment», *Lewis & Clark Law Review*, vol. 15, núm. 4, 2012, pp. 1025-1046.

[48] El listado figura en el «Almanac & Book 2013», al que se puede acceder desde esta dirección: http://www.greenbag.org/almanacs/GB/GBA.html (disponible a la fecha de publicación).

[49] SMALL, *Massachusetts Apellate Blog*, 7 de junio de 2016.

[50] Se trata de FRIED, «The Lawyer as Friend: The Moral Foundations of the Lawyer-Client Relation», *Yale Law Journal*, vol. 85, núm. 8, 1976, pp. 1060-1089. Cfr. SAPHIRO, *Michigan Law Review*, vol. 110, núm. 8, p. 1501.

[51] FALLON, «Remembering Charles Fried», *Edmond & Lily Safra Center for Ethics*, 24 de enero de 2024, disponible a la fecha de publicación en https://ethics.harvard.edu/news/remembering-charles-fried.

[52] O'BRIAN, *Columbia News*, 18 de diciembre de 2012.

[53] PERKINS, *Harvard Law Today*, 26 de enero de 2024.

[54] PONTZ, «In Remembrance of Professor Charles Fried (1935-2024)», *The Federalist Society*, 24 de enero de 2024, disponible a la fecha de publicación en https://fedsoc.org/commentary/fedsoc-blog/in-remembrance-of-professor-charles-fried-1935-2024.

[55] TAYLOR, *The New York Times*, 24 de octubre de 1985.

talleres, leo el trabajo de mis colegas, lo comento y luego escribo mi propio trabajo»[56]. De hecho, la muerte lo sorprendió mientras estaba escribiendo su décimo libro, que lleva por título *Why I Changed My Mind*[57]. En él explica por qué y cómo Mijaíl Gorbachov (1931-2022), Oliver Wendell Holmes Jr. (1809-1894) y James Madison (1751-1836) habían cambiado de opinión sobre cuestiones de importancia. Detrás se barrunta la conocida frase de KANT, uno de sus autores favoritos y verdadero *maître à penser*, según la cual, a diferencia del necio, el sabio puede cambiar de opinión. Sobre la materia, algo había adelantado ya en un coloquio de igual nombre organizado en la Facultad de Derecho de Harvard el 21 de febrero de 2023[58].

Este último libro era, en realidad, una apología *pro vita sua*. Porque Fried fue un hombre que tuvo el coraje para cambiar de opinión cuando fue necesario, sin que los respetos humanos coartasen lo que creía correcto, y la evolución de sus posturas políticas da cuenta de ello, como se verá en el apartado siguiente. En ese cambio reconoció la influencia que tuvieron las conversaciones con sus hijos y nietos[59]. Ante todo, fue un hombre que amó la libertad y buscó la verdad a través del pensamiento crítico. Un humanista cabal, en la senda de tantos que quisieron ser fieles a los dictados de su conciencia frente a las contrariedades de su época.

6. El pensamiento político

En el obituario de *The New York Times*, Gabriel TRIP califica a Fried como «un profesor de derecho que rompió con los conservadores»[60]. De hecho, muchos llegaron a considerarlo un «apóstata» de este credo político[61]. Decían que de republicano sólo le quedaba el nombre[62]. En verdad, su travesía tuvo una dirección opuesta a la que ha ido predominando en el Partido Republicano desde la década de 1980, acrecentada en los últimos años. Aunque siempre se consideró «bastante alérgico a la izquierda», su posición política hacia el final de su vida era de corte más moderado que la tendencia mayoritaria entre los republicanos, donde predomina una convergencia de posturas neoliberales, integristas y libertarias[63]. En su opinión, la posición que imperaba se podría calificar de «reaccionaria», porque buscaba derogar el progreso histórico acumulado[64]. Detrás subyacía una adhesión a lo que consideraba la verdadera armazón intelectual del «viejo gran partido», mucho más cercana a Edmund Burke (1729-1789) que a las ideas que habían ganado posiciones desde los últimos años del siglo XX. Se podría decir que se mantuvo dentro del conservadurismo clásico, llamado a veces tradicional o intelectual, que se centra en una percepción del ser humano como un ente eminentemente moral, confiriendo un valor preponderante al orden como fuente de sentido en la vida comunitaria y rechazando cualquier reduccionismo ideológico[65].

---

[56] LEMANN y SHAH, *The Harvard Crimson*, 6 de diciembre de 2023.

[57] PERKINS, *Harvard Law Today*, 26 de enero de 2024.

[58] PERKINS, «Why I Changed My Mind», *Harvard Law Today*, 2 de marzo de 2023, disponible a la fecha de publicación en https://hls.harvard.edu/today/why-i-changed-my-mind-2/ (al final de la nota se encuentra el registro en vídeo del coloquio).

[59] TRIP, *The New York Times*, 27 de enero de 2024.

[60] TRIP, *The New York Times*, 27 de enero de 2024.

[61] FALLON, *Edmond & Lily Safra Center for Ethics*, 24 de enero de 2024.

[62] En ingles, «RINO», acrónimo de «Republican in Name Only». Cfr. LAT, «In Memoriam: Professor Charles Fried (1935-2024)», *Original Jurisdiction*, 1 de febrero de 2024, disponible a la fecha de publicación en https://davidlat.substack.com/p/in-memoriam-professor-charles-fried.

[63] TRIP, *The New York Times*, 27 de enero de 2024.

[64] FRIED, «The Reactionary Court», *The New York Review*, 24 de noviembre de 2022, disponible a la fecha de publicación en https://www.nybooks.com/articles/2022/11/24/the-reactionary-court.

[65] KIRK, *Qué significa ser conservador (en 15 lecciones)*, ed. de César Vidal, trad. de Ana Nuño López, Ciudadela, 2009, y SCRUTON, *Conservadurismo*, trad. de Diego Pereda Sancho, El Buey Mudo, 2017.

Estas ideas permeaban su concepción del derecho. A su juicio, el conservadurismo era una forma de vivir la Constitución[66]. Por eso, fue uno de los principales defensores de la «doctrina constitucional», según la cual la Constitución representa un código ético y un conjunto de estándares legales compartidos por la nación que dejan poco espacio a la política para decidir los casos judiciales[67]. Esto lo llevó a alertar contra una tendencia exacerbada dentro del realismo jurídico, que propugna el activismo judicial. Ella conlleva que los tribunales no sólo han de acudir al derecho aplicable cuando dictan sus sentencias, sino que, sobre todo, deben tomar en consideración los intereses sociales y las políticas públicas prevalecientes, ponderando el impacto de su decisión[68]. Para Fried, el derecho requiere reglas claras y debe brindar seguridad para sus destinatarios, lo que se consigue resguardando el precedente como base del sistema judicial[69]. Su mirada en torno a la política y el derecho hizo que se desempeñara por más de cuatro décadas como asesor del capítulo de Harvard de The Federalist Society, una organización de inspiración conservadora y libertaria integrada por abogados y destinada a propugnar una interpretación textualista y originalista de la Constitución estadounidense[70].

Su pensamiento abrevaba de varias fuentes. Sin duda, una temprana influencia fue la tradición familiar y la situación de la República Checa durante la ocupación nazi y los años como un Estado satélite de la Unión Soviética. Ese duro período de la historia de su país natal lo convenció de la importancia de hacer los esfuerzos necesarios para preservar el Estado de Derecho[71]. Ya como profesor universitario, su posición política se fue decantando como consecuencia de la radicalización que prevalecía en la Facultad de Derecho de Harvard durante la década de 1970, que incluía grupos de estudio sobre marxismo dirigidos por algunos profesores[72]. Explicó que el deseo de ser oposición a esa tendencia, que parecía extenderse sin contrapesos, fue lo que llevó a servir en distintos cargos en la administración Reagan[73]. Con el tiempo y por razones estratégicas, su apoyo se abrió hacia el Partido Demócrata. En 2008 y 2012 votó por Barack Obama, en 2016 por Hillary Clinton y en 2020 por Joe Biden. Consideraba que la abstención no era una opción adecuada, por lo que era legítimo, en ciertas circunstancias, votar por la otra alternativa disponible. Se opuso también a varias decisiones del presidente Donald Trump, a quien calificó de «anárquico, ignorante y grosero»[74]. Su opinión se volvió más dura todavía después del asalto al Capitolio ocurrido el 6 de enero de 2021, justificando el juicio político (*impeachment*) contra el expresidente[75]. Pese a estos apoyos y críticas, en enero de 2005 respaldó

---

[66] O'McGinnis, «Charles Fried's 'Conservatism' Is a Form of Living Constitutionalism», *Law & Liberty*, 24 de julio de 2018, disponible a la fecha de publicación en https://lawliberty.org/charles-frieds-conservatism-is-a-form-of-living-constitutionalism/.

[67] Fried, «Constitutional Doctrine», *Harvard Law Review*, vol. 107, núm. 5, 1994, pp. 1140-115. Con perspectiva, véase también Sherry, «The Four Pillars of Constitutional Doctrine», *Cardozo Law Review*, vol. 32, núm. 3, 2011, pp. 969-1008.

[68] Murphy, *The Washington Post*, 25 de enero de 2024.

[69] Fried, *The New York Review*, 24 de noviembre de 2022.

[70] Véase https://fedsoc.org/ (disponible a la fecha de publicación).

[71] Murphy, *The Washington Post*, 25 de enero de 2024.

[72] Taylor, *The New York Times*, 24 de octubre de 1985.

[73] Trip, *The New York Times*, 27 de enero de 2024.

[74] Benner, «Barr's Legal Views Come under Fire from Conservative-Leaning Lawyers», *The New York Times*, 22 de noviembre de 2019, disponible a la fecha de publicación en https://www.nytimes.com/2019/11/22/us/politics/barr-critics.html.

[75] Bertrand, «Legal Scholars, including at Federalist Society, Say Trump Can Be Convicted», *Politico*, 21 de enero de 2021, disponible a la fecha de publicación en https://www.politico.com/news/2021/01/21/legal-scholars-federalist-society-trump-convict-461089.

la nominación de Samuel Alito como juez de la Corte Suprema, con quien había trabajado en el Departamento de Justicia, destacando su labor en la magistratura[76].

Una de sus últimas intervenciones públicas, en diciembre de 2023, fue una columna de opinión en apoyo de Claudine Gay, entonces presidenta de Harvard, quien renunció el 2 de enero de 2024 en medio de acusaciones de plagio y, sobre todo, como consecuencias de su declaración ante el Congreso sobre cómo se habían enfrentado en la Universidad las denuncias de antisemitismo derivadas de la guerra en Gaza[77]. En su opinión, las afirmaciones de los estudiantes no se pueden juzgar en abstracto, sino que dependen del contexto en que se formulan y del contenido que cada una ella tenga. De lo contrario, se compromete la libertad de expresión, un principio fundamental dentro de cualquier sociedad democrática.

Su opinión acerca del aborto experimentó asimismo algunos cambios. Mientras trabajaba para la administración Reagan, le correspondió asumir la defensa del caso *Webster v. Reproductive Health Services* [492 U.S. 490 (1989)], que fue resuelto por la Corte Suprema el 3 de julio de 1989, cuando Fried ya había dejado el cargo de procurador general. En esa causa argumentó que el criterio sentado en *Roe v. Wade* [410 U.S. 113 (1973)] debía ser revisado y revertido. En ese caso se había establecido que la Constitución de los Estados Unidos protegía la libertad de una mujer embarazada para elegir abortar, sin excesivas restricciones gubernamentales que, en orden creciente, dependían del tiempo de gestación transcurrido. En *Webster v. Reproductive Health Services*, la Corte fue más allá y estimó que los estados tenían competencias para legislar respecto del aborto en todas aquellas materias que no comprometieran el citado criterio. En un artículo de opinión para *The New York Times* publicado poco antes de que la Corte oyera los alegatos en *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* [597 U.S. 215 (2022)], Fried sostuvo que *Roe v. Wade* ya no podía ser revocado[78]. En su parecer, la decisión de *Planned Parenthood v. Casey* [505 U.S. 833 (1992)] confería al referido criterio jurisprudencial unas bases constitucionales mucho más firmes que las existentes unos pocos años antes. Aunque estimaba que habría sido más acertado que la materia se resolviese en sede legal y con deliberación pública, puesto que la Constitución no suministraba elementos suficientes para decidir un conflicto entre la libertad de la madre y la vida del feto, concluía que revocar ese precedente constituía un «acto de vandalismo constitucional» y, además, producía otros efectos estructurales que no cabía minusvalorar bajo una mirada comprensiva del sistema jurídico. Finalmente, y tras más de siete meses en acuerdo, la Corte Suprema acabó dejando sin efecto el citado precedente. La sentencia de 24 de junio de 2022 señala que no existe un derecho constitucional al aborto y, por consiguiente, que los estados pueden restringirlo o prohibirlo en sus respectivos ordenamientos.

La preocupación por la *res publica* se mantuvo hasta el final de su vida. Por ejemplo, fue miembro del directorio de Campaign Legal Center (CLC), un grupo de vigilancia gubernamental sin fines de lucro que vela por la estricta aplicación de las leyes de financiación de las campañas electorales de Estados Unidos[79]. En 2018 se unió también al grupo Checks and Balances, integrado por abogados conservadores y libertarios comprometidos con la separación de poderes

---

[76] FRIED, «Samuel Alito, in Context», *The New York Times*, 3 de enero de 2006, disponible a la fecha de publicación en https://www.nytimes.com/2006/01/03/opinion/samuel-alito-in-context.html.

[77] FRIED, «President Gay Was Right: Context Matters», *The Harvard Crimson*, 12 de diciembre de 2023, disponible a la fecha de publicación en https://www.thecrimson.com/article/2023/12/12/fried-free-speech-context/.

[78] FRIED, «I Once Urged the Supreme Court to Overturn Roe. I've Changed My Mind», *The New York Times*, 3 de noviembre de 2021, disponible a la fecha de publicación en https://www.nytimes.com/2021/11/30/opinion/supreme-court-roe-v-wade-dobbs.html.

[79] Véase https://campaignlegal.org/ (disponible a la fecha de publicación).

y el respeto de la supremacía constitucional[80], que desde noviembre de 2023 se convirtió en la Society for the Rule of Law[81]. En su opinión, el control judicial de todos los actores políticos era un principio fundamental para el correcto funcionamiento de la sociedad. Por eso, calificó la decisión de *Rucho v. Common Cause* [588 U.S. (2019)] como «un día de dolor para la democracia estadounidense»[82]. En la sentencia de 27 de junio de 2019, la Corte Suprema estimó que, si bien la manipulación partidista puede ser incompatible con los principios democráticos, los tribunales federales no tienen competencia para revisar tales acusaciones, ya que envuelven cuestiones políticas que escapan de su jurisdicción.

Si se quiere condensar su ideario político, se puede decir que Fried fue ante todo un patriota en el sentido natural de la expresión, vale decir, alguien que tiene un genuino amor a su patria y procura todo su bien[83]. Hizo suyo y busco actualizar el espíritu de los padres fundadores, de manera similar a lo que su propio padre había procurado hacer en su patria natal cuando se trataba de dar forma a la naciente República de Checoslovaquia. Hizo suyo la mejor tradición del conservadurismo clásico. Con todo, era un hombre que amaba las ideas y no tenía reparos en abandonar algunas si lograba convencerse de que había buenos argumentos para cambiar de opinión[84]. Discutir y escuchar a otros era algo fundamental en su vida, puesto que sólo teniendo una conciencia informada era posible seguir con honestidad sus dictados.

7. Conclusión

En su dilatada carrera, Charles Fried fue un profesor que buscó conciliar el derecho y la filosofía. Su línea de investigación estuvo centrada principalmente en la filosofía política y moral, aunque una de sus obras más conocida aborde el complejo tema de la obligatoriedad de los contratos. En esta y otras materias, su pensamiento ha marcado la reflexión contemporánea en el mundo anglosajón y también fuera de él. Querido y respetado por sus estudiantes y colegas, amaba enseñar y discutir sus propias ideas con los demás. No dudó, cuando fue preciso, cambiar de opinión y defender lo que creía correcto. Se compartan o no sus opiniones, su fin último consistió en la búsqueda de lo que consideraba la verdad, como reza el lema del escudo de la Universidad de Harvard. Pese a su querencia hacia los temas filosóficos, no descuidó el ejercicio forense y tampoco rehuyó, cuando fue la ocasión, de servir en cargos públicos. Se desempeñó incluso como juez, contribuyendo a la realización práctica del derecho. En suma, se puede decir que fue un político, en el sentido clásico de la expresión, vale decir, alguien que se ocupa de las cosas referentes a la *polis*. Para él, el derecho era una de las piezas que permitían que la sociedad funcionase correctamente.

Las palabras que Rafael DOMINGO dedicaba a Álvaro d'Ors (1915-2004) con ocasión de su muerte son aplicables a Charles Fried y sirven de cierre a esta nota necrológica: «Pensador original –nunca se dejó arrastrar por la corrección política–, humanista entregado al oficio universitario,

---

[80] NEAL, «Charles Fried Addresses Trump Administration's 'Contempt for the Rule of Law'», *Harvard Law Today*, 20 de abril de 2020, disponible a la fecha de publicación en https://hls.harvard.edu/today/charles-fried-addresses-trump-administrations-contempt-for-the-rule-of-law/.

[81] Véase https://societyfortheruleoflaw.org/ (disponible a la fecha de publicación).

[82] FRIED, «A Day of Sorrow for American Democracy», *The Atlantic*, 3 de julio de 2019, disponible a la fecha de publicación en https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2019/07/rucho-v-common-cause-occasion-sorrow/593227/.

[83] PONTZ, *The Federalist Society*, 24 de enero de 2024.

[84] TRIP, *The New York Times*, 27 de enero de 2024.

que amó apasionadamente, con su *frontis auctoritas*, *ardor oculorum* y *praestantia gestus* personificaba [...] la misma idea de cultura»[85].

Descanse en paz.

8. Bibliografía

ADREEN, Lynn, «The Most Influential Law Professor Alive Today», *Magazine Express Journal*, 21 de marzo de 2013, disponible a la fecha de publicación como captura en pdf en https://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=2113&context=historical.

ATIYAH, Patrick S., «Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation. By Charles Fried», *Harvard Law Review*, vol. 95, núm. 2, 1981, pp. 509-528.

ATIYAH, Patrick S., *Essays on Contract*, Oxford University Press, 1986.

ATIYAH, Patrick S., *Promises, Morals, and Law*, Oxford University Press, 1983.

BADER GINSBURG, Ruth, «In Memory of Herbert Wechsler», *Columbia Law Review*, vol. 100, núm. 6, 2000, pp. 1359-1361.

BERTRAND, Natasha, «Legal Scholars, including at Federalist Society, Say Trump Can Be Convicted», *Politico*, 21 de enero de 2021, disponible a la fecha de publicación en https://www.politico.com/news/2021/01/21/legal-scholars-federalist-society-trump-convict-461089.

BENNER, Katie, «Barr's Legal Views Come under Fire from Conservative-Leaning Lawyers», *The New York Times*, 22 de noviembre de 2019, disponible a la fecha de publicación en https://www.nytimes.com/2019/11/22/us/politics/barr-critics.html.

BIX, Brian H., «The Moral Obligation to Perform Contracts: Some Preliminary Thoughts», *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 15, núm. 1, 2020, pp. 7-28.

«Charles Fried», *Wikipedia*, disponible a la fecha de publicación en https://en.wikipedia.org/wiki/Charles_Fried (la biografía está disponible en seis idiomas; la más completa es aquella publicada en inglés).

DOMINGO, Rafael, «Álvaro d'Ors», *ABC* (Madrid), 4 de febrero de 2004, disponible a la fecha de publicación en https://www.dirittoestoria.it/3/In-Memoriam/Alvaro-dOrs/Alvaro-dOrs.htm.

FALLON, Richard, «Remembering Charles Fried», *Edmond & Lily Safra Center for Ethics*, 24 de enero de 2024, disponible a la fecha de publicación en https://ethics.harvard.edu/news/remembering-charles-fried.

FRIED, Charles, «Constitutional Doctrine», *Harvard Law Review*, vol. 107, núm. 5, 1994, pp. 1140-115.

[85] DOMINGO, «Álvaro d'Ors», *ABC* (Madrid), 4 de febrero de 2004, disponible a la fecha de publicación en https://www.dirittoestoria.it/3/In-Memoriam/Alvaro-dOrs/Alvaro-dOrs.htm.

FRIED, Charles, «Contracts as Promise: Lessons Learned», *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 20, núm. 2, 2019, pp. 367-379.

FRIED, Charles, «I Once Urged the Supreme Court to Overturn Roe. I've Changed My Mind», *The New York Times*, 3 de noviembre de 2021, disponible a la fecha de publicación en https://www.nytimes.com/2021/11/30/opinion/supreme-court-roe-v-wade-dobbs.html.

FRIED, Charles, «In Memoriam: Professor David L. Shapiro», *Harvard Law Review*, vol. 133, núm. 8, 2020, pp. 2452-2454.

FRIED, Charles, «On Judgment», *Lewis & Clark Law Review*, vol. 15, núm. 4, 2012, pp. 1025-1046.

FRIED, Charles, «President Gay Was Right: Context Matters», *The Harvard Crimson*, 12 de diciembre de 2023, disponible a la fecha de publicación en https://www.thecrimson.com/article/2023/12/12/fried-free-speech-context/.

FRIED, Charles, «Samuel Alito, in Context», *The New York Times*, 3 de enero de 2006, disponible a la fecha de publicación en https://www.nytimes.com/2006/01/03/opinion/samuel-alito-in-context.html.

FRIED, Charles, «The Convergence of Contract and Promise», *Harvard Law Review*, vol. 120, núm. 3, 2007, pp. 1-9 (sección «Forum»).

FRIED, Charles, «The Lawyer as Friend: The Moral Foundations of the Lawyer-Client Relation», *Yale Law Journal*, vol. 85, núm. 8, 1976, pp. 1060-1089.

FRIED, Charles, «The Reactionary Court», *The New York Review*, 24 de noviembre de 2022, disponible a la fecha de publicación en https://www.nybooks.com/articles/2022/11/24/the-reactionary-court.

FULLER, Lon L. y PERDUE JR., William R., «The Reliance Interest in Contract Damages», *The Yale Law Journal*, vol. 46, núm. 1, 1936, pp. 52-96, y vol. 46, núm. 3, 1937, pp. 373-420. Hay traducción castellana: *Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza*, trad. de José Puig Brutau, Bosch, 1957 (existe reedición por Ediciones Jurídicas Olejnik, 2019).

GILMORE, Grant, *La muerte del contrato*, trad. de Francisco de Paula Blanco Gascó, Civitas/Thomson Reuters, 2017.

GUTIÉRREZ AGUILAR, Ricardo, «Obligación contractual», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 18, 2020, pp. 164-178.

HEALEY, S. Mac y SUNDAR, Saketh, «Charles Fried, former U.S. Solicitor General and Longtime Harvard Law School Professor, Dies at 88», *The Harvard Crimson*, 24 de enero de 2024, disponible a la fecha de publicación en https://www.thecrimson.com/article/2024/1/24/charles-fried-dies-88/.

HEVIA, Martín, «*Contract as promise*. Casi 30 años después», *Isonomía*, núm. 32, 2010, pp. 195-207.

HEVIA, Martín, «Notas sobre Fuller y Perdue y las acciones por incumplimiento contractual en el *Common Law*», *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción), núm. 221-222, 2007, pp. 181-188.

HLS NEWS STAFF, «Thousands Enroll in Charles Fried's Online Contract», *Harvard Law Today*, 28 de junio de 2015, disponible a la fecha de publicación en https://hls.harvard.edu/today/thousands-enroll-charles-frieds-online-contracts-class/.

KIRK, Russell, *Qué significa ser conservador (en 15 lecciones)*, ed. de César Vidal, trad. de Ana Nuño López, Ciudadela, 2009.

LAT, David, «In Memoriam: Professor Charles Fried (1935-2024)», *Original Jurisdiction*, 1 de febrero de 2024, disponible a la fecha de publicación en https://davidlat.substack.com/p/in-memoriam-professor-charles-fried.

LEMANN, Jo B. y SHAH, Neil H., «Charles Fried Retires from Harvard Law Following more than 60 Years on Faculty», *The Harvard Crimson*, 6 de diciembre de 2023, disponible a la fecha de publicación en https://www.thecrimson.com/article/2023/12/6/charles-fried-retires.

LEWIN, Tamar, «Herbert Wechsler, Legal Giant, Is Dead at 90», *The New York Times*, 28 de abril de 2020, Cuerpo C, p. 2, disponible a la fecha de publicación en https://www.nytimes.com/2000/04/28/us/herbert-wechsler-legal-giant-is-dead-at-90.html.

MCARDLE, Elaine, «Trading Places: Sometimes the Grass is Greener on the Other Side of the Bench», *Harvard Law Bulletin*, 23 de agosto de 2006, disponible a la fecha de publicación en https://hls.harvard.edu/today/trading-places-sometimes-the-grass-is-greener-on-the-other-side-of-the-bench/.

MARTÍN, Sebastián, «Dilemas metodológicos y percepción histórico-jurídica de la biografía del jurista moderno», en CONDE, Esteban (ed.), *Vidas por el Derecho*, Dykinson, 2012, pp. 11-58.

MURPHY, Brian, «Charles Fried, Legal Scholar Who Bridged Law and Ethics, Dies at 88», *The Washington Post*, 25 de enero de 2024, disponible a la fecha de publicación en https://www.washingtonpost.com/obituaries/2024/01/25/charles-fried-solicitor-general-dies.

NEAL, Jeff, «Charles Fried Addresses Trump Administration's 'Contempt for the Rule of Law'», *Harvard Law Today*, 20 de abril de 2020, disponible a la fecha de publicación en https://hls.harvard.edu/today/charles-fried-addresses-trump-administrations-contempt-for-the-rule-of-law/.

O'BRIAN, Bridget, «Former Solicitor General Returns to Law School to Teach Contracts», *Columbia News*, 18 de diciembre de 2012, disponible a la fecha de publicación en https://news.columbia.edu/news/former-solicitor-general-returns-law-school-teach-contracts.

O'MCGINNIS, John, «Charles Fried's 'Conservatism' Is a Form of Living Constitutionalism», *Law & Liberty*, 24 de julio de 2018, disponible a la fecha de publicación en https://lawliberty.org/charles-frieds-conservatism-is-a-form-of-living-constitutionalism/.

PARINI, Sara Veronica, «La promesa entre el derecho y la moral: de obligación jurídica a obligación en conciencia: reflexiones para su estudio histórico», *e-Legal History Review*, núm. 31, 2020, disponible a la fecha de publicación en https://air.unimi.it/handle/2434/706596.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido, «La economía política como jurisprudencia racional (aproximación a la teoría económica del Derecho)», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 34, núm. 3, 1981, pp. 601-708.

PEREIRA FREDES, Esteban, «El contrato como promesa y su discusión contemporánea», *Artificium. Revista Iberoamericana de Estudios Culturales y Análisis Conceptual*, vol. 1, núm. 1, pp. 59-72.

PERKINS, Christine, «Charles Fried, former U.S. Solicitor General and Longtime Harvard Law School Professor (1935-2024)», *Harvard Law Today*, 26 de enero de 2024, disponible a la fecha de publicación en https://hls.harvard.edu/today/in-memoriam-charles-fried-former-u-s-solicitor-general-and-longtime-harvard-law-school-professor-1935-2024/.

PERKINS, Christine, «David L. Shapiro 1932–2019: The 'Heart and Soul' of Federal Courts and the Federal System», *Havard Law Today*, 26 de noviembre de 2019, disponible a la fecha de publicación en https://hls.harvard.edu/today/david-l-shapiro-1932-2019-the-heart-and-soul-of-federal-courts-and-the-federal-system.

PERKINS, Christine, «Why I Changed My Mind», *Harvard Law Today*, 2 de marzo de 2023, disponible a la fecha de publicación en https://hls.harvard.edu/today/why-i-changed-my-mind-2/.

PONTZ, Benjamin, «In Remembrance of Professor Charles Fried (1935-2024)», *The Federalist Society*, 24 de enero de 2024, disponible a la fecha de publicación en https://fedsoc.org/commentary/fedsoc-blog/in-remembrance-of-professor-charles-fried-1935-2024.

SALOKAR, Rebecca, *The Solicitor General. The Politics of Law*, Temple University Press, 1992.

SCRUTON, Roger, *Conservadurismo*, trad. de Diego Pereda Sancho, El Buey Mudo, 2017.

SHAPIRO, Fred R., «The Most-Cited Legal Scholars Revisited», *The University of Chicago Law Review*, vol. 88, núm. 7, 2021, pp. 1565-1618.

SHIFFRIN, Seana Valentine, «The Divergence of Contract and Promise», *Harvard Law Review*, vol. 120, núm. 3, 2007, pp. 708-753.

SHERRY, Suzanna, «The Four Pillars of Constitutional Doctrine», *Cardozo Law Review*, vol. 32, núm. 3, 2011, pp. 969-1008.

SMALL, Jonathan, « Interview with former SJC Associate Justice Charles Fried – Part I of II», *Massachusetts Apellate Blog*, 7 de junio de 2016, disponible a la fecha de publicación en https://www.massappellateblog.com/2016/06/interview-with-former-sjc-associate-justice-charles-fried-part-i-of-ii/.

«Solicitor General Charles Fried», *U.S. Departament of Justice,* 18 de septiembre de 2023 (última actualización), disponible a la fecha de publicación en https://www.justice.gov/osg/bio/charles-fried.

TAYLOR JR., Stuart, «Man in the News: Charles Fried. Court Voice of Reaganism», *The New York Times*, 24 de octubre de 1985, Cuerpo A, p. 9, disponible a la fecha de publicación en https://www.nytimes.Com/1985/10/24/Us/Man-In-The-News-Charles-Fried-Court-Voice-Of-Reaganism.Html.

TRIP, Gabriel, «Charles Fried, Legal Scholar who Broke with Conservatives, Dies at 88», *The New York Times*, 27 de enero de 2024, disponible a la fecha de publicación en https://www.nytimes.com/2024/01/27/us/politics/charles-fried-dead.html.

YARBROUGH, Tinsley E., *John Marshall Harlan: Great Dissenter of the Warren Court*, Oxford University Press, 1992.

InDret
2.2024

Reflexiones sobre cómo mejorar la deliberación de un tribunal colegiado

Ignacio Sancho Gargallo
Tribunal Supremo
-

Sumario
-
La ley atribuye a un tribunal colegiado la competencia para conocer de la revisión de un previo enjuiciamiento (recursos devolutivos) y los juicios de especial trascendencia, porque considera que es más fácil que acierte con la solución justa un tribunal colegiado que un solo juez. El enjuiciamiento se enriquece con la participación de varios jueces que, con un necesario conocimiento de la causa, aportan sus pareceres y al coincidir o contrastar unos y otros, hay más posibilidades de acertar con la solución. Es necesario fomentar y desarrollar una cultura de la deliberación, que no pierda de vista su sentido: conformar una decisión colegiada para la resolución de un caso. Que conlleva un debate cooperativo y temático, una argumentación dialogada. Este artículo se propone reflexionar sobre cómo deliberar bien en un tribunal colegiado: para ello hay que atender tanto a las disposiciones personales de quienes intervienen y las exigencias éticas propias de la deliberación, como a cuestiones organizativas que facilitan el buen trabajo en equipo; todo ello contribuye a que afloren buenas prácticas sobre el modo de deliberar o debatir un caso.

Abstract
-
The law grants to a collegiate court (panel of judges) the competence to hear appeals and cases of special importance, because it is easier for a collegiate court to reach a just solution than a single judge. The judgment is enriched by the participation of several judges, who, with the necessary knowledge of the case, give their opinions and when they coincide or contrast with each other, there is a greater chance of finding the right solution. It is necessary to promote and develop a culture of deliberation, which does not lose sight of its goal: to make a decision cooperatively for the resolution of a case. This involves a collaborative dialogue and debate. This article reflects on how to deliberate well in a collegiate court, taking into account the personal dispositions of the judges involved, the ethical requirements of deliberation, and the organizational strategies that facilitate good teamwork. All of these contribute to fostering good practices in the process of deliberation.

Title: *Reflections on how to improve the deliberation of a collegiate court*
-

Palabras clave: Tribunal colegiado, deliberación, sentido de la deliberación, disposiciones personales, ética de la deliberación, presentación del caso, dirección del debate.
***Keywords*:** *collegiate court, deliberation, the goal of deliberation, personal dispositions, ethics of deliberation, presentation of the case, managing debate.*
-

InDret

2.2024

Índice

-

1. El sentido de la deliberación de un tribunal: hacia una cultura de la deliberación
2. Disposiciones personales para deliberar mejor: ética de la deliberación
3. Cuestiones de organización y funcionamiento
4. «Buenas prácticas» para deliberar

-

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

1. El sentido de la deliberación de un tribunal: hacia una cultura de la deliberación*

I. El enjuiciamiento por un tribunal. En un Estado de Derecho como el nuestro, la ley asigna la resolución de los conflictos jurídicos a jueces independientes e imparciales (art. 117 CE). Está previsto que unos casos sean juzgados por un solo juez y que otros lo sean por varios jueces formando un tribunal colegiado. Ordinariamente, se resuelven por un solo juez en primera instancia y por un tribunal colegiado cuando se revisa en segunda instancia. Aunque no es infrecuente que, por la relevancia de los casos, la ley también pueda atribuir a un tribunal colegiado la resolución en primera instancia (por ejemplo, el enjuiciamiento de delitos graves o en los casos de aforamiento), y que por lo tanto ese mismo tribunal previamente haya celebrado la vista del juicio.

A esta distribución de funciones subyace la idea de que la revisión de un previo enjuiciamiento y los juicios de especial trascendencia (por razón de la materia o de las personas implicadas) es mejor que sean encomendados a varios jueces (a un colegio de jueces), porque es más fácil que acierte con la solución más justa un tribunal colegiado que un solo juez. Se entiende que el enjuiciamiento se enriquece con la participación de varios jueces que, con un necesario conocimiento de la causa, aportan sus pareceres y al coincidir o contrastar unos y otros, hay más posibilidades de acertar con la solución.

La *regulación legal* del modo en que debe juzgar un tribunal colegiado es muy parca y sobreentiende lo esencial, que es la deliberación.

La Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), con carácter general, prescribe que la deliberación deberá realizarse después de la vista y, en aquellos casos en que se haya señalado directamente para votación y fallo, el día previsto al efecto (art. 253 LOPJ). Y, también, que para esa deliberación, los miembros del tribunal puedan tener acceso a los autos para su estudio (art. 252 LOPJ).

La Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) se explayan un poco más al regular la forma en que ha de realizase la votación (arts. 254-258 LOPJ y 198-199 LEC), que guarda relación con la manifestación de la opinión de cada miembro del tribunal sobre lo que es objeto de enjuiciamiento, y apenas explica cómo se llega a ello, que a mi modo de ver es lo más importante: cómo se delibera en un tribunal colegiado. La Ley de Enjuiciamiento Civil tan sólo prevé que «la discusión y votación de las resoluciones será dirigida por el presidente y se verificará siempre a puerta cerrada» y que el ponente «someterá a la deliberación de la Sala o

*Autor de contacto: Ignacio Sancho Gargallo (ignacio.sancho.g@gmail.com). Este artículo tiene su germen en el seminario que dirigí sobre «Cómo mejorar la deliberación de un tribunal colegiado», organizado por el Servicio de Formación Continua del CGPJ los días 12, 13 y 14 de abril de 2013, y en el que participaron magistradas y magistrados de gran experiencia, a quienes aprovecho para agradecer sus enriquecedoras aportaciones: Miguel Escanilla (TSJ La Rioja), Carmen Samanes (TSJ Aragón), Javier Antón (AP Asturias), Bruno Arias (AP Cantabria), Adela Bardón (AP Castellón), Carmen Borjabad (AP Salamanca), Mercedes Caso (AP Barcelona), Carlos Esparza (AP Valencia), Enrique García (AP Madrid), José Ramón Clavijo (Audiencia Nacional), Luis Rivera (AP Tarragona), Almudena de la Rosa (AP Albacete), Antonio Sánchez (TSJ Navarra), Guzmán Saviron (AP Las Palmas), José Antonio Vega (AP Salamanca), Ester Vidal (AP Barcelona) y Borja Villena (AP Madrid). También agradezco a Francisco Marín, Rafael Sarazá y Pedro Vela, presidente y magistrados de la Sala Primera del Tribual Supremo con los que llevo años deliberando, la deferencia que han tenido al revisar el borrador de este artículo, y sus observaciones y sugerencias.

Sección los puntos de hecho y las cuestiones y fundamentos de derecho, así como la decisión que, a su juicio, deba recaer y, previa la discusión necesaria, se procederá a la votación» (arts. 196 y 197 LEC).

Es obvio que el enjuiciamiento de un tribunal colegiado no puede reducirse a votar una propuesta. La participación de los jueces que conforman el tribunal no se limita a votar, sino que en realidad han de contribuir a conformar una solución común o conjunta del asunto, manifestando sus respectivos pareceres sobre todas las cuestiones controvertidas. Esta confrontación de pareceres lejos de traducirse en un combate ha de responder más al proceso lógico de alumbramiento de la verdad del caso (la solución más justa), guiados por la lógica dialéctica aristotélica, una lógica muy apropiada para esta labor intelectual de alcanzar una solución justa a una controversia jurídica.

El razonamiento dialéctico parte de premisas inciertas o probables (controversia jurídica); existe un contraste de opiniones ante un auditorio cualificado, de expertos en derecho (en este caso, jueces); y la discusión se lleva a cabo a través de razonamientos rigurosos, incluyendo en algunos momentos los razonamientos deductivos. De hecho, la dialéctica no abandona la inducción y el silogismo como modos de fundamentación, sino que además emplea otros que contribuyen a encontrar las conclusiones más adecuadas (como la argumentación analógica).

A esta labor de alumbrar entre todos los jueces que forman el tribunal la solución más justa denominamos deliberación. Lo más propio de un tribunal es deliberar un caso para resolver.

II. Sentido de la deliberación. Por cómo se desarrolla la carrera de un juez, que ordinariamente pasa muchos años en un tribunal unipersonal hasta que puede llegar a un tribunal colegiado, es necesario fomentar una cultura de la deliberación. La inercia de haber juzgado y decidido solo durante muchos años suele influir mucho cuando el juez llega a un tribunal colegiado. Pone el acento en sus ponencias, como si fueran sus casos, con el riesgo de incurrir en dos malas prácticas: afrontar la resolución del caso, su estudio y la redacción de los razonamientos, en solitario, como si sólo precisara más tarde del refrendo del resto de los jueces que forman el tribunal; e inhibirse del estudio y enjuiciamiento del resto de los casos, que no son ponencia suya. Lo que puede ahondar en que a la postre, por el volumen de casos que han de deliberarse cada semana y el escaso tiempo que se dedica a la deliberación de todos ellos, no haya propiamente una deliberación.

De ahí que sea necesario fomentar y desarrollar una cultura de la deliberación, que no pierda de vista cuál es su sentido: conformar una decisión colegiada para la resolución de un caso. Que conlleva un debate cooperativo y temático, una argumentación dialogada.

La base de la decisión de una controversia debe descansar en el peso de los argumentos que la justifican. De hecho, este sentido de la «deliberación» de un caso responde al origen etimológico de la palabra, pues viene del latín *delibero* que significa sopesar. Un uso analógico y metafórico del término ha hecho que también a los argumentos se pueda atribuir esta cualidad del peso (mayor o menor), en función de su razonabilidad en relación con la solución a la que conducen lógicamente, y que la búsqueda de la solución más justa baraje distintos argumentos y los sopese para concluir cuál es más apropiado.

Para quienes están habituados a juzgar, la expresión «la solución cae por su propio peso» les puede resultar muy familiar, porque si existe honradez intelectual y se han tratado de evitar los sesgos que distorsionan el recto juicio, tras un estudio profundo y una discusión certera del caso suele aflorar el sentido de la decisión (justa) como lo más razonable, por el peso y la fuerza de las razones que la sustentan. Como un eco de lo sugerido por Habermas, podemos decir que el resultado de la deliberación ha de alcanzarse por «la fuerza del mejor argumento». Esto es lo que llamamos «motivación racional» de la sentencia. Sin descartar que detrás de un caso siempre hay una solución más justa, a la que hay que llegar con la ayuda de la deliberación.

Esta cultura de la deliberación conlleva una visión positiva, que ahonda en lo que puede aportar la deliberación, enriquecer el entendimiento del caso y su resolución, para evitar que las inercias y las malas prácticas la desvirtúen y se convierta en un mero trámite formal, desvinculado de su verdadero sentido.

Consiguientemente, para ahondar en esta cultura de la deliberación, es muy importante que los miembros de un tribunal colegiado sean plenamente conscientes de que es el tribunal quien resuelve, no el ponente. Por ello, resulta impropio atribuir la autoría de la sentencia al ponente (una sentencia de tal o cual juez). Como también resulta impropio que un miembro del tribunal se refiera a los casos en que ha sido designado ponente como «sus casos». Asumir la ponencia supone una responsabilidad, de estudiar concienzudamente el caso, para propiciar la deliberación y la decisión por todos los miembros de la sala que ha de juzgar, sin perjuicio de que también proponga una solución. Pero es necesario que el ponente, y el resto de los miembros que van a conocer del caso, sean plenamente conscientes de que una deliberación no se gana o se pierde. Se discute el caso, para encontrar la mejor solución. El éxito de la deliberación no es que el tribunal confirme la propuesta presentada por el ponente, sino que se estudie y discuta el caso con la profundidad necesaria para poder acertar con la decisión más justa.

Y, al mismo tiempo, es esencial que el ponente asuma que a la deliberación no va a demostrar nada, ni sus vastos conocimientos jurídicos, ni el tiempo que ha dedicado a estudiar el caso, sino a propiciar y contribuir a resolver mejor ese caso. A veces habrá una coincidencia de pareceres y otras veces no.

Al margen de si se confirma, matiza o contradice la propuesta inicial del ponente, lo verdaderamente relevante es la decisión colegiada, por eso los jueces no debemos ir a la deliberación a que se confirme lo que pensamos, ni mucho menos a imponer una visión o entendimiento del Derecho. Vamos a contribuir a la resolución de un caso, a analizarlo bien y a sopesar los argumentos y razones vertidas sobre cada una de las cuestiones controvertidas.

III. En este artículo me propongo reflexionar sobre cómo deliberar bien. Hay que atender tanto a las disposiciones personales y las exigencias éticas propias de la deliberación, como a cuestiones organizativas que facilitan el buen trabajo en equipo. Todo ello contribuye a que afloren buenas prácticas sobre el modo de deliberar o debatir un caso.

2. El Disposiciones personales para deliberar mejor: ética de la deliberación

IV. Humildad. Para contribuir personalmente a una buena deliberación, hay que desarrollar una actitud de humildad, para no cerrarse sobre el propio conocimiento y las propias ideas y abrirse

a las contribuciones de los demás, que es lo que permite tomar en consideración las propuestas, objeciones y sugerencias de quienes intervienen en la deliberación. No sólo no es un signo de debilidad e ignorancia, sino lo contrario, es una manifestación de prudencia y sabiduría.

Esta disposición de humildad, que en definitiva es de apertura al conocimiento y a la verdad, es consustancial a la honradez intelectual. Lo relevante no es tener la razón o que nos la den, sino descubrir entre todos lo que es más acertado y justo en ese caso concreto.

La humildad, que se requiere tanto cuando uno es ponente, al presentar el caso y prestar atención a las opiniones de los demás, como cuando sin serlo se participa en la deliberación, tiene múltiples manifestaciones, entre las que destacaré las siguientes:

i) *Saber escuchar, fomentar la escucha activa*. Es preciso prestar atención a todas las intervenciones, sin rechazar ninguna a priori por la desconfianza que pudiéramos tener hacía quien la emite. Esto supone hacer un esfuerzo por entender lo que están diciendo y por pensarlo bien, especialmente cuando son objeciones a la propuesta que como ponentes acabamos de presentar. Hay quienes no escuchan, en el sentido de considerar lo que están oyendo, porque, al no admitir que puedan estar equivocados, están pensado en lo que van a contestar, en cómo contradecir la objeción.

ii) *Evitar cualquier forma de arrogancia o de vanidad (intelectual)*. No sólo la manifestación externa, que suele ser un poco ridícula, sino la creencia interior de que somos más inteligentes y sabios en la materia de que va el caso que los demás. Esta actitud es una necedad, no sólo porque de ordinario no responde a la realidad, sino porque impide prestar la debida atención a lo que nos dicen.

iii) Esa actitud de escucha lleva a *no precipitarse aclarando, contradiciendo o puntualizando todo lo que otros dicen*. Aparte de que responde a una actitud infantil de querer demostrar que uno es más listo y conoce mejor el caso que los demás, supone una falta de educación y entorpece el discurso del otro, al impedir que fluyan las ideas. Esto se traduce en no interrumpir a los otros cuando hablan y esperar a aclarar o contradecir lo que sea necesario cuando a uno le vuelva a corresponder hablar. Es algo más que una norma de cortesía, es una regla básica y elemental de la deliberación, como veremos luego.

iv) Muy ligado a lo anterior es que *no nos ha de molestar que nos lleven la contraria* o que planteen alguna objeción a lo que formulamos. Por el contrario, las opiniones contrarias y, en general, las objeciones a la propuesta presentada contribuyen a enriquecer la deliberación, sirven para revisar las apreciaciones realizadas sobre los hechos y a corroborar la consistencia de los argumentos. Permiten sopesar razones a favor y en contra, lo que fácilmente da robustez a la decisión y a la argumentación empleada en la motivación.

v) *Respeto hacia los demás* miembros del tribunal que participan en la deliberación (no solo de forma sino también de fondo). No se trata solo de observar un trato formalmente respetuoso, sino que ese respeto debe ser consecuencia de la buena consideración debida hacia cada una de esas personas. En cuanto a las formas, está claro que en una deliberación no tiene cabida ningún gesto o palabra de desprecio o desatención. E interiormente, es preciso considerar que la sabiduría lleva a no despreciar ninguna opinión, para valorarlas todas, sin perjuicio de que no nos convenzan (después de haberlas considerado).

Todos los miembros del tribunal han de contribuir, por su actitud personal, a *generar un clima de cordialidad* que facilite la deliberación. Eso supone *adoptar una postura serena*, tanto al exponer, como al escuchar a los demás. En la medida de lo posible hay que mostrar confianza hacía los demás, sin perjuicio de que, cuando sea necesario, adoptemos medidas para asegurarnos de que algo está bien preparado y ha sido correctamente analizado. Es posible mostrar confianza a los demás y al mismo tiempo dudar de lo que se presenta. Esa duda no debe suponer un reproche de que el ponente o quien ha intervenido tratan de engañar o confundir, sino que constituye una elemental regla metodológica (dudar para verificar la certeza de lo que se afirma de contrario). Esto, que es algo más común en el ámbito anglosajón, no lo es tanto en nuestra cultura tradicional en que fácilmente se aceptan acríticamente las opiniones o afirmaciones de quien tiene cierta autoridad.

V. Ética de la deliberación. En cierto modo cabe hablar de una ética de la deliberación, que afecta directamente al buen hacer de cada uno de los jueces que intervienen en ella, lo que redunda en el buen hacer del tribunal. Me voy a permitir, a continuación, enumerar algunas de las que considero mínimas exigencias éticas de quienes participan en una deliberación, que se extraen del sentido propio de la deliberación. Son exigencias lógicas de pretender deliberar bien.

i) *Honradez intelectual*, que lleva a no ahorrar esfuerzo para preparar bien la deliberación de un caso y de la manera más objetiva, abierta al debate. Esta honradez intelectual se manifiesta, especialmente, en dos momentos: primero, en el análisis y estudio del caso, dedicando todo el tiempo necesario para comprenderlo y advertir la relevancia de las circunstancias que concurren, lo que exige en la instancia una revisión exhaustiva de la prueba practicada; y, segundo, al presentar el caso de forma objetiva a los demás, lo que supone mostrar las dudas que se tienen, así como las fortalezas y debilidades de la tesis seguida. Y, por supuesto, lo que no cabe en una deliberación es el engaño y el fraude, cuando se omite conscientemente algún punto conflictivo que podría complicar la asunción, por los demás, de la propuesta que llevamos.

ii) Otra exigencia ética guarda relación con la *diligencia en el trabajo*. En concreto, evitar la desidia que supone llevar las ponencias de cualquier manera, no haberles dedicado el tiempo necesario ni haber preparado mínimamente la presentación del caso. Cuando menos, esa desidia provoca una pérdida de tiempo, pues obliga al resto de los miembros del tribunal a hacer lo que el ponente no ha hecho, y fácilmente se corre el riesgo de resolver equivocadamente, si además se camufla esa falta de preparación con aseveraciones que no responden a la realidad de ese caso sino a lo que suele ocurrir en ese tipo de casos.

iii) El ponente, en particular, pero también el resto de los miembros de la sala, han de *ir abiertos a la deliberación*, y no dejarse dominar por un sesgo confirmatorio. Este sesgo cognitivo inconsciente tiende a hacernos rechazar todo lo que no se ajusta a la previa idea que nos habíamos hecho del caso y de su solución cuando lo preparamos. Para evitarlo hay que ser conscientes de este riesgo y fomentar una actitud más abierta, que nos lleve a pensar las objeciones que se nos plantean. Para ello se han de escuchar esas objeciones y razonamientos contrarios y plantearse positivamente si pueden tener razón (en lugar de ir pensando en argumentos para rebatirlos).

iv) En todo momento hay que mantener una *cortesía* en la deliberación, que se base en la buena consideración hacia los demás miembros y que se ha de manifestar sobre todo en respetar los

turnos de palabra y cortar sólo cuando sea estrictamente necesario, y siempre de forma respetuosa. Hay que tratar de no elevar la voz, ni, por supuesto, enfadarse cuando nos llevan la contraria, y preservar un tono distendido, compatible con el análisis y la decisión de cuestiones importantes. No es infrecuente que en esos casos en que nos molesta una opinión contraria, se nos note en la cara, por un mal gesto.

Pero no basta la cortesía formal, sino que es precisa la afabilidad, fruto de un buen ánimo. Ayuda mucho a ello fomentar el sentido del humor, para que quitarles hierro a esas desavenencias y procurar la buena relación de los miembros del tribunal fuera de las deliberaciones.

Y, por supuesto, la opinión sobre un asunto no debe venir condicionada (indebidamente) por lo manifestado previamente por otro miembro del tribunal, ya sea por alinearse por sistema con alguien, ya sea por llevarle la contraria. Como tampoco tiene sentido la sindicación del voto (y la opinión) en asuntos con una carga política o ideológica, que no deja de ser consecuencia de un sesgo de grupo e ideológico.

Estas exigencias éticas de quienes participan en la deliberación de un tribunal colegiado no dejan de ser *consecuencias lógicas del sentido de la deliberación*, al que me refería al principio, en la medida en que contribuyen a que se delibere mejor y a que la deliberación cumpla adecuadamente su función. Por eso es importante que, al preparar la deliberación y luego participar en ella, los jueces no perdamos de vista ese objetivo que perseguimos con la deliberación, pues esa consciencia determina nuestra manera de actuar. Hay que tener siempre presente la idea de que formamos parte de un órgano colegiado, cuya labor debe consistir, como resultado de un esfuerzo colectivo, en una decisión del tribunal: no son las sentencias del ponente (no son «mis sentencias»).

VI. Sesgos cognitivos. En principio, los mismos sesgos (prejuicios negativos) que pueden torcer el recto juicio de un juez pueden afectar también al enjuiciamiento de un tribunal colegiado, pero la deliberación constituye un buen medio para advertirlos y minimizar su impacto. Por ejemplo, las objeciones críticas formuladas por un miembro del tribunal frente a la propuesta del ponente pueden servir para reconsiderar el razonamiento seguido por este y advertir si se había dejado llevar por algún sesgo (confirmatorio y de primera impresión, de anclaje, retrospectivo, o los de alteridad, de representatividad, ideológico, de grupo, efectos halo/paria…). En cualquier caso, la participación de varios jueces en el estudio y enjuiciamiento del asunto, amplía las posibilidades de que alguno advierta que se están dejando llevar por un atajo heurístico.

Por otra parte, hay sesgos más propios de una deliberación. Así, en el curso de una deliberación las primeras opiniones pueden generar un efecto «cascada», para los que hablan más tarde. De modo que la decisión del tribunal sobre algún punto controvertido puede verse muy condicionada por la opinión o la influencia de quien ha hablado primero, sobre todo si goza de cierta autoridad (efecto halo), en cuanto que los posteriores ya no emiten juicios tan independientes sino influenciados por el primero, bien por efecto de la cascada informativa, bien por efecto de la presión social (seguir las opiniones de otro con autoridad para mantenerse integrados en el grupo). Este efecto se acentúa más en el tercero en hablar, pues si la opinión de los dos primeros ha sido igual o coincidente, todavía lo tiene más difícil para disentir. Ha de vencer una cierta resistencia.

Otro de los riesgos propios de la deliberación es la «polarización de grupo», una tendencia a tomar decisiones en grupo más extremas que la inclinación inicial de cada uno de sus miembros. Las discusiones internas suelen crear mayor confianza, mayor unidad y mayor extremismo, a menudo en la forma de un redoblado —y no siempre justificado— entusiasmo. El riesgo es que se polaricen las tesis mantenidas en las posiciones más extremas. No sólo en el caso en que unos arrastren a otros, y al auto-confirmarse se vayan polarizando, sino también incluso cuando hay contradicción fuerte de pareceres entre dos grupos de participantes en la deliberación, que puede generar también que ambas posiciones enfrentadas se polaricen a los extremos.

Al participar de la deliberación, basta ser conscientes de estos riesgos, sin magnificarlos. Y descubrir que el principal antídoto es un serio trabajo de reflexión y deliberación, como el que se preconiza en este artículo.

3. Cuestiones de organización y funcionamiento

VII. Organización previa. Obviamente, para que haya una buena deliberación no bastan sólo las buenas disposiciones de quienes participan en ella, también es necesaria una buena organización que afecta a, por ejemplo: la correcta distribución de asuntos y señalamientos, que permitan su discusión y resolución; disponer del tiempo adecuado para ello; reunirse en un lugar cómodo y funcional que facilite esta labor; el orden en que se deliberan los asuntos y, en su caso, los descansos necesarios; y también el orden de intervención cuando se delibera un determinado asunto.

i) La distribución y *señalamiento* de los asuntos que se llevan a una deliberación debe responder a una proporción, que combina asuntos fáciles con otros más complicados, y en una medida que atienda no sólo a la pendencia de asuntos y la necesidad de resolverlos sin demora, sino también a la posibilidad de ser estudiados y deliberados bien.

ii) La *deliberación* debe ser preferiblemente *presencial*, sin perjuicio de que excepcionalmente, por enfermedad o cualquier otra causa que impida la presencia de alguno de los miembros del tribunal en la reunión, pueda habilitarse una asistencia telemática (por video conferencia). La presencia física de los miembros del tribunal en la sala de deliberaciones facilita su participación efectiva. La pantalla, además del mayor cansancio que genera, fácilmente se convierte en una barrera y fomenta la inhibición en el debate. Este es mucho más vivo y eficaz cuando se delibera de forma presencial, y permite compartir documentos o visualizar la prueba de forma más ágil.

iii) El *lugar de la deliberación* conviene que sea adecuado, lo que presupone un mínimo de comodidad y funcionalidad. Conviene no perder de vista que la actitud y la forma en que estemos sentados (la disposición, por ejemplo, alrededor de una mesa redonda) puede influir positiva o negativamente. Lo mejor es sentarse alrededor de una mesa que permita verse a quienes participan en la deliberación y compartir la documentación necesaria.

iv) Hay que tratar de dedicar el *tiempo necesario* a la deliberación de cada asunto. En la medida de lo posible que los días de deliberación fijados permitan la deliberación de todos los asuntos señalados. Para fijar el tiempo dedicado a la deliberación habría que atender al número de asuntos y su complejidad. También, en alguna medida, a la manera de exponer de los miembros de la sala.

Con carácter general, un par de días a la semana permite analizar todos los asuntos señalados, contando con que fácilmente algunos de ellos pueden exigir más tiempo del inicialmente pensado.

VIII. Gestión del tiempo. Como el tiempo suele ser escaso, en atención al número y complejidad de los asuntos, es necesario gestionarlo muy bien, para dar a cada asunto el que necesita y para que no nos venza el cansancio en perjuicio de otros asuntos. Para esto último, también hay que gestionar bien el orden de discusión de las ponencias, teniendo en cuenta, por ejemplo, su complejidad.

En este sentido, sería bueno que en vez de que cada miembro fuera deliberando todas sus ponencias, de forma sucesiva y ordinariamente siguiendo un orden de antigüedad, el orden en las deliberaciones atendiera preferentemente a que se deliberara de manera rotatoria una ponencia por cada uno de los miembros del tribunal, lo que favorece que todos mantengan la atención y el interés hasta el final.

Con frecuencia lo sesgos cognitivos vienen aumentados por la *fatiga cognitiva*, que se aprecia fácilmente al final de reuniones muy largas. Tras largos periodos de sostenida actividad cognitiva es normal que se reduzcan los estados de alerta y orientación. Es un hecho de experiencia que se delibera de distinta forma a primera que, a última hora de la mañana, después de varias horas y muchos asuntos ya tratados. Hay objeciones y reflexiones que fácilmente se dejan de hacer, porque inconscientemente lo que se busca es acabar pronto, y porque cuesta concentrarse.

Para evitar esta fatiga cognitiva puede ser conveniente programar a mitad mañana un receso, breve, para tomar un café y despejar algo la mente.

También hay que *evitar* otras *distracciones* que pueden venirnos por llamadas, correos electrónicos, mensajes de WhatsApp, etc. Una mínima norma de prudencia y respeto a los demás es, no sólo silenciar el teléfono y no atender llamadas, sino tampoco consultar el correo o los mensajes en el teléfono durante las deliberaciones. Cuando menos son una fuente de distracción que impiden seguir bien el hilo de lo que se argumenta o expone, y con frecuencia pueden llegar a ser, además, una falta de educación.

IX. Otras cuestiones que contribuyen a la calidad de la deliberación. Cuando se celebre vista, que es muy bueno porque contribuye a que todos los miembros de la sala tengan un conocimiento más directo del asunto, puede ser una buena práctica deliberar el asunto a continuación, una vez finalizada la vista. En la mente de los miembros del tribunal está todo lo actuado y bajo la frescura de esa información es más fácil de liberar.

En algunos tribunales se prepara una nota y, en algún caso, se elabora un dossier que se distribuye entre todos los miembros del tribunal con antelación suficiente para preparar la deliberación. Sin que deba hacerse una regla general, qué duda cabe que puede ser una buena práctica cuando se está en condiciones de seguirla. La nota permite que se enriquezca la deliberación, pues no sólo el ponente ha podido conocer directamente el caso, sino también los demás miembros del tribunal. Es distinto llegar a una deliberación sin conocer nada sobre el asunto, y estar a expensas de la presentación del ponente, que haberse leído antes la documentación esencial (en el caso del recurso, la resolución recurrida y los escritos de recurso y oposición), pues esa lectura previa ya nos ha hecho pensar y hacernos una idea. El contraste de esta previa idea con la propuesta del ponente contribuye ahondar más en el asunto, y también a centrarse en lo esencial, en lo verdaderamente controvertido. Lo que contribuye a la eficiencia de la deliberación.

Podría ser bueno que el presidente llevara un libro de deliberaciones, en el que dejara constancia de lo que se ha acordado en cada asunto, por si existieran dudas. De esta manera, al revisar después el borrador de sentencia, que debe contener lo acordado en la deliberación, es más fácil

advertir si se ha omitido algo, o no se ha acabado de entender lo que se había concluido. Hay deliberaciones en las que fácilmente puede quedar un poco confuso.

X. La función del presidente. En la deliberación de un tribunal, el presidente cumple una función similar a la del director de orquesta, ha de saber encauzar las distintas aportaciones para la consecución del objetivo común de la deliberación.

Sería bueno que las funciones del presidente quedaran mínimamente precisadas en una norma legal o reglamentaria, pero sin caer en un exceso de reglamentación. También sería bueno contar con un documento de buenas prácticas que, a la vista de la experiencia y siempre con flexibilidad, pudiera ilustrar sobre cómo desarrollar esas funciones. En cualquier caso, debería existir una guía orientativa sobre las funciones del presidente respecto de la planificación de las deliberaciones, así como la moderación, dirección y finalización de los debates… Y también que quedaran claros los límites a las funciones del presidente.

i) El presidente debe supervisar la asignación de ponencias y el señalamiento de asuntos para las sesiones de deliberación, de acuerdo con las reglas aprobadas.

En principio, el presidente fija los días y horas de deliberación, en la medida de lo posible de acuerdo con los demás miembros del tribunal, y siempre teniendo muy presentes las necesidades del tribunal. Hay que tratar de compatibilizar las necesidades y situaciones personales, con las exigencias del servicio. Es un equilibrio, en el que tan necesaria es la flexibilidad, como la seriedad en el cumplimiento del deber, en este caso colectivo, del tribunal.

De acuerdo con lo ya apuntado, para evitar la deliberación superficial de los asuntos, en el señalamiento de los días y horas de deliberación, hay que tratar de evitar sesiones muy largas, sin interrupciones, que propician la fatiga cognitiva.

ii) El presidente, contando con su propia personalidad, al ejercitar su función no debería ser autoritario, ni tampoco hacer dejación de funciones. No debe extralimitarse en sus funciones, es bueno tratar de consensuarlas con el resto de los miembros del tribunal, en la medida de lo posible, y cuando exista contradicción, sobre todo respecto de las cuestiones organizativas, ha de tomar decisiones que resuelvan el problema teniendo en cuenta siempre las necesidades del servicio.

iii) En la *dirección de la deliberación*, ha de tratar de hacerlo de forma que apenas se note. En principio, el presidente es uno más, sin perjuicio de que ejerza su función para asegurarse de lo siguiente:

- La puntualidad en el comienzo de las sesiones.
- Evitar que se prolonguen innecesariamente en el tiempo.
- Controlar el tiempo para evitar que los primeros consuman el que correspondería a los últimos.
- Ayudar al ponente a concretar y sintetizar las cuestiones controvertidas, y en ocasiones, extraer los argumentos de las partes cuando no estén claros, así como sus consecuencias.
- Fomentar la participación activa y real de todos los miembros del tribunal en la deliberación.
- Ir concretando aquello en lo que existe consenso y las cuestiones controvertidas.
- Fomentar, en su caso, el debate y cerciorarse de que todos los miembros del tribunal pueden exponer su opinión.
- Respecto de las cuestiones controvertidas, ayudar a sintetizar las posturas sostenidas por los miembros del tribunal, cuando no existe una opinión común.

- Reconducir los debates y velar por que se ajusten a un orden lógico.
- Integrar las aportaciones realizadas por los miembros del tribunal que no son ponentes.
- Cuando sea necesario, dar por concluido el debate y si no existe acuerdo ordenar la votación, por orden, de las cuestiones controvertidas, y reconducir a continuación la deliberación o, en su caso, darla por concluida a la vista de la votación.
- Asegurarse de que queda clara, al final de la deliberación de cada caso, cuál es la posición del tribunal y los argumentos que la sostienen.

En esta dirección de las deliberaciones, el presidente ha de propiciar un clima de respeto y consideración entre los miembros del tribunal, y evitar, en la medida de lo posible, que se pueda llegar a enfrentamientos personales.

iv) *En relación con la votación*, le corresponde al presidente decidir si se hace separadamente sobre los distintos pronunciamientos de hecho o de derecho controvertidos, o si se parte directamente de la decisión que haya de dictarse (art. 254.1 LOPJ).

Y cuando la votación sea contraria a la propuesta del ponente y este no se conforme, decline la ponencia y opte por formular un voto particular, le corresponderá al presidente encomendar a otro magistrado la redacción de la sentencia, en el sentido del voto de la mayoría, sin perjuicio de realizar la rectificación necesaria en el turno de ponencias para restablecer la igualdad en el mismo (art. 206 LOPJ).

4. «Buenas prácticas» para deliberar

XI. Al adentrarnos en la manera en que se puede deliberar cada asunto, sin perjuicio de las singularidades propias del caso que pueden aconsejar seguir una pauta propia, me atrevo a sugerir alguna indicación que facilite la deliberación. Se trata de reflexiones, extraídas de la práctica y en su mayoría son de sentido común. La secuencia de la deliberación necesariamente ha de comenzar por la presentación del caso, por el ponente; para abrir el debate en el que puedan intervenir los restante miembros de la sala, lo que presupone centrar la discusión de manera adecuada al caso y a los puntos controvertidos; de forma que pueda concluirse con una resolución, lo que en ocasiones exige concluir cada uno de los puntos controvertidos.

XII. Presentación del caso. Es lógico que el comienzo de la deliberación de un caso comience con la intervención del ponente, que ha de introducirlo y guiar el pensamiento hasta llegar a los diferentes puntos de decisión, o cuestiones controvertidas. Se trata de presentar el caso de tal forma que los demás miembros del tribunal que participan en la deliberación se encuentren en condiciones de poder opinar.

Esta labor varía según el tribunal juzgue en primera instancia o conozca de un recurso frente a una resolución de una instancia inferior.

En el primer caso, la presentación es más sencilla, pues el tribunal ha asistido al juicio, presenciado la práctica de la prueba y oído las alegaciones o conclusiones finales de las partes. Por lo que, la labor del ponente al comenzar la deliberación del caso ha de ser centrar los puntos controvertidos. Partir de las pretensiones ejercitadas por las partes, de lo que era objeto de litigio, y de los presupuestos facticos y jurídicos necesarios para su resolución. Su labor es ordenar la resolución, mediante una propuesta que puede estar más o menos cerrada, en función de lo acontecido en el juicio.

Cuando se revisa la resolución de un tribunal de instancia inferior, en la mayoría de los casos se requerirá una presentación más exhaustiva o completa del caso por parte del ponente. Sobre todo, cuando no haya habido vista y se resuelva por el sistema de votación y fallo, que es lo más común.

Si hay vista, las alegaciones de las partes sirven de presentación, pues con ellas el resto de los miembros del tribunal son informados del recurso y de la oposición al recurso, lo que permite hacerse una idea de por qué se recurre, sobre qué motivos o razones, así como la oposición de la parte recurrida y su eventual impugnación. En realidad, lo ideal sería que, en los casos especialmente complejos, la deliberación viniera precedida de una vista, aunque entiendo que no siempre será posible por la escasez de tiempo.

De ahí que nos hemos de situar en el común de los recursos, en que no hay vista y se señala directamente para la deliberación (votación y fallo). En estos casos el ponente ha de presentar el caso, dar cuenta de la controversia, de cómo se ha llegado a ella (los antecedentes necesarios para entenderla) e identificar cuáles eran las cuestiones controvertidas inicialmente, cómo se resolvió en la instancia inferior, y qué se discute en el recurso.

Con frecuencia esto exige un esfuerzo de análisis y de síntesis, pues no se trata de exponer todo lo que ha estudiado y conocido, que fácilmente distrae de lo realmente importante. En esta labor, el ponente ha de clarificar lo que a veces no está claro en la resolución recurrida o en el recurso. Como apuntaba antes, mediante esta presentación, el ponente ha de poner al resto de los miembros de la sala en condiciones de opinar y decidir.

XIII. Debate. En principio, es mejor dejar exponer al ponente y no interrumpirle, sin perjuicio de que, en ocasiones, al existir cuestiones controvertidas secuenciales, se empiece la discusión por la primera y se analicen las siguientes en función de lo que se decida en las anteriores.

Esto es: respecto de cada uno de los puntos controvertidos, el ponente ha de plantear la cuestión, proponer una respuesta y oír los pareceres de los demás. Al hacerlo, cuando lo estime conveniente, puede sugerir la revisión de los documentos o testimonios (prueba), que sean relevantes; sin perjuicio de que también los demás miembros del tribunal puedan pedir ese análisis.

De este modo, conforme discurre la deliberación, hay que ir precisando lo que va decantándose como aceptado por el tribunal (sin necesidad de votación) y lo que requiere discusión y debate.
El debate, en la medida de lo posible, debe ser ordenado. Si son pocos los miembros de la sala que deliberan, por ejemplo, tres, no es necesario guardar un orden de intervenciones, pero cuando sean muchos, por ejemplo, el pleno de una sala del Tribunal Supremo, puede ser conveniente ordenar las intervenciones, para que todos tengan oportunidad de hacerlo. Estos casos en que son muchos los intervinientes, se corre el riesgo de que conforme vayan interviniendo los asistentes, se vaya mutando el objeto de controversia y que para cuando le toque hablar a uno de los últimos en intervenir, quiera referirse a algo distinto de lo que han estado hablando los que justo le han precedido en el uso de la palabra. En esos casos, el presidente o el propio ponente han de hacer un esfuerzo por no saltar de un punto controvertido a otro, sin que hayan terminado de hablar todos.

En realidad, hay que guardar un equilibrio entre trocear el caso en puntos litigiosos bajo un orden consecutivo de ideas y no perder de vista el resultado final y la vinculación entre los distintos puntos controvertidos.

En cualquier caso, hay que tratar de que el debate sea constructivo, con un esfuerzo para lograr consensos. Aunque el consenso no es un fin en sí mismo, y existe el riesgo de que una solución consensuada exija concesiones de la tesis más fuerte que la desvirtúan. En ocasiones puede ser mejor que se imponga una tesis sobre otra, aun a riesgo de que los disidentes hagan un voto particular, por ejemplo, para preservar la coherencia y consistencia de una determinada jurisprudencia de una sala de casación.

XIV. Borrador o notas. Entiendo que, por regla general, es mejor que la deliberación no se ciña a la discusión de un proyecto de sentencia previamente elaborado por el ponente, sin perjuicio de que este, para preparar la deliberación, haya hecho el esfuerzo de redactar un borrador e incluso varios con alternativas en la decisión. Es lógico que el ponente acuda a la deliberación con un borrador o con unas notas, en las que se refleje el resultado del estudio y las posibles razones de la decisión, que le sirvan para la presentación del caso en la sesión de deliberación.
Al mismo tiempo, constituye un hecho de experiencia que escribir la fundamentación jurídica permite agotar los argumentos y advertir los fallos del razonamiento. Esto es, que la preparación del caso es más completa y profunda cuando se escribe un borrador.

Pero me gustaría hacer dos matizaciones: llevar el borrador de la sentencia a la deliberación no debe suponer que necesariamente se discuta sólo sobre ese borrador; y ha de evitarse que la previa redacción del borrador ahonde en una reticencia natural del ponente a modificarlo, a introducir cambios o variar totalmente el enfoque de la sentencia. El ponente debe ser plenamente consciente de que ese borrador no es más que un documento de trabajo, que le ha servido para preparar la deliberación, de tal forma que no surja una resistencia interior a modificarlo total o parcialmente, entre otras razones, por el trabajo adicional que conlleva. Esto es, el riesgo de llevar completamente redactado el borrador de sentencia es que para el ponente la deliberación consista en preservar su integridad, evitar tener que modificarlo.

XV. La pre-deliberación. La deliberación propiamente dicha debe hacerse cuando se haya señalado y en presencia de todos los magistrados que conforman la sala que debe decidir. Desvirtúa lo que debe ser una deliberación que, previamente a su reunión, unos miembros del tribunal lo hayan discutido para adoptar una posición común, a defender en la reunión del tribunal para la deliberación. Además de que esta práctica sustrae la discusión del caso al momento de la verdadera deliberación, propicia normalmente el voto sindicado y una cierta inhibición por unos a favor de otro u otra a quien se encomienda sostener una determinada posición. Lo que frustra la finalidad de la deliberación, que es discurrir en común, sin apriorismos ni sesgos, con la sana finalidad de encontrar la solución más justa.

Lo anterior no excluye que antes de iniciarse la deliberación, con ocasión del estudio del asunto, el ponente pueda recabar puntualmente algún parecer, que le ayude a orientar el asunto o pensar mejor sobre una cuestión, pero sin que eso suponga condicionar ya la deliberación. Hay que evitar generar sesgos confirmatorios en las personas a quienes se consulta.

XVI. Verificación de lo deliberado en la propuesta de resolución. Después de la deliberación, el ponente debe redactar o modificar el borrador en el sentido de lo acordado en la deliberación.

Para realizar mejor esta labor y ajustarse a lo acordado, el ponente debería tomar nota de las objeciones que se le han planteado en la deliberación y que se han aceptado por la mayoría, para introducirlas en la sentencia. En este sentido, el ponente ha de hacer un esfuerzo por entender los matices de esas observaciones, para reflejarlos bien.

Una vez redactada la propuesta de sentencia por el ponente, pasarla para lectura de quienes han formado parte de la sala que resuelve, permite comprobar si la propuesta de resolución no sólo refleja el sentido de la decisión adoptada por la sala, sino también si se reflejan bien esos matices y puntualizaciones advertidas en la deliberación.

En cualquier caso, antes de firmar la sentencia, debe revisarse bien por todos los miembros de la sala que resuelve para comprobar que responde a lo deliberado y decidido, y si se han manejado los argumentos más adecuados. En un tribunal de casación, debe examinarse con cuidado la doctrina jurisprudencial que se declara, para evitar contradicciones o ambigüedades que pudieran propiciar interpretaciones equívocas. Y, lógicamente, esta lectura de la sentencia también ha de comprobar que sea inteligible, que esté bien escrita.

Desde que termina la deliberación y hasta que sea firmada la sentencia, el caso puede ser objeto de re-deliberación. No debería ser nada extraño que el propio ponente, al reflejar lo acordado o al terminar la sentencia, pudiera advertir cuestiones no valoradas que merecieran un análisis de todos; o que otro miembro del tribunal, al leer la propuesta de resolución, advierta la conveniencia de volver a discutirlo. En ese caso, el asunto debería llevarse a la siguiente reunión de la sala, para discutir exclusivamente lo que pudiera requerir esa re-deliberación.

InDret
2.2024

Miriam Anderson
Universitat de Barcelona

Recursos governatius. Doctrina de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació (juliol-agost 2023 i gener-febrer 2024)

Comentaris a les Resolucions de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació JUS/2744/2023, de 19 de juliol de 2023, JUS/2930/2023, de 8 d'agost de 2023, JUS/47/2024, de 3 de gener de 2024, JUS/48/2024, de 8 de gener de 2024, i JUS/442/2024, de 19 de febrer de 2024

Sumari

-

Comentaris a les Resolucions de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació JUS/2744/2023 (llegat d'usdefruit universal i prellegats «en ple domini»), JUS/2930/2023 (mitgeria horitzontal i servituds d'ocupació relatives a una planta soterrani construïda parcialment sota una finca veïna del mateix titular), JUS/47/2024 (anotació de pacte successori), JUS/48/2024, (anotació preventiva d'un llegat amb efectes obligacionals) i JUS/442/2024 (partició hereditària en lots desiguals: sobre la necessitat d'autorització judicial en cas d'assistència representativa).

Abstract

-

Comments on the Decisions of the Catalan Directorate General of Law, Legal Entities and Mediation JUS/2744/2023 (testamentary devises of a usufruct over the estate and devises of full ownership over certain assets), JUS/2930/2023 (dividing surface and easements granting occupation of an underground floor built under the adjoining parcel of land, which belongs to the same owner), JUS/47/2024 (annotation of inheritance agreements), JUS/48/2024, (annotation of a devise granting the devisee a personal right against the heir) and JUS/442/2024 (court intervention for the distribution of an estate in unequal portions when a person with a disability concludes the agreement with the support of an appointed representative).

Title: *Comments on the Decisions of the Catalan Directorate General of Law, Legal Entities and Mediation (July-August 2023 and January-February 2024)*

-

Paraules clau: Dret civil català, Registre de la Propietat, recursos governatius, llegat d'usdefruit universal, prellegats, interpretació del testament, mitgeria horitzontal, servituds d'ocupació, pacte successori, anotació preventiva de llegat, partició hereditària, assistència representativa.
Keywords: *Catalan private law, Land Registry, Land Registry complaints, devise of a usufruct over the estate, devises to the heirs, construction of wills, dividing surface, easements allowing occupation, inheritance agreements, annotation of a devise, division of the estate, person with disability and representative support.*

-

InDret

2.2024

Miriam Anderson
Universitat de Barcelona

Índex

-

1. Resolució JUS/2744/2023, de 19 de juliol de 2023 (DOGC núm. 8969, de 31.7.2023). Llegat d'usdefruit universal i prellegats «en ple domini»

1.1. Introducció

1.2. Interpretacions discordants del testament resultants de diversos documents presentats al registre per parts diferents

1.3. L'abast del llegat d'usdefruit universal

1.4. La possibilitat de prescindir dels llegats si concorre el consentiment de tots els interessats

2. Resolució JUS/2930/2023, de 8 d'agost de 2023 (DOGC núm. 8981, de 17.8.2023). Mitgeria horitzontal i servituds d'ocupació relatives a una planta soterrani construïda parcialment sota una finca veïna del mateix titular

2.1. Introducció

2.2. Sobre la qualificació substitutòria i la caducitat de l'assentament de presentació

2.3. Sobre la mitgeria horitzontal i les servituds

3. Resolució JUS/47/2024, de 3 de gener de 2024 (DOGC núm. 9083, de 19.1.2024). Anotació de pacte successori

3.1. Introducció

3.2. No és necessari el consentiment del tercer afavorit per un pacte successori per a poder-lo anotar

3.3. La legitimació per procedir a la divisió horitzontal de la finca

3.4. La constància registral dels pactes successoris i el principi d'especialitat

4. Resolució JUS/48/2024, de 8 de gener de 2024 (DOGC núm. 9083, de 19.1.2024). Anotació preventiva d'un llegat amb efectes obligacionals

4.1. Introducció

4.2. La qüestió competencial

4.3. La qualificació jurídica de la clàusula testamentària

4.4. La constància registral del llegat

5. Resolució JUS/442/2024, de 19 de febrer de 2024 (DOGC núm. 9109, de 26.2.2024). Partició hereditària en lots desiguals: sobre la necessitat d'autorització judicial en cas d'assistència representativa

5.1. Introducció

5.2. El judici de capacitat, el principi d'igualtat i la finalitat perseguida amb la partició

5.3. Els actes de disposició realitzats en cas d'assistència representativa no requereixen autorització judicial, tret que així ho estableixi la resolució que formalitza el suport

5.4. La partició en lots desiguals no és un acte de disposició

5.5. Consideracions finals

6. Bibliografia citada

-

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

1. Resolució JUS/2744/2023, de 19 de juliol de 2023 (DOGC núm. 8969, de 31.7.2023). Llegat d'usdefruit universal i prellegats «en ple domini»*

1.1. Introducció

Aquesta resolució gira al voltant de la interpretació de la voluntat del causant quant a si l'usdefruit vitalici universal llegat a la seva vídua s'estén o no als béns llegats a les seves dues filles.

El testament establia en primer lloc l'esmentat usdefruit universal de l'herència i, a continuació, cinc llegats més. En els dos primers, s'atribuïen a cadascuna de les filles determinats béns immobles «en ple domini». Els tres llegats restants ho eren també d'immobles a favor dels nets del causant, sense que s'expressés que se'ls atribuïen «en ple domini». Finalment, s'instituïen hereves per meitats les dues filles en la resta de béns de l'herència.

L'escriptura presentada per a la seva inscripció va ser atorgada per la vídua del causant, una de les seves filles i els nets. En ella es lliurava l'usdefruit universal i s'acceptaven els llegats corresponents als atorgants en nua propietat; és a dir, tant els nets com la filla van considerar que l'usdefruit s'estenia als béns que els eren llegats. S'acompanyava a l'escriptura acta expressiva del fet que l'altra filla del causant havia respost a la *interpellatio in iure* (art. 461-12 del Codi civil de Catalunya, CCC), acceptant l'herència, i manifestant que prendria possessió del llegat davant del notari que escollís.

El registrador va qualificar negativament. Va fer constar que havia causat assentament de presentació una altra escriptura, de data anterior a la presentada, en virtut de la qual la filla que no va atorgar aquesta darrera havia pres possessió dels béns llegats en ple domini; és a dir, lliures de l'usdefruit a favor de la mare. Va considerar que les parts duien a terme interpretacions de signe contrari de l'abast de l'usdefruit universal i que calia que la interpretació del causant fos consensuada per les parts interessades (les hereves i la usufructuària universal) o, en cas contrari, que la qüestió fos decidida pels òrgans judicials. Fonamentava la seva qualificació en els art. 421-6, 427-34, 451-9 i 464-6 CCC. El registrador va considerar que hi havia arguments a favor de totes dues interpretacions i que el procediment registral no és l'adequat per a escatir quina era la veritable voluntat del causant en el moment d'atorgar el testament.

Les interessades en la inscripció de l'escriptura (la vídua i la filla que la van atorgar juntament amb els nets) van recórrer. Adduïen que si els llegats fossin en ple domini, es buidaria de contingut l'usdefruit i que, d'acord amb la interpretació que fan de l'art. 427-34.2 CCC, únicament n'haurien de quedar exclosos els béns que haguessin estat objecte de donació per causa de mort. Feien valer també que l'usdefruit universal no perjudica les llegítimes i que, en tot cas, operaria la *cautela soccini*. Al·legaven que l'altra filla havia acceptat tàcitament béns de l'herència gravats amb l'usdefruit universal i que no podria acceptar-ne uns de gravats i els altres com a lliures. A més, entenien que l'ordre de les clàusules testamentàries era indicatiu de la voluntat del causant i que aquesta no era altra que assegurar la posició de la seva cònjuge supervivent; no inscriure l'usdefruit sobre tots els béns de l'herència equivaldria a desprotegir-la.

* Email: miriam.anderson@ub.edu Aquests comentaris formen part de les activitats del «Grup de Dret civil català UB», 2021 SGR 00347.

1.2. Interpretacions discordants del testament resultants de diversos documents presentats al registre per parts diferents

Com a qüestió procedimental, la resolució (FD 1.2) confirma que és propi de la funció de qualificació que duu a terme el registrador tenir en compte documents presentats relatius a la mateixa herència, la qualificació dels quals està condicionada per la qualificació registral i per la interpretació del que primer s'hagi presentat per a la seva inscripció. Ho fonamenta en l'art. 18, paràgraf 1er, de la Llei hipotecària (LH), i fa referència a un cas similar decidit en la Resolució de 21 de novembre de 2016[1]. En aquell cas, es tractava de documents inscrits al Registre Civil que demostraven que uns cònjuges s'havien divorciat. En el que ara ens ocupa, la connexió és encara més clara en haver-se presentat tots dos documents, que revelen una interpretació diferent del testament, al mateix Registre.

Val a dir que, si s'haguessin presentat amb més separació temporal, potser el primer s'hauria inscrit i hauria quedat sota la salvaguarda dels tribunals, atès que la diferent interpretació del testament podria haver passat inadvertida per al registrador (especialment si el primer document presentat era l'acceptació de llegat en ple domini). Tal i com s'afirma a la resolució, el conflicte s'evidencia quan del conjunt de les dues escriptures en resulta una interpretació discordant quant a l'abast de l'usdefruit universal (FD 1.3). LA DGDEJM es proposa, per tant, determinar si és possible esbrinar la veritable intenció del testador, tenint en compte les limitacions del procediment registral a l'hora d'interpretar el testament[2], la manca de consens entre les afectades (art. 464-6 CCC; FD 1.5) i el fet que, si la contradicció entre les diferents clàusules del testament fos irreductible, s'haurien de considerar nul·les totes elles, però que aquesta manca de validesa correspondria declarar-la als tribunals (FD 1.4).

1.3. L'abast del llegat d'usdefruit universal

La DGDEJM arriba a la conclusió que l'usdefruit universal a favor de la vídua del causant s'estén als béns llegats als nets, però no als que es van llegar a les filles «en ple domini».

Per a fonamentar-ho, recorda en primer lloc que, d'acord amb l'art. 427-34.2 CCC, no perd la consideració de llegat d'usdefruit universal aquell en què se n'exclouen certs béns, ja sigui perquè han estat objecte de donacions per causa de mort, ja sigui perquè el causant ho ha

[1] JUS/2666/2016, de 21 de novembre (DOGC núm. 7258, de 30.11.2016). En el comentari a *InDret* 2, 2017, es feia referència a què «convé tenir present que, d'acord amb reiterada doctrina de la DGRN, el registrador pot – i, de fet, ha de– tenir en compte a l'hora de qualificar dades que li constin o a les quals pugui accedir, per tal de protegir el principi de legalitat. Així, en la Resolució de 31 de maig de 2016 (BOE núm. 151, de 23.6.2016) es pot llegir que: "Es doctrina de este Centro Directivo señalada en numerosas Resoluciones, que el registrador en el ejercicio de su función calificadora sobre la legalidad, puede tener en cuenta los datos que resulten de organismos oficiales a los que pueda acceder directamente"». Els documents que ja consten al Registre, sens dubte, compleixen aquestes característiques.

[2] En aquest sentit, entre altres, la Resolució JUS/3443/2009, de 19 d'octubre (DOGC núm. 5523, de 10.12.2009; comentada per MARSAL GUILLAMET a *InDret* 1,2010) o, més recentment, les resolucions JUS/832/2021, de 23 de març (DOGC núm. 8378, de 31.3.2021; comentada a *InDret* 3, 2021) i JUS/2014/2021, de 20 de juny (DOGC núm. 8447, d'1.7.2021; comentada a *InDret* 4, 2021).

manifestat així[3]. Ho rebla el fet que en la successió intestada és la pròpia llei la que estableix que l'usdefruit universal del cònjuge o convivent no s'estén als llegats ordenats en codicil (art. 442-4.1 i 442-5.3 CCC). En la successió testada, l'exclusió de béns no està subjecta a l'ús d'unes paraules determinades per part del causant i tampoc no ha de ser necessàriament expressa, però sí inequívoca[4]. A parer de la DGDEJM, l'atribució de béns «en ple domini» a les filles, en un testament obert assessorat per notari, no resulta equívoca (FD 2.1). Ho confirma el fet que els llegats a favor dels nets, en què no s'empra la mateixa expressió, sí que s'han de considerar gravats amb l'usdefruit, com també els restants béns de l'herència, que eren diners i productes financers, de la qual cosa la resolució en dedueix que segurament el causant va considerar que els rendiments d'aquests darrers serien suficients per a cobrir les necessitats de la vídua (FD 2.2). Per a protegir-la, però, el dret català ja compta amb la quarta vidual. El que no admet, afirma la resolució, és apartar-se de la dicció literal del testament per tal d'aconseguir-ho (FD 2.3). Per tant, la DGDEJM acaba resolent l'aparent contradicció entre les clàusules a partir de la literalitat del testament i, en concret, de l'ús de l'expressió «en ple domini» en uns llegats i no en d'altres.

1.4. La possibilitat de prescindir dels llegats si concorre el consentiment de tots els interessats

El registrador havia defensat que el consentiment de la filla que no va atorgar l'escriptura qualificada negativament a rebre el llegat amb el gravamen de l'usdefruit hauria permès la inscripció, perquè així ho estableix l'art. 464-6.1 CCC. La DGDEJM subscriu plenament aquesta tesi, en la línia que ha anat seguint d'atribuir a aquest precepte una volada potser conforme amb el seu esperit (que ha de ser el d'evitar plets arran de la successió), però no tant amb la seva lletra[5]. L'art. 464-6.1 CCC permet que els hereus considerin els prellegats (és a dir, no tots els llegats, sinó únicament els que els afavoreixen) com a operacions particionals i que, per tant, en prescindeixin. En el cas que ens ocupa, però, el llegat d'usdefruit universal a favor de la vídua no és un prellegat, atès que no se la institueix hereva (ni tan sols pot demanar la divisió judicial de l'herència, perquè no és legatària de part alíquota –art. 782 EC). I sembla que l'abast d'aquest llegat hauria d'establir-se amb caràcter previ a la partició, justament per tal de determinar quins drets en són objecte. És a dir, les filles haurien pogut prescindir dels prellegats i distribuir entre elles el romanent (diners i productes financers) i també les finques que el causant els havia llegat, però si la interpretació correcta fos que l'usdefruit universal s'estenia també a aquestes finques (interpretació contrària a la que adopta la resolució comentada), només entraria en aquesta partició la nua propietat sobre elles; l'usdefruit l'hauria adquirit la vídua. Si, donada aquesta interpretació, la vídua hagués consentit a què les filles s'adjudiquessin les finques en ple domini, hauria estat renunciant al llegat que li corresponia sobre elles. És dubtós que l'art. 464-6.1 CCC tingui la virtualitat de desplaçar l'art. 427-16.3 CCC, de manera que el llegat s'hauria d'estimar

[3] En la Resolució JUS/1366/2020, de 5 de juny (DOGC núm. 8158, de 19.6.2020; comentada a *InDret*, 3, 2020) s'admetia que l'usdefruit continuava sent universal, i que el legatari podia prendre possessió sense el consentiment dels hereus, en tractar-se d'un llegat d'eficàcia real, encara que se n'haguessin exclòs determinats béns.

[4] També quant a l'extensió d'un llegat d'usdefruit universal, Resolució JUS/468/2011, de 28 de gener (DOGC 5825, de 28.2.2011; comentada per MARSAL GUILLAMET a *InDret* 2, 2011). Referint-se a la necessitat que la voluntat del testador sigui «inequívoca», encara que no reculli expressament el text d'una disposició legal, Resolucions JUS/2444/2013, de 29 d'octubre (DOGC núm. núm. 6509, de 26.11.2013; comentada a *InDret* 4, 2014), relativa a un llegat d'universalitat, i JUS/3519/2020, de 23 de desembre (DOGC núm. 8314, de 13.1.2021, comentada a *InDret* 2, 2021), sobre una altra qüestió, però requerint igualment que la voluntat del causant sigui «inequívoca».

[5] Vegeu el cas de la Resolució JUS/1299/2021, de 30 d'abril (DOGC núm. 8406, de 10.5.2021; comentada a *InDret* 3, 2021).

acceptat plenament, i s'hauria de considerar que hi hauria una transmissió posterior de l'usdefruit (o, si es prefereix, una renúncia translativa) a favor de les filles. Si, en canvi, la interpretació correcta del testament és la que adopta la resolució de la DGDEJM, el consentiment de les filles a rebre les finques gravades amb l'usdefruit hauria d'interpretar-se com una atribució patrimonial a favor de la seva mare, posterior a l'acceptació.

2. Resolució JUS/2930/2023, de 8 d'agost de 2023 (DOGC núm. 8981, de 17.8.2023). Mitgeria horitzontal i servituds d'ocupació relatives a una planta soterrani construïda parcialment sota una finca veïna del mateix titular

2.1. Introducció

La qüestió que motiva aquesta resolució es remunta al mes de gener de 2021, quan es va atorgar una escriptura d'obres noves, mitgeria horitzontal i servituds de pas, estada i ocupació del subsol relatives a dues finques pertanyents a l'Arquebisbat de Barcelona, a més de constituir-se el règim de propietat horitzontal. L'escriptura procurava, pel que interessa a la resolució ara comentada, aclarir les relacions entre les dues finques, atès que una planta del soterrani d'una de les finques ocupa una part del subsol de l'altra.

La registradora, en el seu moment, va qualificar negativament. D'una banda, perquè les coordenades georeferenciades de la finca no s'expressaven de manera inequívoca i congruent i, de l'altra, perquè entenia que la mitgeria s'havia d'establir sobre finques diferents i, a més, perquè no considerava admissible que es constituïssin com a elements privatius en propietat horitzontal espais sobre els quals només es tenia un dret de servitud, així com perquè no són acceptables servituds d'ocupació que atribueixen al seu titular totes les facultats dominicals. Argumentava també que la mitgeria horitzontal és incompatible amb les servituds. Es va aportar acta complementària per tal d'aclarir la situació, però la registradora va tornar a qualificar negativament.

Es va sol·licitar qualificació substitutòria i la registradora substituta va revocar parcialment la nota de qualificació, mantenint únicament el defecte relatiu a les coordenades.

Presentada novament la documentació, la registradora va tornar a qualificar desfavorablement, per considerar que la informació aportada quant a les coordenades era incompleta.

Aproximadament un any i mig més tard, es va tornar a presentar l'escriptura original, amb l'acta complementària de 2021 i una nova acta complementària on es manifestava que s'havien detectat errades en les superfícies que es procedien a corregir.

La qualificació de la registradora va tornar a ser negativa, per defectes que reprodueixen substancialment els que van fonamentar la qualificació inicial.

El notari no recorre el defecte relatiu a les coordenades, perquè considera que l'han de resoldre els tècnics competents, però sí el de caire substantiu, essencialment per entendre que no cal que la mitgeria horitzontal ocupi tota a finca, sinó que en pot afectar només una part, i perquè

considera que les servituds són compatibles amb la mitgeria i no creu que atorguin un dret a ocupar part de la finca veïna.

A l'informe, la registradora puntualitza que a la nota no es diu que la mitgeria hagi d'afectar tota la finca, sinó que s'ha de constituir entre finques diferents.

2.2. Sobre la qualificació substitutòria i la caducitat de l'assentament de presentació

En el seu informe, la registradora també va posar de manifest que les «incidències anteriors [...] es refereixen a procediments registrals que es van iniciar per altres assentaments de presentació i ja van finalitzar per caducitat».

Tot i reconèixer que això és cert, la DGDEJM posa l'accent en què també és veritat que l'escriptura que es presenta el 2023 és la mateixa que es va qualificar negativament el 2021, sense que l'acta complementària de 2023 contingui cap canvi respecte a l'organització prevista en el document inicial (FD 2.7). La qualificació substitutòria de 2021 ja havia revocat la nota de qualificació quant al defecte que ara és objecte de recurs, i la resolució remarca, d'acord amb el Reial Decret 1039/2003, d'1 d'agost, que «la qualificació registral dictada per substitució, si bé no és vinculant per a qui l'ha sol·licitada que la pot recórrer si no és conforme als seus interessos, és vinculant en canvi per al registrador substituït, que ha de sotmetre el seu criteri al que ha establert el registrador substitut i no la por recórrer. Per tant, la registradora [...] ja sabia, com a conseqüència de la qualificació substitutòria, que el seu criteri en relació a la inadmissibilitat de la mitgeria horitzontal i de les servituds [...] no s'ajustava –segons el criteri preferit per la registradora substituta– a la legalitat, mentre que l'Arquebisbat de Barcelona tenia, no només la confiança, sinó sobretot la convicció que l'únic defecte de la documentació que volia inscriure feia referència a les mesures i les coordenades georeferenciades de l'edificació» (FD 2.4).

Efectivament, l'art. 19 *bis*, regla 3a, LH i l'art. 7.2 del Reial Decret 1039/2003, obliguen el registrador substituït a acceptar la decisió d'inscriure que adopti el registrador substitut. En el cas de la resolució, però, la registradora substituta va revocar la nota només parcialment, quant al defecte de fons. En canvi, va mantenir el defecte relatiu a les coordenades georeferenciades, amb la qual cosa la inscripció no es va arribar a practicar, perquè la registradora va considerar incompleta la informació aportada a aquests efectes –i no pas perquè desobeís el criteri de la registradora substituta. El fet que els interessats en la inscripció triguessin més d'un any i mig en presentar la documentació pertinent (si és que a hores d'ara s'ha arribat a presentar mai), dona la raó a la registradora, que qualifica novament segons el seu criteri i no segons el de la registradora substituta (que, d'altra banda, potser hauria sigut coincident amb el de la primera si per repartiment hagués correspost a un altre registrador). De la mateixa manera que la finalització del procediment registral no genera un efecte similar a la cosa jutjada, de forma que un document qualificat negativament es pot tornar a presentar sense cap tipus de limitació (art. 108 RH), el registrador és lliure de tornar a qualificar en idèntic sentit, tret que hi hagi una resolució vinculant, i també podria variar la seva qualificació[6]. La decisió del registrador substitut és efectivament vinculant (com a manera d'evitar haver de recórrer la qualificació) mentre s'estigui en el marc del mateix procediment registral, però no pot vincular el registrador substitut de manera indefinida, atès que això suposaria posar en dubte la seva independència i criteri. A més, tampoc no es pot esperar que els registradors tinguin presents totes les qualificacions

[6] Resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat de 21 de juliol de 2009 (BOE núm. 227, de 19.9.2009).

substitutòries que, per manca d'esmena d'altres defectes diferents als revocats, no han culminat en una inscripció, per si al cap d'uns anys els interessats decideixen intentar novament la inscripció. És cert que la registradora concernida devia recordar el cas, ateses les seves particularitats, però no sembla encertat considerar que continuava vinculada per una decisió relativa a un procediment tancat i que no va ser emesa per una autoritat jeràrquicament superior a ella. Potser el resultat hauria estat diferent si hagués resolt la DGDEJM, atenent a l'autoritat jurídica de les decisions que dicta.

D'altra banda, la DGDEJM acaba acceptant el criteri de la registradora substituta quant al fons de la qüestió, que era l'únic objecte del recurs, i ordenant la inscripció. Sembla que cal entendre que la inscripció no es podrà practicar fins que s'esmeni el defecte relatiu a les coordenades georeferenciades, si és que persisteix.

2.3. Sobre la mitgeria horitzontal i les servituds

Pel que fa, doncs, al fons de la qüestió, la DGDEJM adopta el criteri de la registradora substituta, amb un matís. L'esmentat criteri es recull a la relació de fets IV i es resumeix al fonament de dret 2.3 de la següent manera:

> «La registradora substituta, després d'assenyalar que la registradora substituïda manifesta la existència d'un defecte relatiu a l'impossibilitat de configuració de la mitgeria i la servitud per facilitar i determinar-ne l'ús efectiu, afirma taxativament que no es pot mantenir l'esmentada qualificació. Amb relació a la mitgeria horitzontal, la registradora substituta conclou, d'acord amb l'article 555-3.2 del CCC i la resolució d'11 d'octubre de 2018 d'aquesta direcció general, que el concepte en què gaudirà el propietari de la finca registral 15.242 dels 143,56 metres quadrats de subsòl sota la finca registral 14.926, no serà el del titular d'un dret real de gaudi sobre finca aliena, sinó com a cotitular d'aquesta finca en virtut del pacte voluntari que recull l'escriptura de constitució de la mitgeria horitzontal que atorga el caràcter de comú no només a l'element divisori entre totes dues propietats, sinó també al sòl mitger. I amb relació a la servitud d'ocupació del sòl, estada i paret oberta sobre la finca registral 14.926 a favor de la finca 15.242, la registradora substituta la considera perfectament admissible com a servitud sobre cosa pròpia, d'acord amb l'article 566-3 del CCC, afegint que, per altra banda, no es pot mantenir la qualificació negativa que no és possible de configurar com a elements privatius d'una propietat horitzontal les places d'aparcament sobre el subsòl, donat que s'admet la constitució de servitud sobre cosa pròpia i, en aquest cas, facilita la constitució de la propietat horitzontal mitjançant la mitgeria pactada voluntàriament entre les dues finques registrals».

El matís que introdueix la DGDEJM rau en considerar, quant a la mitgeria horitzontal, que el concepte en què el propietari d'una de les finques gaudirà de la part de la planta soterrani ubicada sota la finca veïna és el de titular, i no de cotitular, atès que això és el que resulta del pacte presentat a la seva inscripció. Per tant, la cotitularitat afecta la coberta d'aquesta superfície, que és també el solar de la finca veïna (element, per tant, mitger), però no la unitat de què es tracta, que es configura com de titularitat exclusiva de qui sigui propietari de la finca confrontant. Segurament el que confon és la referència a una servitud d'ocupació i, per a qui llegeix la resolució, el fet que de desconèixer la distribució realitzada en establir-se el règim de propietat horitzontal.

3. Resolució JUS/47/2024, de 3 de gener de 2024 (DOGC núm. 9083, de 19.1.2024). Anotació de pacte successori

3.1. Introducció

La resolució decideix sobre la possibilitat d'anotar un pacte successori d'acord amb el que estableix l'art. 431-8.2 CCC.

La disponent i tres dels seus quatre fills van arribar a un acord transaccional amb què posaven fi a la controvèrsia judicial generada arran de la successió del seu marit i pare, respectivament, que havia premort. En compliment d'aquest acord, el mateix dia, els tres fills presents i la disponent van atorgar un pacte successori en què s'establia l'atribució particular d'una determinada finca registral, integrada per quatre naus industrials. Els beneficiaris d'aquesta atribució eren dos dels fills presents i la filla que no va intervenir en l'atorgament. Es va preveure un mecanisme per a la tria de les naus que corresponien a cadascú (dues per al fill gran, una per a l'altre fill i una per a la filla), per mitjà d'un ordre d'elecció, tant si la finca ja estava dividida en propietat horitzontal en el moment de l'obertura de la successió de la mare, com si no ho estava. Es va especificar que el pacte tenia eficàcia real i que no caldria demanar la possessió als hereus. Per a la resta de béns que no eren objecte d'atribució particular, s'instituïen hereus els quatre fills per parts iguals, sense possibilitat de revocació o modificació tret que ho acordessin tots els atorgants o si la mare revocava per indignitat. Es van preveure substitucions vulgars a favor dels descendents, tant en l'atribució particular com en l'heretament.

El registrador de la propietat va denegar la pràctica de la nota marginal per considerar que calia la intervenció de la filla que no va atorgar el pacte successori, i que la divisió horitzontal l'hauria de dur a terme la mare, titular registral de la finca. Va esmenar la nota amb posterioritat perquè es va adonar que havia comès una errada en el nom de la filla. Un cop se'ls va notificar la qualificació, els interessats van sol·licitar qualificació substitutòria, que va confirmar la impossibilitat d'inscriure. El resum d'aquesta que proporciona la relació de fets IV sembla indicar que el motiu pel qual no es va permetre l'anotació registral va ser la manca de determinació resultant del fet que encara no s'havia dividit horitzontalment la finca i, per tant, no estaven delimitats els elements privatius ni les quotes de participació en els elements comuns.

Els interessats van recórrer basant-se en la deficient aplicació de l'art. 431-8.2 CCC. I rebatien algunes de les afirmacions contingudes a la qualificació substitutòria, com ara que el tercer afavorit pel pacte successori ha de prestar el seu consentiment, perquè el vincula. En el recurs es va partir de la base que el tercer haurà d'intervenir, si així ho vol, un cop oberta la successió, però no abans, atès que fins llavors té una mera expectativa. Tampoc no es comparteix que calgui concretar una divisió horitzontal que no necessàriament s'haurà dut a terme abans d'aquell moment. La finalitat de la nota marginal és protegir els afavorits pel pacte front de possibles actes dispositius de la titular registral.

El registrador, en emetre el seu informe, va sostenir que el recurs s'hauria d'inadmetre, atès que es dirigeix contra la qualificació substitutòria, barrejant elements de la qualificació original. Aquesta qüestió la resol la DGDEJM al fonament de dret 1.2, considerant que el que es recorre és la qualificació inicial. Entra a decidir, per tant, el fons de l'assumpte.

3.2. No és necessari el consentiment del tercer afavorit per un pacte successori per a poder-lo anotar

La DGDEJM recorda en primer lloc que l'art. 431-3.1 CCC «és clar en determinar que les persones no atorgants d'un pacte successori a favor de les quals s'ha fet un heretament o una atribució particular no adquireixen cap dret a la successió fins al moment de la mort del causant» (FD 2.2). D'altra banda, el fet que, produïda la defunció, s'hagi previst un torn de tria de la nau corresponent, el funcionament del qual requerirà la participació de la filla que no és atorgant del pacte, tampoc no impedeix l'anotació, perquè «l'elecció de la nau que li correspondrà a la filla no atorgant del pacte successori no és una condició necessària perquè el pacte successori sigui plenament vàlid» i «la no intervenció de la beneficiària no afecta l'atorgament del pacte successori a l'efecte de l'elecció de la finca que s'ha d'atribuir, si escau, en el moment de l'obertura de la successió», tenint en compte, a més, que poden succeir moltes coses que determinin que aquesta beneficiària no arribi a adquirir (si premorís, per exemple) o no de manera definitiva (cas que repudiés l'atribució amb efectes reals) (FD 2.4). El registrador també feia esment al fet que la intervenció de la filla era necessària perquè d'ella en depenia el contingut de la institució d'hereus a parts iguals dels quatre fills, substituïts per les seves estirps. La DGDEJM entén que tampoc per aquest motiu és necessària la intervenció en aquest moment de la filla, atès que l'elecció prèvia de la nau o naus que pertoquin correspon als tres fills afavorits per l'atribució particular de la finca, i no només a la filla que no intervé (FD 2.5). Considera, *obiter*, que l'eficàcia real de l'atribució no serà pràcticament possible, atès que la determinació del que pot adquirir cadascú depèn de la repetida elecció prèvia (FD 2.5).

3.3. La legitimació per procedir a la divisió horitzontal de la finca

El registrador considera que només està legitimada per a dividir horitzontalment la finca la mare, que n'és la titular registral. Això és evident. Al pacte successori es preveu indirectament en quins percentatges s'haurà de dur a terme la divisió cas que no s'hagués realitzat en el moment de la delació. La DGDEJM entén que no hi ha cap obstacle per a practicar la nota marginal sol·licitada per aquest motiu (FD 3.1).

3.4. La constància registral dels pactes successoris i el principi d'especialitat

Al darrer fonament de dret (5), la DGDEJM explica la finalitat i l'abast de la constància registral dels pactes successoris. No es tracta de donar publicitat a un dret perfectament determinat de manera que els tercers puguin adquirir-lo confiant en què el contingut que apareix al Registre coincideix amb la realitat, sense que els pugui perjudicar que no sigui així, si compleixen els requisits previstos a l'art. 34 LH. Contràriament, el que es publica són expectatives que poden o no acabar materialitzant-se i protegeix els atorgants i els afavorits davant d'actes de disposició realitzats pel titular registral. De l'argumentació emprada per la DGDEJM se'n dedueix que considera que la nota també garanteix que el pacte no es pugui modificar si no és per acord de tots els atorgants.

4. Resolució JUS/48/2024, de 8 de gener de 2024 (DOGC núm. 9083, de 19.1.2024). Anotació preventiva d'un llegat amb efectes obligacionals

4.1. Introducció

En testament atorgat l'any 2010, la causant, que va morir l'any 2023, va establir llegat de llegítima a favor de qui l'acredités, fent constar que un dels seus tres fills ja l'havia rebuda en vida. Instituïa hereva la seva filla i li imposava l'obligació de vendre un dels immobles que integraven l'herència en un termini màxim de cinc anys i lliurar al seu altre fill el cinquanta per cent del valor que n'obtingués. Al cap d'uns quaranta-cinc dies de la defunció, aquest fill presentava instància al Registre de la Propietat corresponent a la finca que s'havia de vendre sol·licitant que s'anotés el llegat testamentari per tal que els tercers tinguessin coneixement de les condicions imposades a l'hereva, que encara no havia atorgat escriptura d'acceptació d'herència amb el corresponent inventari.

La registradora va qualificar desfavorablement, adduint que no es complien els requisits dels art. 56, 147, 148 i 166.6 del Reglament hipotecari (RH) per a la pràctica de l'anotació preventiva sol·licitada, ja sigui de mutu acord, ja sigui per resolució judicial.

El recurrent va fonamentar la seva argumentació des d'una doble perspectiva. D'una banda, partint de què el llegat s'ha d'entendre deferit a favor seu en la mateixa data de la defunció de la causant (article 427-14 del CCC), considerava que l'objecte del llegat, que interpretava com a sotmès a termini, «és perfectament determinable perquè s'ha de complir mitjançant fets o circumstàncies que consten en el mateix testament com una obligació imposada per la testadora a la cridada com a hereva». El concebia com una obligació o càrrega real que grava l'immoble que s'ha de vendre. De l'altra, afirmava haver presentat la sol·licitud d'anotació en concepte de legatari, atesa la seva condició de legitimari i el llegat simple de llegítima establert per la seva mare al testament que regeix la successió. Citava a favor seu els apartats 7 i 10 de l'art. 42 LH, atesa la impossibilitat de promoure judici de divisió de l'herència, i, en connexió amb aquest darrer, l'art. 451-15.3 CCC. Considerava que corria el risc que li passessin al davant altres creditors si el seu llegat es qualificava com a obligacional, però que també es podia qualificar com a llegat d'eficàcia real de naturalesa obligacional, en constituir una càrrega «hipoteca» no inscrita que grava l'hereu. Entenia que li eren aplicables els art. 46 LH i 146 del Reglament hipotecari (RH).

La registradora, que no va fer constar a l'expedient haver notificat les persones interessades, considerava que, en basar-se la nota de qualificació en preceptes de la LH i del RH, és competent per a resoldre la Direcció General de Seguretat Jurídica i Fe Pública (DGSJFP), a qui va elevar l'expedient, tot i notificar-ho també a la DDGEJM.

4.2. La qüestió competencial

La DGDEJM no té cap dubte sobre la pròpia competència, atès que el recurs «està farcit» de referències al dret civil català i, en particular, al llibre quart del CCC, de manera que resulta aplicable l'art. 1 de la Llei 5/2009, de 28 d'abril. Remarca la resolució el comportament equivocat de la registradora, que eleva l'expedient a l'òrgan resolutori que no és competent per a decidir, tot arriscant-se a la nul·litat de la resolució que en derivés (FD 1.1).

Per a reblar-ho, la DGDEJM afirma, al següent apartat de la resolució, que:

> «La determinació de la competència per resoldre els recursos governatius contra les qualificacions dels registradors de la propietat, mercantils i de béns mobles de Catalunya, quan al recurs o a la nota de qualificació s'hagi al·legat la infracció de normes del dret català, correspon exclusivament a la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació. Per consegüent, l'article 3.7 de la Llei 5/2009, del 28 d'abril, estableix de manera clara a que aquesta direcció general és l'òrgan que resol sobre la seva pròpia competència i, si escau, remet l'expedient a la DGSJFP, si es considera incompetent. Per aquest motiu, és completament irregular que la registradora de la propietat s'atribueixi la facultat de decidir sobre la competència per resoldre aquest recurs i, encara més, que remeti l'expedient del recurs a l'òrgan que considera competent, fet que infringeix la llei esmentada, la qual cosa provoca una lesió de la competència catalana en matèria de dret català i va en contra de l'article 147.2 de l'Estatut d'autonomia de Catalunya.»

A la inversa, si el recurrent l'hagués presentat davant a DGSJFP i el registrador o la registradora consideressin competent la DGDEJM, haurien d'elevar el recurs a aquesta darrera, que seria l'encarregada de notificar-ho a la primera (art. 3.3 Llei 5/2009)[7].

4.3. La qualificació jurídica de la clàusula testamentària

Com a procés previ a la determinació de si escau o no l'anotació sol·licitada, la DGDEJM entén que cal determinar quina és la qualificació jurídica de la clàusula testamentària en qüestió, atès que el text del recurs presenta ambivalències en aquest punt (FD 2.2).

En aquest sentit, la DGDEJM considera que «la interpretació de les disposicions testamentàries que s'adiu millor amb la voluntat de la testadora és que només hi ha una hereva, que té l'obligació de pagar al seu germà la meitat del valor en venda d'una finca concreta» i entén que, en constar el llegat simple de llegítima en una clàusula diferent a la discutida, que en cap moment la causant té en compte com a atribució en pagament de la llegítima, no es pot sostenir que el llegat que pretén anotar el recurrent sigui un llegat en pagament de la llegítima, per molt que la quantitat que, en el seu moment, percebi, sigui imputable a ella (FD 2.3).

Descartada aquesta opció, la DGDEJM interpreta que la causant va establir un llegat d'eficàcia obligacional en què, vençut el termini, l'hereva gravada haurà de complir les obligacions corresponents (art. 427-18 CCC). El legatari, però, no pot exigir-li el compliment fins que accepti l'herència (art. 427-22.5 CCC), cosa que pot propiciar per mitjà de la *interrogatiu in iure* (FD 2.4).

Atesa aquesta qualificació, la resolució procedeix a escatir si correspon l'anotació del dret del legatari al Registre de la Propietat.

4.4. La constància registral del llegat

La DGDEJM conclou que no és procedent l'anotació de conformitat amb l'art. 451-15.3 CCC. D'una banda, no es tracta d'un llegat de crèdit que atribueixi una quantitat determinada de diners en pagament de la llegítima i, de l'altra, el llegat simple de llegítima no té la consideració de

[7] En aquest sentit, entre altres, la Resolució JUS/1748/2018, de 20 de juliol (DOGC núm. 7673, de 27.7.2018; comentada a *InDret* 4, 2018).

llegat de quantitat i, per ell mateix, no dona lloc a cap assentament registral. L'únic que podria fer el legatari del cas analitzat és interposar demanda de reclamació de la llegítima i sol·licitar que l'autoritat judicial n'ordeni l'anotació preventiva (art. 451-15.2 CCC i art. 42.10 LH) (FD 3.1).

Per bé que el dret català no atorga cap altra possibilitat al legatari, la DGDEJM entra a dilucidar si algun altre precepte empara la seva pretensió i, per tant, si la registradora va aplicar correctament les normes en què basava la nota de qualificació. En aquest sentit, l'art. 451-15.3 CCC, en connexió amb la concepció de la llegítima catalana com a *pars valoris*, impedeix aplicar l'art. 46 LH, que està pensat per a sistemes en què se la qualifica com a *pars bonorum*. La resolució no considera aplicable tampoc l'art. 47 LH, perquè el testament no estableix una càrrega real sobre l'immoble, sinó únicament un llegat de crèdit que esdevindrà exigible contra l'hereva passats els cinc anys que se li atorguen per a vendre'l. En tot cas, en tractar-se d'un llegat de quantitat, «més aviat» resultaria aplicable l'art. 48 LH, relatiu al llegat de quantitat, que permet sol·licitar l'anotació preventiva de llegat sobre qualsevol bé immoble de l'herència dins dels primers 180 dies següents a la mort del testador. Per a aconseguir aquest assentament, però, cal, o bé el conveni entre el gravat i el legatari, o bé una resolució judicial, d'acord amb els art. 56 LH, 147, 148 i 166.6 RH, en què la registradora havia fonamentat la nota de qualificació. Per tant, es desestima el recurs.

5. Resolució JUS/442/2024, de 19 de febrer de 2024 (DOGC núm. 9109, de 26.2.2024). Partició hereditària en lots desiguals: sobre la necessitat d'autorització judicial en cas d'assistència representativa

5.1. Introducció

La resolució analitza si és necessària o no l'autorització judicial per a la realització d'una partició en lots desiguals quan una de les hereves intervenia amb el suport d'una assistència representativa.

Per interlocutòria de 20 de desembre de 2022, es va establir una assistència representativa per a una de les hereves, que havia d'exercir la seva mare, «per conèixer l'abast de préstecs, donacions, contractes, qualssevol actes de disposició patrimonial o que afectin la seva persona com són decidir el lloc de residència, acceptar o repudiar donacions o liberalitats, fer tràmits burocràtics». Es citava expressament l'art. 222-6 CCC, segons el qual s'apliquen a l'assistència les regles de la tutela en tot allò que no s'oposi al règim propi de l'assistència. A continuació, assenyalava «[l]'assistent haurà de prendre possessió del seu càrrec, formant inventari, sense que es consideri necessària la constitució de fiança i l'exercirà conforme al que disposen els articles 222-14 i següents del CCC».

En haver mort intestat el pare l'any 2021, el març de 2023 la mare i les dues filles majors d'edat del causant van atorgar escriptura d'acceptació i d'adjudicació de l'herència. La primera, en nom propi i també en qualitat d'assistent d'una de les seves filles. A la mare li va correspondre l'usdefruit universal vitalici i a les filles la nua propietat, que es va distribuir de manera que les meitats indivises de les finques que integraven l'herència corresponien a la filla que actuava sense suport i la nua propietat d'una quantitat de diners equivalent al valor d'aquelles meitats indivises d'immobles, a la que intervenia amb l'assistència de la seva mare. La quantitat dinerària restant es va dividir entre les dues filles, també amb el gravamen de l'usdefruit vitalici de la mare.

La registradora va qualificar negativament en considerar que la partició en lots desiguals té caràcter dispositiu i no «determinatiu» i que, en ser aplicables a l'assistència representativa les regles de la tutela, era necessària l'autorització judicial, d'acord amb l'art. 222-43.1 CCC. Es va demanar qualificació substitutòria, que va arribar a la mateixa conclusió negativa, tot i que per considerar que calia una resolució judicial que concretés els termes en què es podia dur a terme la partició.

El recurs es va basar en quatre arguments: a) la vulneració de l'art. 98 de la Llei 24/2001, de 27 de desembre; b) la vulneració dels principis de legalitat i d'igualtat, atès que l'escriptura s'havia considerat suficient per a inscriure l'adquisició de les meitats indivises d'altres finques inscrites en registres diferents; c) el fet que la partició es va realitzar justament en benefici de la filla que compta amb assistència representativa, per tal que pogués disposar d'una quantitat líquida de diners, que no tindria si li haguessin correspost meitats indivises de finques; i d) la vulneració de l'art. 226-4.2 CCC, en tant que remet a les regles de la tutela només quan no s'oposin al règim de l'assistència, la qual cosa succeiria en aquest cas, atès que l'art. 222-43.1 CCC només regiria si la interlocutòria ho hagués previst així, en lloc d'autoritzar la filla a realitzar actes de disposició amb l'assistència representativa de la seva mare.

5.2. El judici de capacitat, el principi d'igualtat i la finalitat perseguida amb la partició

Després de fer un resum molt acurat de la qüestió controvertida (FD 1.1), la DGDEJM rebat els tres arguments del recurs que no semblen nuclears (FD 1.2).

Considera que l'art. 98 de la Llei 24/2001, de 27 de desembre, no resulta infringit, perquè la nota no qüestiona el judici de capacitat realitzat pel notari, sinó si s'ha prescindit o no de les mesures de suport de la persona amb discapacitat. Val a dir que totes dues qüestions es refereixen al mateix problema pràctic (és a dir, a si la persona podia actuar, si escau, amb els suports necessaris i, també si és el cas, amb l'autorització judicial corresponent) i que, d'altra banda, la lletra de l'art. 98 de la Llei 24/2001 és bastant més restrictiva, en referir-se únicament a la comprovació i constància de la representació (sense distingir entre si és legal o si és voluntària).

Quant a l'al·legada vulneració dels principis de legalitat i d'igualtat, coincideix la resolució amb el criteri de la registradora, per a qui la qualificació es duu a terme sota la seva pròpia i exclusiva responsabilitat, amb independència absoluta. Certament, això no es pot negar, però també és una evidència que un mateix fet pot accedir o no al Registre depenent de la persona que en sigui l'encarregada. En realitat, l'art. 18, paràgraf 5è, LH, simplement estableix que si un determinat Registre està a càrrec de dos o més registradors, «es procurarà», «si és possible», la uniformitat dels criteris de qualificació. Resulta clar, per tant, que poden haver-hi tants criteris com registradors. Justament per això convé que els recursos governatius, malgrat no cobrir tots els casos, siguin un pas previ a una eventual via judicial (art. 2.1 i 4 de la Llei 5/2009, de 28 d'abril), de manera que s'uniformitzi la interpretació de qüestions dubtoses del dret català, com succeeix amb el cas d'aquesta resolució.

Per últim, considera que la finalitat perseguida amb la partició, encara que sigui molt lloable, no ha de fer perdre de vista la qüestió principal: és a dir, si es compleixen els requisits legalment exigits per a realitzar-la.

> La finalitat expressada tampoc no sembla aconseguir-se amb la partició: en estar gravats els diners amb l'usdefruit a favor de la mare, no en podrà disposar ni en podrà percebre els fruits fins que aquell dret s'extingeixi.

5.3. Els actes de disposició realitzats en cas d'assistència representativa no requereixen autorització judicial, tret que així ho estableixi la resolució que formalitza el suport

El segon fonament de dret de la resolució recorda els canvis normatius internacionals i estatals que van conduir a l'aprovació del Decret llei 19/2021, de 31 d'agost, i distingeix els dos tipus d'assistència judicial possibles, segons si actua la persona amb discapacitat o bé si, excepcionalment, ho fa en nom seu l'assistent representatiu, per a actes concrets, com els que relaciona la interlocutòria del cas analitzat.

El problema, però, rau en la interpretació de l'art. 226-6 CCC i en la remissió que fa al règim de la tutela, ja que cal determinar si el que significa és que l'assistència representativa s'ha de desenvolupar amb els mateixos requisits que s'exigeixen quan s'exerceix la funció de tutor i, en particular, si cal l'autorització judicial per als actes previstos a l'art. 222-43.1 CCC. La resolució considera que es tracta d'una qüestió que admet interpretacions contraposades (FD 3.4) i, a continuació, enumera els arguments a favor de la necessitat d'autorització judicial (FD 3.5, on bàsicament s'assenyala el paral·lelisme amb la tutela en tractar-se en tots dos casos de representacions legals) i en contra (FD 3.6).

Resumidament, aquests darrers consisteixen en el fet que, d'una banda, l'art. 222-6 CCC és una norma d'abast general, aplicable a tot tipus d'assistència i, de l'altra, en la redacció originària de l'art. 222-6 CCC, anterior a la reforma de 2021, resultava clar que la remissió comprenia únicament els aspectes relatius a l'aptitud, l'excusa i la remoció del càrrec, així com la rendició de comptes. Això indicaria que, si cal l'autorització judicial per a tots o alguns dels actes concrets per als quals la resolució judicial ordena l'assistència representativa, ho ha d'establir expressament. Descendint al cas concret, la DGDEJM interpreta que quan la interlocutòria remet als art. 222-14 i següents del CCC, cal entendre que es refereix únicament a les normes relatives a la «constitució i exercici de la tutela», excloent les que regulen el «contingut de la tutela», entre els quals hi ha l'art. 222-43 CCC (FD 3.7).

5.4. La partició en lots desiguals no és un acte de disposició

Tot i que en el recurs no s'hi va fer menció, la DGDEJM considera que convé determinar si la partició de què es tracta constitueix un acte de disposició, atès que si no fos així, seria irrellevant que s'apliqués o no a l'assistència representativa l'art. 222-43.1 CCC. A aquesta qüestió es dedica el darrer fonament de la resolució.

La conclusió a la qual s'arriba és que els actes per als quals l'art. 222-43.1 CCC exigeix autorització judicial són d'alienació, gravamen o renúncia o repudiació de drets i que en la partició objecte d'estudi cap de les interessades duu a terme actes d'aquest tipus, sinó que simplement es concreta el contingut dels seus drets hereditaris.

5.5. Consideracions finals

La reforma del règim de suports per a les persones amb discapacitat ha suposat ja, àdhuc amb antelació a la reforma en profunditat del llibre segon del CCC, canvis substancials en el tràfic jurídic. Aquesta resolució n'és una mostra més, de la qual es pot deduir que la celeritat amb què es duen a terme les reformes, sovint per la manca de col·laboració fluïda entre els legisladors estatal i autonòmics, condueix a normes de difícil interpretació, com succeeix amb l'art. 222-6 CCC en la redacció que li va donar el Decret llei 19/2021, de 31 d'agost. El dubte és de tal entitat que cal un esforç notable per arribar a una conclusió sobre una qüestió rellevant, com és la necessitat o no d'autorització judicial per als actes de disposició realitzats per l'assistent representatiu. La conclusió a la que arriba la DGDEJM es troba en la línia del que estableixen els

art. 222-36.3 i 222-49 de l' Avantprojecte de llei de modificació del Codi civil de Catalunya en matèria de suports a l'exercici de la capacitat jurídica de les persones[8].

La resolució d'aquest recurs ha donat l'oportunitat a la Direcció General de pronunciar-se sobre quan cal autorització judicial havent-hi assistència representativa de manera bastant categòrica, en el sentit dels treballs prelegislatius que s'acaben de mencionar (que la resolució no esmenta), en un cas en què, a més, hi havia un argument més que hauria portat igualment a l'estimació del recurs: el fet que la partició no és un acte de disposició, sinó de concreció de drets hereditaris sobre uns béns concrets. Si s'hagués tractat d'un supòsit amb encaix clar en l'art. 222-43 CCC (per exemple, la repudiació de l'herència) la interpretació de l'art. 222-6 CCC hauria estat determinant de la resolució i potser hauria estat més delicat arribar a la mateixa conclusió, com també és delicat, en el canvi de paradigma en matèria de capacitat jurídica, determinar on cedeix la llibertat de la persona a favor de la seva pròpia protecció, o, de fet, si en algun cas efectivament ha de cedir.

6. Bibliografia citada

ANDERSON, Miriam, «Recursos governatius. Comentaris a les resolucions de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació», *InDret,* 4, 2014, disponible a: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1087.pdf; *InDret,* 2, 2017, disponible a: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1297.pdf; *InDret,* 4, 2018, disponible a: https://indret.com/wp-content/uploads/2019/01/1429-1.pdf; *InDret,* 3, 2020, disponible a: https://indret.com/wp-content/uploads/2020/07/1567.pdf; *InDret,* 2, 2021, disponible a: https://indret.com/wp-content/uploads/2021/04/1632-1.pdf; *InDret,* 3, 2021, disponible a: https://indret.com/wp-content/uploads/2021/07/1641.pdf; *InDret,* 4, 2021, disponible a: https://indret.com/wp-content/uploads/2021/10/1676.pdf.

MARSAL GUILLAMET, Joan, «Recursos governatius. Comentaris a les resolucions de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques», *InDret,* 1, 2010, disponible a: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/714_cat.pdf; *InDret,* 2, 2011, disponible a: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/810_cat.pdf.

[8] Disponible a: https://governobert.gencat.cat/web/shared/Transparencia/normativa-en-tramit/JUS/en-tramit/codi-civil-suports-persones/text-versio-230406.pdf (darrera consuta: 4.4.24).

InDret
2.2024

Albert Lamarca Marquès
Universitat Pompeu Fabra
-

Projecte de llei d'actualització, incorporació i modificació de determinats articles del Codi Civil de Catalunya. Acotacions, comentaris i propostes d'esmena

Sumari

-

El Govern de la Generalitat de Catalunya, en la sessió del 29 de novembre de 2022, va aprovar el Projecte de llei d'actualització, incorporació i modificació de determinats articles del Codi civil de Catalunya. Aquest projecte de llei ha estat en tramitació al Parlament de Catalunya fins a la dissolució anticipada de la legislatura, per la convocatòria d'eleccions pel president de la Generalitat, amb el Decret 60/2024, de 18 de març. Durant la tramitació parlamentària en la Comissió de Justícia del Parlament els grups parlamentaris van proposar la compareixença d'organitzacions interessades i persones expertes, mitjançant el tràmit d'audiència en ponència, previst a l'article 117.2 del Reglament del Parlament de Catalunya, per tal de donar la seva opinió per escrit sobre el projecte de llei. Es publica el document elaborat per a aquesta compareixença en relació amb el Projecte de llei de modificació del Codi civil de Catalunya. En el document s'inclou el text dels articles del projecte que proposen modificacions als Llibres primer, segon, quart, cinquè i sisè del Codi civil de Catalunya, amb l'excepció dels relatius al Llibre tercer, sobre persones jurídiques. Es formulen acotacions, comentaris i propostes d'esmena al text de cadascun d'aquests articles, amb alternatives de redacció o de supressió. L'anàlisi del projecte de llei es porta a terme tenint en compte l'obra del Codi civil de Catalunya, el seu caràcter de conjunt normatiu codificat, com a sistema coherent i complet en el marc de l'ordenament jurídic català. Les acotacions, els comentaris i les propostes d'esmena es refereixen al sentit de la modificació proposada, el seu impacte i concordança en relació amb la normativa vigent, així com les dificultats tècniques i pràctiques que pot plantejar la seva aplicació. És en aquest sentit que es proposen redaccions alternatives dels preceptes projectats. Es publica per l'interès que pot tenir en relació amb el procés de codificació del dret civil català.

Abstract

-

The Government of Catalonia, in its session of November 29, 2022, passed the Bill concerning the update, incorporation and amendment of certain articles of the Civil Code of Catalonia. This bill was being processed in the Parliament of Catalonia until the dissolution of the legislature, due to the calling of elections by the Catalan President, with Decree 60/2024, of 18 March. During the parliamentary process in the Justice Committee, the parliamentary groups proposed the hearing of organizations and experts, according to the article 117.2 of the Regulation of the Parliament of Catalonia, to give their opinion in writing on the bill. The document prepared for this hearing includes the text of the articles of the project that propose modifications to the first, second, fourth, fifth and sixth books of the Civil Code of Catalonia, except for the third book, on legal entities. In the document there are formulated quotations, comments, and amendments to the text of each of these articles of the bill, with alternatives or proposals of suppression. The analysis of the bill is carried out considering the codification process of the Civil Code of Catalonia, its character as a codified normative set, as a coherent and complete system within the framework of the Catalan legal system. The quotations, comments and proposed amendments refer to the

purpose of the modifications of the bill, its impact and consistency in relation to the current legislation, as well as the technical and practical difficulties that may arise in its application. It is in this sense that alternative wordings of the projected articles are proposed. It is published in InDret because of the interest it may have in relation to the codification process of Catalan civil law.

Title: *The Bill concerning the update, incorporation, and amendment of certain articles of the Civil Code of Catalonia. Quotations, comments, and amendments proposals*

-

Paraules clau: Codi civil de Catalunya, codificació, dret civil, dret català
***Keywords*:** *Catalan Civil Code, Codification, Civil Law, Catalan Law*

InDret

2.2024

Índex

-

Projecte de llei d'actualització, incorporació i modificació de determinats articles del Codi civil de Catalunya
Exposició de motius
Article 1. Modificació del llibre primer del Codi civil de Catalunya
Article 2. Modificació del llibre segon del Codi civil de Catalunya
Article 3. Modificació del llibre tercer del Codi civil de Catalunya
Article 4. Modificació del llibre quart del Codi civil de Catalunya
Article 5. Modificació del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya
Article 6. Modificació del llibre sisè del Codi civil de Catalunya
Disposició transitòria única. Termini de prescripció
Disposició final. Entrada en vigor

-

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

Projecte de llei d'actualització, incorporació i modificació de determinats articles del Codi civil de Catalunya

Exposició de motius

(...)

Article 1. Modificació del llibre primer del Codi civil de Catalunya

1.1. Es modifica l'article 111-7 del Codi civil de Catalunya, que queda redactat de la manera següent:

> Article 111-7. Bona fe i actes propis
> 1. En les relacions jurídiques privades s'han d'observar sempre les exigències de la bona fe i de l'honradesa en els tractes.
> 2. Ningú no pot fer valer un dret o una facultat que contradigui la conducta pròpia observada amb anterioritat si aquesta tenia una significació inequívoca de la qual deriven conseqüències jurídiques incompatibles amb la pretensió actual.

El projecte de llei proposa unir els actuals articles 111-7 i 111-8 en un únic article relatiu a "bona fe i actes propis", amb la finalitat de poder introduir el nou 111-8, relatiu a "igualtat i no discriminació", i també es desplaça l'article 111-10 com a nou article 111-11, per introduir el nou 111-10, sobre "resolució alternativa de conflictes", entre les "Disposicions preliminars" del Codi civil de Catalunya.

Aquesta modificació planteja diverses valoracions. D'una banda, el contingut i significat dels nous preceptes a introduir en la part general del dret civil de Catalunya, especialment entre els articles 111-6 a 111-9. Els principis continguts en aquests quatre articles vigents actualment, que caracteritzen el dret civil de Catalunya, es poden resumir en els de llibertat, honestedat, responsabilitat i justícia, els quals són formulats sota les rúbriques dels articles de llibertat civil, bona fe, actes propis i equitat. Es pot argumentar si els preceptes projectats són a la seu adequada i si tenen la generalitat i importància suficient per ser-hi en relació amb els esmentats suara. Descomptat això, es pot plantejar també si unificar els articles 111-7 i 111-8 dona coherència a la regulació de la bona fe, amb la introducció dels actes propis com a manifestació de la mateixa, o bé desdibuixa la importància del principi i li fa perdre centralitat en el dret civil amb la introducció d'un segon tema al precepte, que és només una de les moltes manifestacions concretes de la bona fe objectiva. En tot cas, hi hauria alternatives a la proposta actual, mantenint els articles 111-7 i 111-8 tal com estan, i convertint l'actual article 111-10 com a 111-12 i afegint els dos nous articles projectats com a nous articles 111-10 i 111-11. Des d'un punt de vista de tècnica legislativa i de respecte a l'obra del Codi civil aquesta seria una proposta més adequada. Amb això es preserva l'estabilitat del dret català i la fesomia d'una normativa que ja porta 20 anys en vigor i és identificada com a tal pels operadors jurídics a la pràctica, advocats, jutges, notaris, registradors o juristes de l'Administració, entre molts d'altres. La que es proposa seria una esmena tècnica, amb la introducció dels dos nous articles i renumerant-ne només un, l'article 111-10 que passaria a 111-12, i mantenint separats com fins ara els cabdals articles 111-7 i 111-8. De fet, aquesta esmena seria congruent amb la idea del Codi civil obert, que permet

afegir nous preceptes sense haver de refondre, renumerar, unir articles vigents o adoptar numeracions forçades.

Per tant, es proposa mantenir els actuals articles 111-7 i 111-8 en la redacció actual, renumerar l'actual article 111-10 com a 111-12 i introduir els dos articles projectats com a articles 111-10 i 111-12.

1.2. Es modifica l'article 111-8 del Codi civil de Catalunya, que queda redactat de la manera següent:

> Article 111-8. Igualtat i no discriminació
> 1. El principi d'igualtat i no discriminació s'ha de tenir en consideració en la interpretació i l'aplicació del dret civil de Catalunya.
> 2. Les relacions jurídiques privades han de respectar el principi d'igualtat i no discriminació de les persones per raó de gènere o qualsevol dels altres motius regulats per la legislació vigent.

El precepte planteja diverses qüestions. En primer lloc, es tracta d'introduir expressament en el dret civil de Catalunya un principi general ja vigent en l'ordenament jurídic de manera general i aplicat de fa dècades, específicament en l'àmbit d'aquest dret civil. La qüestió és la relativa a l'eficàcia dels drets fonamentals en les relacions entre particulars, designada com de la *Drittwirkung*, i que té múltiples manifestacions, no només en relació amb la llibertat i igualtat. S'afegeix el principi al que ja disposa l'article 111-2, pel que fa a la interpretació del dret civil en la seva aplicació. El segon apartat reflecteix la formulació de l'article 111-7 sobre bona fe però de manera diferent, i caldria unificar la formulació, de manera que hauria de ser "En les relacions jurídiques privades s'ha de respectar ...", qui respecta són els subjectes titulars de les relacions jurídiques privades, no les relacions, que no són subjectes de drets. En la mesura en què aquest és un principi general, i no només per raó de gènere, seria oportú posar una coma i també suprimir "de les persones", és clar que es tracta d'igualtat i no discriminació de les persones, com a subjectes de dret, és innecessari fer-hi referència. De manera que una redacció tècnicament millor podria ser:

> "2. En les relacions jurídiques privades s'ha de respectar el principi d'igualtat i no discriminació, per raó de gènere o per qualsevol altre motiu previst en la legislació vigent."

1.3. Es modifica l'article 111-10 del Codi civil de Catalunya, que queda redactat de la manera següent:

> Article 111-10. Resolució alternativa de conflictes
> 1. En les relacions jurídiques privades les parts han d'intentar gestionar les seves controvèrsies mitjançant la mediació i els altres mecanismes de resolució alternativa de conflictes, per tal d'evitar l'obertura de processos judicials de caràcter contenciós, posar fi als ja iniciats o reduir-ne l'abast.
> 2. S'exceptuen els casos de violència masclista en l'àmbit de la parella o familiar, ja es tracti de violència física, psicològica, econòmica, sexual o qualsevol altra forma reconeguda per la llei.

En el primer apartat seria millor fer referència a "persones" que a "parts", o fins i tot "els particulars", atès que es tracta de dret civil o privat. El redactat de l'apartat 1 és coherent i coincideix amb el previst a l'apartat 2 de l'article 1 de la Llei 15/2009, del 22 de juliol, de mediació en l'àmbit del dret privat, general sobre mediació i alhora específica o sectorial sobre la matèria. Cal tenir en compte, però, el caràcter voluntari de la mediació en dret privat, informada pel principi de voluntarietat sancionat a l'article 5 de la Llei 15/2009. Aquest principi pugna amb la formulació del precepte en el sentit que els particulars "han d'intentar gestionar les seves controvèrsies", d'una manera que planteja un desfavor al dret a la tutela judicial efectiva que tenen els ciutadans, reconegut com a dret fonamental, i amb allò que es raonable que el legislador digui als ciutadans què han de fer en les seves relacions privades, o com han de decidir gestionar els seus conflictes. Tal vegada, s'hauria d'adoptar una redacció més neutra des del punt de vista de la formulació de la proposició jurídica, d'acord amb l'esperit de la Llei 15/2009, de mediació, i respectuosa amb la llibertat civil.

El primer apartat fa referència a un suggeriment pels particulars, mentre que el segon a una excepció a aquest suggeriment. Podria ser de redacció més precisa, en el sentit que sembla excloure de mediació la violència masclista, quan el que vol dir és que si hi ha violència masclista no hi pot haver cap mena de mediació entre les persones afectades. No hi ha una prohibició de mediació en cas de violència masclista, tal com resulta de la Llei 15/2009. Es podria reconsiderar la redacció. De fet, sembla que manca el pronom feble a "S'exceptuen" i hauria de ser "Se n'exceptuen". La redacció més acurada amb el propòsit del precepte hauria de ser del tipus "Se n'exceptuen els supòsits en què [concorre] hi ha violència masclista ...".

En aquests termes, l'article es podria redactar d'una manera tècnicament millor en els següents termes:

> "Article 111-10. Resolució alternativa de conflictes
> 1. En les relacions jurídiques privades, les controvèrsies [entre els particulars] es poden gestionar mitjançant la mediació i els altres mecanismes de resolució alternativa de conflictes, per tal d'evitar l'obertura de processos judicials de caràcter contenciós, posar fi als ja iniciats o reduir-ne l'abast.
> 2. Se n'exceptuen els supòsits en què hi ha violència masclista en l'àmbit de la parella o familiar, ja es tracti de violència física, psicològica, econòmica, sexual o qualsevol altra forma reconeguda per la llei."

1.4. El vigent article 111-10 del Codi civil de Catalunya, passa a ser l'article 111-11 del Codi civil de Catalunya. Vigència de les lleis, amb el mateix contingut.

Es reitera el que ja s'ha comentat, l'actual article 111-10 podria passar a ser el nou article 111-12 sense cap impediment tècnic, evitant modificar els articles 111-7 i 111-8, els quals ja fa 20 anys que estan en vigor i que els operadors jurídics identifiquen a la seva seu normativa actual.

D'altra banda, no es planteja cap modificació en el precepte. Pel que fa al primer apartat, i en contrast amb el que es podia considerar temps enrere, i que tal vegada volia resoldre el precepte amb una formulació tan detallada, a diferència del que preveu l'article 2.1 del CC espanyol, ja no hi ha dubte que les lleis entren en vigor als 21 dies de la seva publicació. Existia un dubte derivat del criteri de còmput dels dies de l'article 121-23.2 CCCat, que preveu que el dia inicial s'exclou i el dia final s'ha de complir totalment, en el sentit que per a l'entrada en vigor d'una norma no

es computava el dia de la publicació, a partir del qual es comptaven els vint dies, de manera que entraven en vigor un cop transcorreguts vint dies des de la publicació, és a dir, vint dies sencers a comptar des de l'endemà de la publicació. Malgrat els dubtes i les posicions contradictòries, actualment es considera que les lleis entren en vigor als 21 dies, és a dir, que el primer dia, el de la publicació, comença el còmput dels vint dies, de manera que és el dia 21 en què la llei entra en vigor, un cop transcorreguts aquests vint dies. Una llei publicada el dia 1 d'un mes entra en vigor el dia 21 del mateix mes, a diferència del que s'havia sostingut en el passat en què el dia 1 no es computava i el dia 21 tampoc i s'entenia que entraven en vigor el dia 22. En el dret de la Unió Europea regeix el mateix termini de vint dies i s'aplica de la manera esmentada. Amb això es vol dir que malgrat l'article 111-10 semblava optar per una interpretació diferent, en l'actualitat s'ha de considerar superada la controvèrsia.

En segon lloc, cal esmentar que per la Llei 6/2015 es va introduir un segon apartat, a imitació del previst a l'article 2.2 del CC espanyol, però d'una manera més fragmentària, ja que no fa referència a la derogació tàcita, que també pot implicar el cessament de la vigència d'una llei. Aquest silenci de la llei es podria corregir per donar-li completesa a la norma relativa a vigència de les normes, tant pel que fa a l'adquisició, amb l'entrada en vigor, com a la pèrdua, per la derogació.

Article 2. Modificació del llibre segon del Codi civil de Catalunya

2.1. Es modifica l'article 211-1 del Codi civil de Catalunya, que queda redactat de la manera següent:

> Article 211-1. Personalitat civil
> 1. La personalitat civil és inherent a la persona física des del naixement. En tot cas, els efectes jurídics que li siguin favorables s'adquireixen des de la concepció sempre que s'arribi a néixer.
> 2. La personalitat civil s'extingeix amb la mort.

Aquesta és un modificació que no sembla tenir cap més finalitat que establir una declaració de principi sobre la proscripció de l'ús del masculí genèric per referir-se als subjectes de dret en les lleis del dret civil de Catalunya, tal com s'exposa a l'Exposició de motius i es reflecteix en totes les modificacions que es fan, les quals proscriuen el masculí genèric amb tot de recursos lingüístics per fer servir exclusivament el femení, com si fos aquest l'únic gènere admès a les lleis, en el supòsit en què existeixin els dos gèneres.

En l'article 211-1 projectat, l'efecte perseguit és el d'evitar l'ús del terme "concebut" en masculí, clarament admès i estès en dret civil. Com que no es pot fer referència a "la persona concebuda", perquè encara no es considera persona pel dret (hauria de ser "la concebuda que serà persona"), aleshores s'ha de fer una paràfrasi amb incorreccions gramaticals, atès que es refereix a la concebuda en tercera persona "li siguin favorables", i alhora es fa ús de l'impersonal, que no es refereix a cap persona, "s'arribi a néixer". S'hauria de suprimir aquest "s'arribi a néixer" i substituir-lo per "arribi a néixer". També el "siguin" hauria de ser "són". Amb la paràfrasi s'introdueix la idea "d'efectes jurídics que li siguin favorables", mentre que l'actual text no parla dels efectes favorables, ans "als efectes que li siguin favorables", qüestió molt diferent. Caldria referir-se a "dret" més que a "efectes", que no és un concepte equiparable. A banda d'això hi ha

un canvi molt important de concepció entre l'actual text, que dona la "consideració" de persona al concebut als efectes que li siguin favorables, és a dir, que reconeix que en cap cas no és persona però li dona tal consideració només als efectes favorables, del text que es proposa, el qual afirma que la persona adquireix els efectes jurídics favorables des de la concepció, quan això no és així, els adquireix només en néixer, abans és impossible que ho faci. A banda d'aquesta formulació tant complexa, imprecisa i tècnicament defectuosa, amb l'única finalitat d'evitar l'ús del masculí, en l'article referit a la persona, no es comprèn la supressió d'un apartat específic dedicat al concebut en el Codi civil català, comú en molts altres Codis civils, que d'altra banda podria estar regulat en seu de capacitat successòria del Llibre quart. No és raonable barrejar dos temes en un mateix apartat d'un article, i unificar el precepte cabdal dedicat a l'adquisició de la personalitat i a la persona, amb el supòsit específic i concret, molt residual a la pràctica, de la reserva de drets per al concebut, que fonamentalment es restringeix només al cas del fill pòstum en les successions per causa de mort.

Una redacció alternativa tècnicament millor passaria per dir:

> "2. En tot cas, als efectes jurídics que li siguin favorables, la persona en té la consideració des de la concepció, sempre que arribi a néixer."

I s'hauria de mantenir com a segon apartat separat del primer. Si la redacció no es considera prou clara podria ser la següent, o d'altres semblants, més precises i adequades que la proposada:

> "2. En tot cas, des de la concepció la persona en té la consideració als efectes jurídics que li siguin favorables, sempre que arribi a néixer".

Per tant, seria necessari reformular la redacció i mantenir un segon apartat separat, d'acord amb l'estructura del precepte, que clarament exigeix un desdoblament tal com havia fet el legislador en la versió inicial del Codi civil, i com fan la majoria de Codis civils del nostre entorn.

Pel que fa a les qüestions de llenguatge, tal com s'anirà veient al llarg de l'articulat, si el propòsit és impedir, evitar o proscriure l'ús del masculí genèric, es podria optar per l'ús ambivalent en el Codi civil tant del femení com del masculí genèric, assumint que sempre que hi ha el femení genèric es refereix també a "qualsevol persona". L'aposició de "persona" a cada subjecte de dret que apareix al Codi en dificulta fortament la lectura i la comprensió, de manera que pugna la idea de la paritat del llenguatge amb la claredat del llenguatge, la seguretat jurídica i la idea de la "lectura fàcil" exigida per la normativa.

En aquest sentit, es podria modificar l'article 7 de la Llei 29/2022, de 30 de desembre, Primera llei del Codi civil de Catalunya, en el sentit següent:

> "Article 7. Tractament del gènere en les denominacions referides a persones
> En el Codi civil de Catalunya, s'entén que les denominacions en gènere femení o masculí referides a persones inclouen dones i homes, llevat que del context se'n dedueixi el contrari."

Aquesta formulació general sí que implicaria una transformació radical del llenguatge, que s'ajustaria als principis de seguretat jurídica i claredat i precisió de les normes, i evitaria l'ús de perífrasis i girs forçats del llenguatge, de l'ús de formes dobles, a banda d'evitar introduir el mot

"persona" en cada ocasió, o referir-se a qualitats de les persones en lloc de les persones, que són les úniques subjectes de dret. Per al dret català seria una opció molt més potent, en termes d'igualtat, i de rigor de les normes. Aquesta proposta reflecteix exactament el propòsit del projecte amb els canvis lingüístics que formula.

Tanmateix, tot indica que per a portar a terme els canvis en el llenguatge que es proposen, caldria fer una consulta a l'autoritat lingüística a Catalunya, que és l'Institut d'Estudis Catalans, d'acord amb la Llei 8/1991, de 3 de maig, sobre l'autoritat lingüística de l'Institut d'Estudis Catalans. Clarament l'article 2 disposa que "L'ús lingüístic dels òrgans de l'Administració de la Generalitat, de les corporacions locals, de l'Administració de l'Estat a Catalunya i de les entitats autònomes, les empreses i les altres entitats i institucions que depenen de les esmentades administracions ha de respectar la normativa establerta per l'Institut d'Estudis Catalans." Addicionalment l'article 4 estableix que "1. L'Administració de la Generalitat ha d'establir els sistemes de col·laboració i d'assessorament necessaris per tal de garantir que els organismes a què fan referència els articles 2 i 3 segueixin en llurs usos lingüístics criteris coherents i ajustats a la normativa general de la llengua establerta per l'Institut d'Estudis Catalans." En aquests termes, les innovacions en matèria de llengua s'han de produir en aquest marc normatiu, lingüístic i jurídic. Cal tenir en compte que l'ús d'unes opcions del llenguatge que empitjorin la comprensió dels textos legals i la seva utilitat, pot redundar en el prestigi i la normalització de l'ús de la llengua catalana, especialment en un context de feblesa com l'actual, la qual es pot veure posada en qüestió amb aquesta mesura.

A l'efecte, l'Institut d'Estudis Catalans va aprovar en la reunió plenària de la Secció Filològica del 20 d'octubre de 2023 el document "El llenguatge inclusiu: compatibilitat dels recursos estilístics dels usos no sexistes amb la normativa lingüística". (https://sf.espais.iec.cat/files/2023/10/El-llenguatge-inclusiu.pdf)

L'Institut d'Estudis Catalans assenyala que és important evitar construccions molt feixugues, o construccions forçades que dificultin la lectura del text, especialment en casos com els jurídics que tenen un valor normatiu i estan subjectes a interpretació en l'aplicació, la qual obliga els ciutadans, com també la formulació de textos excessivament redundants. Per l'IEC és important el rigor en l'ús de termes o mots col·lectius o en plural, també els epicens. Pel que fa a l'ús de recursos lingüístics l'IEC adverteix el següent:

> "Aquests i altres recursos són alternatives estilístiques que solen vincular-se als textos administratius i als discursos polítics i que, en general, no contravenen la norma lingüística. Es tracta d'estratègies que convé alternar, segons el context. És a dir, cal determinar el recurs més adequat en cada cas, tenint en compte el tipus de text que s'elabora, quina finalitat té i a qui va destinat, entre altres factors discursius. D'aquesta manera, s'evitarà que les construccions que se'n puguin obtenir siguin feixugues, forçades o fins i tot equívoques i així el resultat final serà un discurs clar i coherent, d'acord amb el context.
>
> Sigui com sigui, l'ús del gènere no marcat com a genèric és plenament normatiu i no implica cap voluntat d'ocultar la presència de dones en un determinat col·lectiu."

I cal destacar la conclusió del document:

"En català, el masculí és el gènere no marcat i, per tant, es pot fer servir per a fer referència genèricament a grups o individus tant de sexe masculí com de sexe femení. Així, el masculí genèric permet referir-se conjuntament a persones de gènere masculí i femení. Tanmateix, si es vol subratllar el fet que en un determinat conjunt de persones hi ha tant homes com dones, hi ha diversos recursos estilístics que permeten fer-ho. Aquests recursos són acceptables sempre que s'utilitzin adequadament i no creïn problemes d'ambigüitat, fluïdesa o complexitat. En alguns contextos, però, aquestes estratègies per a evitar la discriminació en el llenguatge poden ser innecessàries o artificioses, com el desdoblament sistemàtic de formes, que pot donar lloc a expressions complexes i a vegades de significat erroni o bé a errors de concordança. En tot cas, es tracta de tries individuals o corporatives que, com a tals, ni s'haurien de prohibir ni s'haurien de fer obligatòries."

En l'àmbit de la Generalitat de Catalunya cal destacar el document "Guia d'usos no sexistes de la llengua en els textos de l'Administració de la Generalitat de Catalunya", basat en l'Acord sobre l'ús no sexista de la llengua de 7 d'octubre de 2010, elaborat pel Servei de Recursos Lingüístics de la Direcció General de Política Lingüística (https://llengua.gencat.cat/permalink/c2f7c918-5382-11e4-8f3f-000c29cdf219). Cal fer referència a l'afirmació que s'hi fa sobre l'ús del terme persona per evitar el masculí genèric:

> "L'ús de la paraula persona com a forma genèrica és un recurs possible, però no se n'ha d'abusar perquè sovint va en contra del principi d'economia lingüística i perquè comporta una certa complicació sintàctica i semàntica"

Cal recordar la previsió de l'article 62.1 de la Llei 19/2014, del 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern, en el sentit que la iniciativa normativa s'ha d'exercir "de manera que el marc normatiu resultant sigui previsible, tan estable com sigui possible i fàcil de conèixer i comprendre per als ciutadans i els agents socials".

Sobre aquesta qüestió, plantejada aquí de manera general, es faran més comentaris i observacions en cada precepte concret.

2.2. Es modifica l'article 211-3 del Codi civil de Catalunya, que queda redactat de la manera següent:

> Article 211-3. Exercici dels drets
> 1. Totes les persones poden exercitar per si mateixes els seus drets civils amb les mesures establertes per la llei en el seu benefici, d'acord amb la seva capacitat natural.
> 2. Per garantir l'exercici dels drets, en situacions personals en què sigui convenient, a petició de la pròpia persona o d'una altra persona en el seu interès, es poden adoptar mesures d'assistència o de suport. En tot cas, les mesures han de ser conformes a la dignitat de la persona, han de respectar els drets, la voluntat i les preferències de la persona, són temporals i s'interpreten de manera restrictiva.
> 3. Totes les persones poden exercir el dret de sufragi d'acord amb el que estableix la legislació electoral.

El precepte pretén establir el nou paradigma de la capacitat jurídica de la Convenció de Nova York del 2006, en substitució del precepte actualment dedicat a la capacitat d'obrar de l'article 211-3, que la distingeix de la capacitat jurídica. Ha de condensar en un únic article diverses idees

complexes. D'entrada es podria plantejar si cal dir "exercir" o "exercitar", una qüestió controvertida, però que sembla més pròpia dels drets exercir-los, i potser també hi ha un ús excessiu del possessiu. S'introdueix la noció de "drets civils", també controvertida, amb ús al Codi civil francès, però que no equival a referir-se als drets de la persona en l'àmbit del dret privat. Drets civils no vol dir dret de les persones en les relacions de dret civil o sotmeses al dret civil, ans al contrari. Tanmateix, el precepte fa referència a la capacitat natural, que actualment es recull en l'article 211-3, però a la que no fa referència la Convenció de Nova York, ni tampoc la transposició que n'ha fet el legislador estatal. En el segon apartat es fa referència als "drets, la voluntat i les preferències de la persona", d'acord amb la Convenció de Nova York, i a diferència del CC espanyol, que ho fa a "*voluntad, deseos y preferencias*". Potser amb un pronom feble, propi de la llengua catalana, es podria suprimir la reiteració de "persona" en una mateixa frase.

Pel que fa al tercer apartat, recull la idea de l'actual apartat 4 de l'article 211-3, introduït per la Llei 3/2017. Aquesta previsió, reactiva al seu moment en atenció a la pràctica judicial i a la manca de previsió en la legislació estatal electoral, ha quedat clarament superada per la reforma de la LOREG per la Llei orgànica 2/2018. No sembla oportú introduir en una norma de dret privat una previsió sobre un dret polític com és el dret de sufragi, i més pels problemes de concordança amb la legislació electoral. La previsió de l'article 211-3.4 ja va complir la seva funció i no sembla adequat mantenir-lo i s'hauria de suprimir per discordant i extravagant, en el sentit de no ser en la seu normativa corresponent.

D'acord amb l'anterior, una altra formulació del precepte tècnicament millor podria ser:

> "Article 211-3. Exercici dels drets
> 1. Totes les persones poden exercir per elles mateixes els seus drets, amb les mesures establertes per la llei en el seu benefici, d'acord amb la seva capacitat natural.
> 2. Per garantir l'exercici dels drets, en situacions en què sigui convenient, a petició pròpia o d'una altra persona en el seu interès, es poden adoptar mesures d'assistència o de suport. En tot cas, les mesures han de ser conformes a la dignitat de la persona, han de respectar-ne els drets, la voluntat i les preferències, són temporals i s'interpreten de manera restrictiva."

2.3. Es modifica l'article 211-4.1 del Codi civil de Catalunya, que queda redactat de la manera següent:

> 1. La majoria d'edat s'assoleix als divuit anys i cessen les limitacions pròpies de la minoria d'edat.

S'introdueix un segon incís al precepte ara inexistent, i en absència del qual ja es podia considerar en el dret vigent, sense cap dubte, que la majoria d'edat implica l'exercici ple de la capacitat. El reconeixement de la plena capacitat jurídica a totes les persones, derivat de la Convenció de Nova York, no ha esborrat o suprimit la distinció legal entre majoria i minoria d'edat. Tot i així s'ha considerat necessari introduir aquest incís. En el CC estatal l'article 240 no ha modificat la redacció tradicional de l'article 315 anterior, semblant a l'actual article 211-4 sobre la majoria d'edat, una qüestió que hauria de fer reflexionar sobre l'oportunitat de la reforma proposada. En aquests termes, es proposa mantenir el text del precepte en la redacció actual:

"1. La majoria d'edat s'assoleix als divuit anys."

2.4. Es modifica l'article 211-5 del Codi civil de Catalunya, que queda redactat de la manera següent:

Article 211-5. Minoria d'edat
Durant la minoria d'edat, la persona pot fer per si mateixa, segons la seva edat i capacitat natural, els actes següents:
a) Els relatius als drets de la personalitat, llevat que les lleis que els regulin estableixin una altra cosa.
b) Els relatius a béns o serveis propis de la seva edat, d'acord amb els usos socials.
c) Els altres que la llei li permeti.

L'únic canvi que es proposa al precepte vigent és per introduir persona en relació a menor, i formular així el precepte en femení. En lloc de "el menor" es passa a dir "durant la minoria d'edat, la persona", i així també en la resta de preceptes hi ha canvis en el mateix sentit. Cal tenir en compte que en altres idiomes no es planteja la qüestió, de manera que la idea força de "menor" queda desdibuixada en dret català afegint la de "persona", que és una altra idea força en dret privat, de fet, n'és la noció central, idea força i justificació de tot el dret privat. Per a un mateix subjecte es destaquen dues qualitats cabdals, la de persona i la de menor, el que segurament treu força a la segona. Tanmateix, la voluntat de proscriure el masculí porta a la modificació d'una noció prou coneguda i estesa com és a la de "menor d'edat". En el precepte en concret no es parla del subjecte menor d'edat, ans de la persona durant la minoria d'edat, formulació molt diferent.

2.5. Es modifica l'article 211-6 del Codi civil de Catalunya, que queda redactat de la manera següent:

Article 211-6. Interès superior de la persona menor d'edat
1. L'interès superior de la persona menor d'edat és el principi inspirador de qualsevol decisió que l'afecti.
2. Les persones menors d'edat, d'acord amb la seva edat i capacitat natural i, en tot cas, si han complert dotze anys, tenen dret a ésser informades i escoltades abans que es prengui una decisió que afecti la seva esfera personal o patrimonial.
3. Per a qualsevol acte de la persona representant legal que impliqui alguna prestació personal, es requereix el consentiment de la persona menor d'edat si ha complert dotze anys o si, tenint-ne menys, té prou coneixement.

En el títol actual "menor" es canvia per "persona menor d'edat", i d'aquí també es fa el canvi de "l'interès superior del menor" per "l'interès superior de la persona menor d'edat", formulació que sembla restar força a la idea prou estesa en dret comparat del "*best interests of the child*".

L'únic canvi en el precepte consisteix en afegir "persona" als subjectes de dret considerats i "menor d'edat" per "menor", segurament per considerar que el terme "persona menor" pot tenir connotacions no apropiades per una llei, de manera que un subjecte fins ara designat amb un substantiu i un article, "el menor", s'ha convertit en "la persona menor d'edat". Així s'afegeix també "persona representant legal", desplaçant de nou la importància de la representació legal per la de "persona", noció central en dret privat superior i prevalent a tota la resta. Cal notar, doncs, que la introducció de "persona" per a qualsevol subjecte per evitar el masculí genèric té

l'efecte de desenfocar o alterar la qualitat del subjecte concret en cada precepte, per la de persona en general, restant precisió i rigor a la formulació dels preceptes, en perjudici de la seguretat jurídica.

2.6. Es modifica l'article 211-7 del Codi civil de Catalunya, que queda redactat de la manera següent:

> Article 211-7. Emancipació
> 1. La persona emancipada actua jurídicament com si fos major d'edat, però necessita de l'assentiment de les persones progenitores o de la persona titular de la curatela per als actes que estableix l'article 211-12.
> 2. En cas de matrimoni o de convivència estable en parella, l'assentiment el presta l'altre cònjuge o convivent major d'edat de la persona emancipada i en el seu defecte, la persona titular de la curatela.

De nou es canvia "menor emancipat" per "persona emancipada" i no per "persona menor d'edat emancipada" com seria el correcte, atès que en una visió tradicional del dret civil l'emancipació es produeix també per la majoria d'edat (cfr. article 239 CC espanyol). En aquets termes, potser no és prou acurat referir-se només a la persona emancipada com si fos major d'edat, la idea és que es tracta d'un menor d'edat emancipat, anticipadament, als 18 anys. A banda, el precepte canvia la noció de "complement de capacitat" per la "d'assentiment". En el dret vigent es considera que els menors no tenen plena capacitat d'obrar, aquesta mateixa idea sembla mantenir-se en l'article 211-4.1 projectat. Fins ara el complement de capacitat implicava prestar aquest assentiment, que no consentiment a l'actuació del menor emancipat. Segurament respon a la idea de la plena capacitat jurídica de totes les persones majors d'edat que no necessiten cap complement, però aquí es tracta d'una persona menor d'edat, que no té aquesta plena capacitat d'obrar. En tot cas, s'entén el canvi en el marc de la voluntat de modificar el llenguatge i d'adaptació del dret català a la Convenció de Nova York, però potser no és prou acurat d'acord amb la sistemàtica i regulació del Codi civil. Cal tenir en compte, a més, tots els canvis d'afegitó de "persona" als diferents subjectes específics en dret privat: "persona emancipada" per "menor emancipat", "persones progenitores" per "progenitors" o "pares", "persona titular de la curatela" per "curador".

2.7. Es modifica l'article 211-9 del Codi civil de Catalunya, que queda redactat de la manera següent:

> Article 211-9. Emancipació per consentiment
> 1. L'emancipació per consentiment dels qui exerceixen la potestat parental o la tutela requereix que la persona menor d'edat tingui almenys setze anys i la consenti. En cas d'emancipació per consentiment de la persona titular de la tutela, es requereix, a més, l'autorització judicial amb un informe del ministeri fiscal.
> 2. L'emancipació per consentiment s'atorga en una escriptura pública o per compareixença davant de l'autoritat encarregada del Registre Civil. El notari o notària ha de comunicar d'ofici l'emancipació al Registre Civil.

Els canvis són només per afegir "persona" a menor d'edat i titular de la tutela, suprimir "judicial" de l'autoritat encarregada del Registre Civil, d'acord amb la nova legislació, i afegir la forma doble notari o notària al text de l'actual article.

2.8. Es modifica l'article 211-10.1 del Codi civil de Catalunya, que queda redactat de la manera següent:

> 1. L'autoritat judicial pot concedir l'emancipació, a sol·licitud de la persona de més de setze anys, si hi ha causes que fan impossible la convivència amb les persones progenitores o amb les tutores, o que dificulten greument l'exercici de la potestat parental o de la tutela, incloent qualsevol tipus de violència per raó d'orientació sexual, identitat de gènere o expressió de gènere exercida contra la persona menor d'edat a l'àmbit familiar.

S'introdueix un nou incís final concretant que aquestes causes que fan impossible la convivència comprenen les noves que s'esmenten, el que no havia de plantejar cap dubte en el dret actualment vigent, per descomptat, que es tracta de realitats que fan impossible la convivència entre el menor i els pares. Es distingeix, pel que fa a la violència en l'àmbit familiar, entre "orientació sexual", "identitat de gènere" i "expressió de gènere". També s'afegeix "persona" als subjectes esmentats com en articles precedents.

2.9. Es modifica l'article 211-11 del Codi civil de Catalunya, que queda redactat de la manera següent:

> Article 211-11 Vida independent
> 1. La persona de més de setze anys es considera emancipada si viu d'una manera econòmicament independent de les persones progenitores o de les tutores, amb llur consentiment. Aquest consentiment es pot revocar.
> 2. En el cas a què fa referència l'apartat 1, és necessari l'assentiment per als mateixos actes que estableix l'article 211-12.

Es canvia la formulació del dret vigent de "menor de més de setze anys" per "persona de més de setze anys", i es canvia també "complement de capacitat" per "assentiment", en la línia dels articles precedents. Clarament no es pot dir "persona menor de més de setze anys", però sí "persona menor d'edat de més de setze anys", tot i ser una formulació artificiosa. El que és important en el precepte és destacar que el menor d'edat té més de setze anys, no que és una persona. Allà on la llei introdueix "persona", com a ésser humà, dotat d'una dignitat inalienable i intangible, i titular de drets humans o fonamentals, la resta de categories i institucions del dret privat queden clarament eclipsades, desdibuixades, i perden força com a objecte de regulació específica, que és del que es tracta en la norma.

2.10. Es modifica l'article 211-12 del Codi civil de Catalunya, que queda redactat de la manera següent:

> Article 211-12. Actes que requereixen assentiment
> 1. La persona menor d'edat emancipada necessita l'assentiment de les persones progenitores o de qui exerceix la curatela per a:
> a) Fer els actes a què fa referència l'article 236-27.1.
> b) Acceptar el càrrec d'administració d'una societat.
> 2. L'assentiment no es pot concedir de manera general, però es pot atorgar per a diversos actes de la mateixa naturalesa o referits a la mateixa activitat econòmica, encara que siguin futurs, especificant-ne les circumstàncies i característiques fonamentals.

> 3. Els actes fets sense l'assentiment són anul·lables a instància de la persona que ha de prestar-lo, d'acord amb l'article 211-7, mentre la menor no arribi a la majoria d'edat, o a instància de la persona menor d'edat emancipada a partir de la celebració de l'acte i fins a quatre anys després de l'assoliment de la majoria d'edat.
> 4. No és necessari l'assentiment en relació amb els béns i els drets adquirits per donació o a títol successori.

El precepte introdueix també "persona", però en fer-ho en l'apartat tercer hi ha canvis importants pel que fa al termini d'exercici de l'acció. En primer lloc, la legitimació de les persones que havien de prestar l'assentiment dura només fins a l'assoliment de la majoria d'edat de la menor. Aquesta legitimació es combina amb la del menor emancipat, i es deixa clar que el *dies a quo* del termini de quatre anys és diferent en funció dels casos. Per als que havien de prestar l'assentiment dura des de la celebració de l'acte fins la majoria d'edat del menor, i per al menor emancipat des de la celebració de l'acte i fins passats quatre anys de la majoria d'edat. En l'actual precepte no hi ha aquesta precisió, que d'altra banda es podria defensar.

En l'apartat 4 hi ha una canvi de gran abast probablement motivat, de nou, per la proscripció dels masculins. En el dret vigent, per a la disposició dels béns adquirits per donació o herència no cal l'assentiment de cap persona si el causant o donant l'ha exclòs expressament, en un altre cas sí que és necessari, i fins i tot el donant o causant pot preveure un règim especial, més qualificat o menys, en funció del que consideri. En la reforma sembla proposar-se que el menor d'edat emancipat pot disposar lliurement, sense cap mena d'assentiment, dels béns rebuts per herència amb independència del que hagi previst el donant o el causant, o més precisament, a manca de previsió expressa d'aquests. No sembla aquesta una mesura que s'ajusti a la regulació de la minoria d'edat, i s'hauria d'introduir un incís final en el sentit d'afegir el que ara ja hi havia:

> "4. No és necessari l'assentiment en relació amb els béns i els drets adquirits per donació o a títol successori, si la persona donant o la causant l'han exclòs expressament".

A més, cal tenir en compte el que preveu expressament l'article 461-24.3, precepte amb el que hauria d'estar coordinat el present.

2.11. Es modifica l'article 212-1 del Codi civil de Catalunya, que queda redactat de la manera següent:

> Article 212-1. Dret a la informació sobre la salut
> 1. Tota persona, llevat que hagi expressat la voluntat contrària, té dret a rebre informació sobre l'abast de qualsevol intervenció en l'àmbit de la seva salut que l'ajudi a prendre decisions d'una manera autònoma. Aquesta informació ha de ser verídica, comprensible, accessible, adequada a les necessitats, circumstàncies i els requeriments de la persona i s'ha de proporcionar a través del mitjà més adient per garantir la comprensió. Aquest dret és directament exigible davant dels tribunals de justícia.
> 2. Correspon a la persona titular del dret a la informació permetre l'accés, el tractament, el processament i la cessió de les dades, llevat dels casos en què la legislació estableix altra cosa.
> 3. Les dades relatives a la salut són sempre confidencials. Només es poden registrar les que siguin estrictament necessàries.

> 4. En les situacions en què la persona es troba en un estat físic o psíquic que no li permet rebre la informació o comprendre-la, aquesta s'ha de donar a la persona designada en el document de voluntats anticipades, a l'assistència legalment designada, a la representació legal, a la persona que en té la guarda de fet, als familiars o a les persones que hi estan vinculades.

Hi ha una reformulació del primer apartat del dret vigent, per introduir l'incís "adequada a les necessitats, circumstàncies i els requeriments de la persona i s'ha de proporcionar a través del mitjà més adient per garantir la comprensió", cal entendre, d'acord amb el nou paradigma sobre la capacitat de les persones de la Convenció de Nova York. Hi ha d'altres modificacions d'estil en el precepte, vinculades també a la normativa sobre protecció de dades, i modificacions importants pel que fa a la proscripció del masculí. Així, a l'apartat 2 se suprimeix la referència al "pacient". Actualment el precepte diu que "el pacient és el titular del dret a la informació i qui té el dret a permetre ...". Per evitar dir pacient, que és en masculí, ara es diu "correspon a la persona titular del dret a la informació permetre ...". Pel que fa a l'assistent, el representant legal se'ls designa com a "l'assistència legalment designada" o "la representació legal". L'assistent, sigui en masculí o femení, és una persona, no és una institució ni una activitat, i igualment el o la representant legal són persones, no una institució despersonalitzada o ambigua pel que fa a la titularitat que n'ostenta un ésser humà. No és raonable en una llei transformar la formulació jurídica, la seguretat jurídica, només per qüestions ideològiques de transformació del llenguatge, quan el que s'està fent és transformar la norma jurídica. La formulació s'hauria de canviar de manera que posés als subjectes de dret concrets o les persones en el centre del dret privat, com a destinataris de les proposicions jurídiques i no els conceptes.

2.12. Es modifica l'article 212-2 del Codi civil de Catalunya, que queda redactat de la manera següent:

> Article 212-2. Consentiment informat
> 1. Les persones majors de setze anys i les menors que tinguin una maduresa intel·lectual i emocional suficient per a comprendre l'abast de la intervenció en la seva salut han de donar el consentiment per si mateixes, llevat dels casos en què la legislació d'àmbit sanitari estableix una altra cosa.
> 2. Si la persona es troba en un estat físic o psíquic que no li permet fer-se càrrec de la seva situació ni decidir, el consentiment s'ha d'obtenir de la manera que estableix la legislació per a l'àmbit sanitari, de les mateixes persones que han de rebre la informació a què fa referència l'article 212-1.4. Aquest consentiment ha de respectar la dignitat de la persona i ser conforme amb la seva voluntat i preferències.
> 3. El consentiment es pot revocar abans de la realització de l'acte pel qual s'ha prestat.
> 4. En interès de la persona, l'autoritat judicial pot autoritzar la intervenció a sol·licitud de la persona facultativa responsable si les persones cridades a donar consentiment, d'acord amb el que estableix l'apartat 2, s'hi neguen.

De nou hi ha canvis en atenció al canvi de paradigma en matèria de capacitat i de proscripció del masculí, amb el mateix efecte. En el dret vigent es deixa clar a l'apartat 3 que l'interessat pot revocar el consentiment, ara es despersonalitza i es diu que "el consentiment es pot revocar", sense dir qui el pot revocar, qui és el subjecte de dret que té aquesta facultat conferida per l'ordenament jurídic. En l'apartat 4 es parla de "la persona facultativa responsable" per no dir

"el facultatiu", i pot generar el dubte amb la persona que té la facultat o la responsabilitat, el que no vol dir el precepte.

2.13. Es modifica l'article 212-3 del Codi civil de Catalunya, que queda redactat de la manera següent:

> Article 212-3. Document de voluntats anticipades
> 1. La persona major de setze anys pot expressar en un document de voluntats anticipades les instruccions per a la realització d'actes i tractaments mèdics, per al cas en què es trobi en una situació en què no ho pugui decidir per ella mateixa. També pot designar la persona que, en substitució seva, ha de rebre la informació sobre la seva salut i decidir sobre la realització d'aquells actes i tractaments.
> 2. En el document de voluntats anticipades hi poden constar previsions referents a la donació dels òrgans o del cos, i a les formes d'enterrament o a la incineració.
> 3. La declaració de voluntats anticipades s'ha de formalitzar notarialment o davant de tres testimonis majors d'edat dels quals dos, com a mínim, no han de tenir relació de parentiu fins al segon grau ni estar vinculats per relació patrimonial amb la persona atorgant.
> 4. Pel que fa al procediment de comunicació al centre sanitari i als seus efectes, hom s'ha d'ajustar al que estableix la legislació especial de l'àmbit sanitari.
> 5. El document de voluntats anticipades és sempre revocable. El document posterior revoca l'anterior, llevat que la persona atorgant manifesti altrament.
> 6. Tothom ha de respectar les instruccions expressades, dins dels límits que estableix la legislació.

Hi ha canvis també motivats pel nou paradigma de la capacitat de les persones. Cal tenir en compte que es tracta d'una innovació molt important la de l'apartat 3. En el cas, davant testimonis ha de voler dir per escrit i signat pels tres testimonis. La previsió d'imposar la forma notarial al document de voluntats anticipades s'hauria de contrastar amb la normativa estatal bàsica sobre instruccions prèvies de la *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, que regula en l'article 11 el document d'instruccions prèvies i el *Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el Registro nacional de instrucciones previas*. És a dir, si hi ha alternatives a la formalització per escrit en tot cas davant notari, o si s'accepten altres formes, i si la decisió és consistent amb la normativa bàsica estatal, a la que l'actual apartat 4 fa remissió. Cal notar que l'apartat 3 es refereix a "la declaració de voluntats anticipades" i no "al document de voluntats anticipades" que és el que pròpiament recull aquesta declaració. La noció d'estar vinculat amb relació patrimonial de l'apartat 3 no és precisa ni tècnicament correctament formulada. En el precepte hi ha problemes de redacció, com "manifesti altrament", que hauria de ser "ho manifesti altrament". L'apartat 6 modifica l'actual apartat 3 referit només a "els professionals que atenguin l'atorgant del document" per "tothom", que no sembla prou rigorós en el context del precepte, tothom vol dir qualsevol persona, noció diferent de la de professional.[1]

[1] Pel que fa a aquesta proposta, cal tenir en compte la Llei 2/2004, del 6 de febrer, de modificació de la Llei 21/2000 (DOGC núm. 9096, de 7 de febrer de 2024), sobre els drets d'informació concernent la salut i l'autonomia del pacient, i la documentació clínica, que n'ha modificat l'article 8 en el sentit de permetre també atorgar el document de voluntats anticipades formalitzat "c) Davant un professional sanitari de l'àmbit de l'atenció primària, hospitalària o sociosanitària, preferentment dels centres de referència per al pacient".

2.14. Es modifica l'article 212-4 del Codi civil de Catalunya, que queda redactat de la manera següent:

> Article 212-4. Internament
> L'internament en un establiment especialitzat d'una persona per raó de trastorns psíquics o malalties que puguin afectar la capacitat cognitiva requereix el seu consentiment. Si la seva situació no li permet decidir per si mateixa cal l'autorització judicial prèvia, qualsevol que en sigui l'edat, i sempre establint les condicions que respectin al màxim la seva dignitat i autonomia.

S'aclareix el dret vigent, que ja permetia entendre que calia el consentiment de la persona, però ara es deixa clar que és necessari. S'afegeix el darrer incís sobre dignitat i autonomia de la persona. Aquest incís barreja l'objectiu del precepte relatiu només a la presa de la decisió amb el contingut de la decisió.

2.15. Es modifica l'article 212-5 del Codi civil de Catalunya, que queda redactat de la manera següent:

> Article 212-5. Internament urgent
> 1. No cal autorització judicial prèvia si es produeix una causa d'urgència mèdica que requereixi l'internament sense dilació. Aquesta causa ha d'estar constatada medicament i s'ha de fonamentar en un risc immediat i greu per a la salut o per a la integritat física o psíquica de la persona malalta o d'altres persones.
> 2. La direcció de l'establiment on es faci l'internament l'ha de comunicar a l'autoritat judicial del lloc on estigui l'establiment en el termini de vint-i-quatre hores.
> 3. L'autoritat judicial ha de ratificar o deixar sense efecte l'internament, d'acord amb la legislació processal, en el termini de setanta-dues hores des que rep la comunicació.
> 4. L'autoritat judicial, en la resolució en què ratifica l'internament, hi ha de fer constar el termini, que no pot excedir els dos mesos, en el qual la direcció de l'establiment ha d'informar periòdicament sobre la situació de la persona internada, a fi de revisar la necessitat de la mesura. A petició de la direcció de l'establiment, l'autoritat judicial pot acordar, atesa la situació de la persona internada, que els informes successius s'emetin en intervals superiors, que no poden excedir els sis mesos.

Les modificacions estan vinculades al llenguatge. Es modifica "constatada per un facultatiu" per "constatada mèdicament", "malalt" per "persona malalta" o "director" per "la direcció".

2.16. Es modifica l'article 212-6 del Codi civil de Catalunya, que queda redactat de la manera següent:

> Article 212-6. Canvi de circumstàncies en l'internament voluntari
> Si una persona que va consentir el seu propi internament per raó de trastorn psíquic ja no està en condicions de decidir-ne la continuació perquè les circumstàncies clíniques o el risc associats a la causa que va donar origen han canviat de manera significativa, la direcció de l'establiment ho ha de comunicar a l'autoritat judicial perquè, si escau, en ratifiqui la continuació, d'acord amb el que estableix l'article 212-5.3.

Es modifica "director" per "la direcció".

2.17. Es modifica la rúbrica de la Secció tercera del Codi civil de Catalunya, que queda redactada de la manera següent:

> Secció tercera. Decisions de la persona

Es modifica la rúbrica actual que és "Decisions sobre el propi cos", que es manté en la de l'únic article de la secció, que és el 212-7.

2.18. Es modifica l'article 212-7 del Codi civil de Catalunya, que queda redactat de la manera següent:

> Article 212-7. Decisions sobre el propi cos
> 1. La lliure decisió de les persones és determinant en les qüestions que puguin afectar llur dignitat, integritat i benestar físic i mental i, en particular, pel que fa al propi cos i a la salut reproductiva i sexual.
> 2. Correspon a la dona la decisió sobre la interrupció voluntària del seu embaràs en les condicions que determinin les lleis.

S'introdueix un nou apartat segon que pot afectar la competència estatal en matèria de dret penal, i la necessitat de llei orgànica per a regular la interrupció voluntària de l'embaràs. Aquesta mateixa idea ja es podia entendre implícita en l'apartat precedent del precepte, de manera genèrica, pel que fa a l'esment al propi cos i a la salut reproductiva i sexual. Cal valorar la inclusió d'aquest precepte sobre dret penal en el dret civil català del Codi civil de Catalunya, atès que no és una matèria pròpia d'aquest dret civil, i no és en una seu normativa específica, motiu pel qual tot indica que, per raons sistemàtiques i competencials, s'hauria de suprimir aquest segon apartat projectat.

2.19. Es modifica l'article 222-40 del Codi civil de Catalunya, que queda redactat de la manera següent:

> Article 222-40. Administració dels béns
> 1. En l'exercici de les funcions respectives, la persona titular de la tutela, de l'administració patrimonial o l'apoderada d'acord amb l'article 222-2.1 han d'actuar amb la diligència d'una persona bona administradora i responen dels danys causats per llur actuació.
> 2. L'acció per a reclamar la responsabilitat a què fa referència l'apartat 1 prescriu al cap de tres anys de la rendició final de comptes.
> 3. Els fruits dels béns administrats pertanyen a la persona tutelada. També li pertanyen els béns que adquireixi amb la seva activitat.

El precepte afegeix "persona" als subjectes considerats en l'article vigent, singularment "persona bona administradora", potser en aquest cas es podria posar només "una bona administradora", atès que ja es ve parlant de "persona". En tot cas, es podria aprofitar la reforma per millorar tècnicament el precepte i substituir "acció" de l'apartat 2 per "pretensió". En darrer terme, l'apartat 3 només es refereix a la persona tutelada pel que fa a la titularitat sobre els fruits, que

clarament comprèn l'administració patrimonial, però no la "poderdant", sobre la qual no hi hauria d'haver cap dubte malgrat l'omissió.

2.20. S'afegeix una lletra *i* a l'article 233-1.1 del Codi civil de Catalunya, amb el text següent:

> i) El règim de convivència dels animals, i les càrregues associades, atenent a l'interès del membres de la família i el benestar dels animals.

S'afegeix una nova lletra relativa als animals de companyia i les crisis matrimonials. Caldria unificar tots els preceptes relatius a la matèria en el sentit de la distinció entre "animals" i "animals de companyia" i "convivència" i "tinença", a banda de la "titularitat". En el precepte es tracta de mesures provisionals en un procediment matrimonial, de manera que és correcte només fer referència a "convivència", en relació amb les mesures definitives que es refereixen a "tinença", tal vegada potser es podria unificar el terme en un de sol, sigui tinença o convivència, atès que la tinença no afecta a la titularitat, ans fa referència a la possessió (article 521-1). L'article 233-2.5 lletra e) fa referència a "cura". Potser es podria suprimir "El règim de convivència" per "La convivència", encara que seria millor referir-se només a "La tinença dels animals".

2.21. S'afegeix una lletra e) a l'article 233-2.5 del Codi civil de Catalunya, amb el text següent:

> e) L'atribució de la tinença dels animals de companyia tenint en compte l'interès des membres de la família i el benestar de l'animal. Es podrà preveure el repartiment del temps de convivència i cura i les càrregues associades i, si és el cas, de la seva titularitat.

Vinculat amb el precepte anterior, aquí es fa referència a animals de companyia i s'afegeix la distinció entre "tinença" i "convivència" i no es parla de règim ans d'atribució. Sembla com si el precepte preveu l'atribució de la tinença a un dels cònjuges, o bé que pot ser compartida, i una qüestió diferent és la convivència amb l'animal, per bé que en tots dos casos hi ha possessió, si bé amb un concepte distint. En tot cas s'hi afegeix "la cura", que no és en el precepte anterior. Cal assenyalar que el precepte al segon incís es refereix a "la seva titularitat", en una redacció que no queda prou clara. Amb la introducció de "titularitat" s'estableix una triple distinció amb "tinença" i "convivència". Sembla que el precepte digui que "es podrà preveure (...) la seva titularitat", no s'entén aquesta redacció, com si la titularitat fos temporal. Cal tenir en compte que aquest és un precepte relatiu a conveni regulador, de manera que potser vol dir que els cònjuges poden pactar sobre la titularitat dels animals de companyia, però del precepte no queda clar, probablement derivat de la redacció, cas en el qual caldria suprimir la preposició "de" o canviar la redacció del precepte i posar al principi "La titularitat i l'atribució de la tinença ...", ja que sembla més congruent amb el contingut del conveni regulador, la importància de la titularitat de l'animal i concorda amb el previst al següent article proposat.

2.22. Es modifica l'article 233-4.2 del Codi civil de Catalunya, que queda redactat de la manera següent:

> 2. Si algun dels cònjuges ho sol·licita, l'autoritat judicial ha d'adoptar les mesures pertinents respecte a l'ús de l'habitatge familiar i el seu parament, la prestació

> compensatòria, la compensació econòmica per raó del treball si el règim econòmic és el de separació de béns, la liquidació del règim econòmic matrimonial, la divisió dels béns comuns o en comunitat ordinària indivisa i el règim de tinença, convivència i cura dels animals de companyia, que es determina d'acord amb el que estableix l'article 511-3, així com si escau, la titularitat dels animals.

Vinculat amb els dos articles anteriors, el precepte introdueix els animals de companyia entre les mesures definitives de la crisi en absència de pacte entre els cònjuges. Aquí es fa referència de nou a la distinció entre "tinença" i "convivència", com a una mena de guarda i estades, i s'afegeix la possibilitat que l'autoritat judicial determini la titularitat sobre els animals per part dels cònjuges. El que probablement explica la referència a la titularitat en l'article precedent.

El precepte fa remissió al projectat article 511-3 que distingeix també entre titularitat i tinença i que estableix criteris per a resoldre conflictes sobre la mateixa. D'una banda, cal destacar que la titularitat es pot decidir en seu d'un procediment matrimonial, "sense que prevalgui necessàriament la titularitat formal o administrativa".

Atès que en el precepte es deixa clar que en un procediment de família es pot decidir sobre la titularitat sobre els animals, tal vegada es podria també dir que en un procés matrimonial es pot decidir sobre la titularitat dels béns dels cònjuges en el règim de separació de béns, ja sigui en aquest mateix precepte, o bé en l'article 221-12. És clar que si els cònjuges en conveni regulador poden decidir sobre la titularitat dels béns que tenen, també s'hauria de poder fer així en el procediment en ocasió de la decisió judicial en cas de no haver-hi acord en conveni. La modificació contribuiria al benestar dels cònjuges en una matèria molt conflictiva a la pràctica, i podria ser:

> "2. Si algun dels cònjuges ho sol·licita, l'autoritat judicial ha d'adoptar les mesures pertinents respecte a l'ús de l'habitatge familiar i el seu parament, la prestació compensatòria, la compensació econòmica per raó del treball si el règim econòmic és el de separació de béns, la liquidació del règim econòmic matrimonial, la titularitat dels béns dels cònjuges en el règim de separació de béns i de participació en els guanys, la divisió dels béns comuns o en comunitat ordinària indivisa i el règim de tinença, convivència i cura dels animals de companyia, que es determina d'acord amb el que estableix l'article 511-3, així com si escau, la titularitat dels animals."

2.23. Es modifica l'article 233-11.3 del Codi civil de Catalunya, que queda redactat de la manera següent:

> 3. En interès dels fills i filles, no es pot atribuir la guarda al progenitor, ni es pot establir cap règim d'estades, comunicació o relació, o si existeixen s'han de suspendre, quan hi hagi indicis fonamentats que ha comès actes de violència familiar o masclista. Tampoc no es pot atribuir la guarda al progenitor, ni es pot establir cap règim d'estades, comunicació o relació, o si existeixen s'han de suspendre, mentre es trobi incurs en un procés penal iniciat per atemptar contra la vida, la integritat física, la llibertat, la integritat moral o la llibertat i la indemnitat sexual de l'altre progenitor o els seus fills o filles, o estigui en situació de presó per aquests delictes i mentre no s'extingeixi la responsabilitat penal o quan hagi hagut sentència ferma per delictes contra els animals amb els que els fills convisquin o formin part del seu àmbit familiar.

S'afegeix un darrer incís relatiu a sentències fermes per delictes contra els animals amb els que conviuen els fills. A efectes expositius seria oportú separar aquest incís amb un punt i seguit i començar una nova frase, per tal de no barrejar matèries molt diferents. Amb tot, això ho dificulta que en la frase en què s'insereix ja comenci amb "Tampoc no", però hi ha d'haver opcions de redacció que ho permetin. En general, el precepte distingeix entre situacions d'indicis fonamentals de comissió d'un delicte, de l'existència d'un procés penal, de la situació de presó, amb condemna per sentència penal o sense, i una sentència penal ferma.

2.24. Es modifica l'article 235-10 del Codi civil de Catalunya, que queda redactat de la manera següent:

> Article 235-10. Presumpcions de paternitat
> 1. Es presumeix que és pare del fill o filla no matrimonial:
> a) L'home amb el qual la mare ha conviscut en el període legal de la concepció.
> b) L'home amb el qual la mare ha mantingut relacions sexuals en el període de la concepció.
> c) L'home que ha reconegut la paternitat tàcitament o d'una manera diferent de la que estableix l'article 235-9.
> 2. Les presumpcions a què fa referència l'apartat 1 es poden destruir amb tota classe de proves en el judici corresponent.
> 3. La prova de les relacions sexuals de la mare amb un home diferent del demandat durant el període legal de concepció no és suficient per a destruir les presumpcions de paternitat.

El precepte projectat afegeix un apartat 3 a l'actual article, el que comporta la supressió de l'article 235-18 vigent, que es substitueix per aquest. La decisió planteja diverses qüestions molt complexes. La primera és la relativa a les presumpcions de paternitat no matrimonial, que estan previstes en seu de determinació de la filiació i no en seu d'accions de filiació, i que plategen un àmbit d'aplicació diferent del de les accions, ja sigui en seu registral o de jurisdicció voluntària. Cal pensar que aquestes presumpcions no són tals, en el sentit de l'article 385 de la LEC, més aviat són regles de valoració de la prova que s'hagi pogut practicar en un procediment de filiació. Tampoc no queda clar que siguin presumpcions judicials de l'article 386 LEC, pròpiament pel que fa a la regla que es vol introduir a l'apartat 3. De manera que l'abast d'aquestes presumpcions de paternitat només operaria en l'àmbit del reconeixement de la filiació, però tampoc no sembla que aquí tinguin gaire rellevància, atès que les hauria de valorar l'encarregat del Registre Civil, que no sembla tenir competència per a fer-ho, o el ministeri fiscal en el seu cas tampoc (articles 44.4.b i 44.6 Llei del Registre Civil). Cal tenir en compte, addicionalment, que a l'article 235-12.3 el dret català imposa el reconeixement judicial mitjançant un procediment de jurisdicció voluntària allà on la normativa del Registre Civil no l'exigeix, és a dir, quan no hi ha oposició de la mare al reconeixement del pare fora de termini, i que de ben segur a la pràctica no opera i no s'aplica (articles 44.6 LRC i 23.3.b Llei Jurisdicció voluntària). Cal dir que aquestes presumpcions de l'article 235-10 no estan regulades en termes similars al CC espanyol, però sí a la LEC en seu de procediments judicials de filiació (article 767).

La tradicional regla de l'anomenada *exceptio plurium concubentium* que es pretén introduir a l'apartat 3, traslladada de l'article 235-18, tenia sentit en el marc d'un procediment judicial per les diferents regles que preveia en els seus 3 apartats, que ara s'han limitat a una, atès que ja no es preveu que es puguin cridar al procediment altres demandats, ni tampoc s'estableix una regla

de valoració de la prova pel tribunal, que també desapareix. En la meva opinió, la inclusió d'aquesta excepció tal com està formulada es pot considerar denigratòria per la dona i no és adequada per un Codi civil del segle XXI, atès que l'anomenada *exceptio plurium concubentium* fa referència al fet d'haver tingut la dona relacions sexuals amb diversos homes en un període de temps determinat, que és el de la concepció. En el dret vigent, amb les proves biològiques, la formulació d'aquesta excepció no té cap mena de sentit ni de virtualitat a la pràctica i, per tant, s'hauria de suprimir i deixar de fer referència en el Codi civil a les decisions que prenen les dones sobre les seves relacions sexuals, fins i tot sota una formulació de "La prova de les relacions sexuals de la mare amb un home diferent del demandat". Cal tenir en compte que en l'actual article 235-18.3 s'afirma que si es prova que una dona ha tingut relacions sexuals amb diversos homes durant el període legal de concepció "s'ha de declarar pare aquell la paternitat del qual resulti més versemblant", sense que s'aclareixi què vol dir "versemblant" pel que fa a relacions sexuals de la dona i concepció dels fills, una norma que genera perplexitat i que clarament s'ha de bandejar. En aquests termes, s'hauria de suprimir l'apartat tercer, sense cap reserva, per superflu i contrari a la dignitat i llibertat de les dones. Com s'ha dit, aquesta invocació de diverses relacions sexuals coetànies no té cap d'efecte sobre el procediment registral o no judicial de determinació de la filiació no matrimonial, al que s'adreça l'article, ni tampoc influeix sobre el que es pugui decidir en un procediment judicial posterior.

En canvi, es podria aprofitar la reforma del Codi civil per modificar l'article 235-12.3, atès que llegit literalment implica que tot reconeixement de filiació fet fora de termini exigeix autorització judicial, quan a la pràctica això no succeeix, i només passa en cas d'oposició de la mare o del ministeri fiscal. La LRC preveu que aquest termini és de 10 dies, i deixa clar que per a les inscripcions fora d'aquest termini, si no hi ha oposició de la mare, la inscripció es practica un cop fet l'expedient registral, sense necessitat de recórrer a l'aprovació judicial ni a la intervenció del ministeri fiscal (article 47 LRC). L'opció del dret català no sembla raonable ni està d'acord amb la legislació del Registre Civil, especialment amb l'article 44, apartat 6. L'apartat 3 de l'article 235-12 es podria redactar així:

> "3. Per a l'eficàcia del reconeixement d'una persona menor o incapacitada que no es faci en el termini fixat per a la inscripció del naixement, regeix allò previst en la legislació sobre el Registre civil i jurisdicció voluntària. La denegació de l'aprovació judicial no impedeix la reclamació de la filiació d'acord amb el que estableix l'apartat 2 i amb el mateix abast."

2.25. Es modifica l'article 235-18 del Codi civil de Catalunya, que queda redactat de la manera següent:

> Article 235-18. Negativa a la prova biològica
> La filiació biològica es pot determinar encara que la persona demandada es negui a sotmetre's a la prova biològica corresponent.

L'article que s'introdueix correspondria estar ubicat com a apartat 3 de l'article 235-15, en seu de mitjans de prova, de manera que amb això es podria mantenir l'actual article 235-18 en la seu corresponent que és la de les accions de filiació, si es considera que encara és convenient, malgrat el que s'ha dit suara. Cal tenir en compte que l'article 767.4 de la LEC estableix una regla sobre la qüestió adreçada als tribunals: "*4. La negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan*

otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios." Cal valorar l'oportunitat i la congruència de la introducció de la regla del CCCat en relació amb la ja existent a la LEC, molt més completa, i els problemes que pot plantejar en l'ordre competencial i de suficiència de l'ordenament català, atès que la regla estatal detalla com s'ha de valorar en el cas concret la negativa a la realització de les proves biològiques. Al seu torn, si es considera útil, l'actual article 235-18 es podria mantenir amb una nova formulació, encara que l'única regla que tindria utilitat escauria incloure's com a nou apartat de l'article 235-16:

> "235-18. Crida d'altres demandats al procés
> Si en el procés s'al·lega l'existència de relacions sexuals de la mare amb homes diferents del demandat durant el període legal de concepció, se'ls pot cridar, a petició de part legitimada per a reclamar la paternitat, perquè intervinguin en el procés en qualitat de demandats."

2.26. Es modifica l'article 236-4 del Codi civil de Catalunya, que queda redactat de la manera següent:

> Article 236-4. Relacions personals
> 1. Els fills i les filles i els seus respectius pares i/o mares, encara que aquests no tinguin l'exercici de la potestat, tenen dret a relacionar-se personalment, llevat que els i les primeres hagin estat adoptats o adoptades o que la llei o una resolució judicial o administrativa, en el cas de les persones menors d'edat desemparades, disposin una altra cosa.
> 2. Les filles i els fills tenen dret a relacionar-se amb les àvies i avis, els germans i germanes i altres persones pròximes, i totes aquestes tenen també el dret de relacionar-se amb els fills i filles. La mare i el pare han de facilitar aquestes relacions i només les poden impedir si hi ha una causa justa.
> 3. La pretensió per a fer efectius els drets a què fa referència aquest article s'ha de substanciar, sempre que no escaigui fer-ho en un procediment matrimonial, pels tràmits del procediment especial sobre guarda de menors d'edat. L'autoritat judicial pot adoptar, en tot cas, les mesures necessàries per a garantir l'efectivitat d'aquestes relacions personals.
> 4. S'ha de procurar que, a fi de garantir el dret de la infància i l'adolescència a relacionar-se amb llurs famílies, els conflictes sobre aquestes relacions que se suscitin es resolguin a través dels procediments específics de mediació familiar, excepte si hi ha indicis fonamentats de violència domèstica o masclista.

El precepte projectat introdueix un nou apartat 4 en la línia del projectat article 111-10 sobre mediació, en la resta es tracta de canvis de llenguatge que plantegen els límits del mateix pel que fa a una lectura comprensible, fins i tot en termes de l'anomenat llenguatge o lectura fàcil. Aquest llenguatge presenta singularitats a destacar. En primer lloc es canvia "els fills i els progenitors" per "els fills i les filles i els seus respectius pares i/o mares". No s'entén l'ús de respectiu, com si es tractés d'un nucli amb diverses relacions de parentiu, és a dir, d'una família recomposada, la qual cosa tampoc no seria irraonable però no general. Dit això, s'utilitza "pares i/o mares", quan en altres llocs es diu "persones progenitores". En el segon apartat s'inverteix l'ordre de "els fills i les filles" i es diu "les filles i els fills", i es fa referència a "les àvies i avis", aquí sense article el terme masculí, com tampoc "els germans i les germanes", per aquest ordre. La norma altera l'ordre del femení i el masculí en funció dels casos, sense que se'n pugui apreciar

un criteri normatiu en matèria de llengua, d'acord amb l'esmentada autoritat lingüística de l'Institut d'Estudis Catalans. L'apartat segon també es refereix a "la mare i el pare" i no a "pares i/o mares". En l'apartat 3 es fa referència al procediment especial sobre guarda de menors d'edat, i no a "persones menors d'edat", com en altres articles. En darrer terme parla del "dret de la infància i l'adolescència a relacionar-se amb llurs famílies". Deixant de banda l'oportunitat de l'ús del possessiu plural llur en aquest cas, cal dir que la infància i l'adolescència no són subjectes de dret a l'ordenament jurídic, és a dir, no tenen dret a relacionar-se amb ningú a diferència de les persones adolescents o les que són en la infantesa que sí que el tenen. Per evitar l'ús del masculí genèric, i com a novetat en dret català, es confereixen drets a qualitats dels subjectes de dret, però no als subjectes de dret. Els que tenen drets són els infants i els adolescents, no la "infància", que és un període de la vida de la persona, una qualitat de la mateixa, però no un subjecte de dret. El dret civil s'adreça a persones, no a qualitats de les persones.

Pel que fa a l'apartat 4 la redacció podria ser:

> "4. A fi de garantir el dret d'infants i adolescents a relacionar-se amb llurs famílies, els conflictes sobre aquestes relacions que se suscitin es poden resoldre a través dels procediments específics de mediació familiar, excepte si hi ha indicis fonamentats de violència domèstica o masclista."

2.27. Es modifica l'article 236-21 del Codi civil de Catalunya, que queda redactat de la manera següent:

> Article 236-21. Administració dels béns
> 1. La mare i el pare que exerceixen la potestat han d'administrar els béns dels fills i filles amb la diligència exigible a una persona bona administradora, segons la naturalesa i les característiques dels béns.
> 2. Pertanyen a la descendència els fruits i els rendiments de llurs béns i drets, i també els pertanyen els guanys de llur pròpia activitat i els béns o els drets que en puguin derivar.

La modificació té també un propòsit lingüístic de proscriure el masculí en tot el possible, d'evitar que hi hagi subjectes de drets masculins a les lleis, els quals només poden ser femenins. En aquest sentit, igualment es parla al segon apartat de "la descendència" per conferir-li uns drets que no pot tenir, ja que la norma hauria de parlar dels fills i les filles. A més la descendència abasta també els nets, quan el primer apartat es refereix a la mare i el pare, d'una manera dubtosa, atès que el projecte també s'hi refereix com a les persones progenitores i els pares i/o mares. També es fa referència a "una persona bona administradora", reformulant la noció secular de "bon administrador".

2.28. Es modifica l'article 237-13 del Codi civil de Catalunya, que queda redactat de la manera següent:

> Article 237-13. Extinció
> 1. L'obligació de prestar aliments s'extingeix per les causes següents:
> a) La mort de la persona alimentada o de la persona o les persones obligades a prestar-los.
> b) El divorci i la declaració de nul·litat del matrimoni.

> c) La reducció de les rendes i del patrimoni de les persones obligades, de manera que faci impossible el compliment de l'obligació sense desatendre les necessitats pròpies i les de les persones amb dret preferent d'aliments.
> d) La millora de les condicions de vida de la persona alimentada, de manera que faci innecessària la prestació.
> e) El fet que la persona alimentada, encara que no tingui la condició de legitimària, incorri en una de les causes de desheretament dels apartats a), b), c) i d) de l'article 451-17.2.
> f) La privació de la potestat sobre la persona obligada, si l'alimentada és una de les progenitores.
> 2. Les causes a què fa referència l'apartat 1.e) no tenen efecte si consta el perdó de la persona obligada o la reconciliació de les parts.

El precepte també implementa canvis lingüístics i una modificació a la lletra e) que no s'explica al Preàmbul. En el dret vigent la remissió a les causes de desheretament és completa, sense excloure'n cap. Ara el projecte proposa excloure de les causes d'extinció de l'obligació de prestar aliments l'absència manifesta i continuada de relació familiar entre l'alimentat i l'alimentant per una causa exclusivament imputable a l'alimentat. No s'acaba de veure la finalitat de l'exclusió en modificació del criteri fins ara vigent. És raonable plantejar que la manca de relació familiar no hagi de ser causa d'exclusió de l'obligació d'aliments, però el precepte introdueix el matís que ha de ser per una causa exclusivament imputable a l'alimentat. Tal vegada el precepte considera que fins i tot en aquests supòsits s'ha de mantenir l'obligació d'aliments entre parents, el que tampoc és irraonable. Ara bé, cal tenir en compte que l'article 237-4 preveu que hi ha dret a reclamar aliments "sempre que la necessitat no derivi d'una causa que li sigui imputable", i es tracta sempre dels aliments anomenats autònoms, particularment de majors d'edat, i no els institucionals, com són els derivats de la potestat parental. En el cas que es proposa, la relació familiar legal es mantindria, però la relació familiar de fet o tracte familiar no, per una causa exclusivament imputable a l'alimentat, que en aquest cas tindria dret a reclamar aliments dels parents amb els quals ha decidit no tenir relació. En canvi, si hi ha relació familiar de fet o tracte familiar, però la situació de necessitat és exclusivament imputable a l'alimentat no hi hauria dret d'aliments. Caldria valorar la coordinació de totes dues previsions i la innovació que es proposa si és encertada i consistent amb el sistema. En la meva opinió, no s'hauria d'introduir aquesta innovació i mantenir el precepte en la versió vigent.

Article 3. Modificació del llibre tercer del Codi civil de Catalunya

(...)

Article 4. Modificació del llibre quart del Codi civil de Catalunya

4.1. S'afegeix un apartat 3 a l'article 421-2 del Codi civil de Catalunya, amb el text següent:

> 3. La persona propietària d'animals pot disposar per testament d'ells, atenent a la seva protecció i benestar. A falta de disposició testamentària, es lliuraran a les hereves o hereus, i si no se'n fa càrrec, tenen la càrrega de lliurar-los a l'òrgan administratiu o centre que tingui encomanada la cura d'animals abandonats.

La modificació pretén introduir la referència als animals de companyia en el dret de successions, un propòsit raonable atesa la seva consideració en els altres llibres del Codi civil. A l'efecte caldria valorar alguns aspectes. El primer unificar la terminologia amb les altres previsions en el Llibre segon i en el cinquè, és a dir, fer referència a animals de companyia. El segon, és que no es fa referència a la titularitat sobre els animals de companyia, només a què se'n pot disposar, però cal entendre que és de la titularitat, a diferència del dret de família que parla de titularitat, tinença i convivència. Dit això, és clar que s'ha de poder disposar en testament dels animals de companyia, però també en codicil i memòria testamentària, i tal vegada potser també en pacte successori. En aquests termes seria més oportú un article específic, tal com es va fer amb les voluntats digitals a l'article 411-10, en cas que es vulgui donar molta visibilitat a la matèria. En el projecte es preveu només per a la successió testada a l'article 421-2 sobre "Contingut del testament". Als efectes de comprendre també el codicil i la memòria testamentària es podria fer un article específic com a 421-25 de manera similar al 421-24 per a la persona encarregada d'executar les voluntats digitals, article que es refereix tant a testament, codicils i memòries testamentàries, malgrat estar ubicat a la secció quarta dedicada només als dos darrers. Dit això el precepte es podria simplificar. D'entrada potser seria millor no fer referència a "la persona propietària d'animals" ans a "la (persona) causant [el causant] pot disposar dels animals de companyia en testament, codicil o memòria testamentària, atenent a la seva protecció i benestar". El segon incís potser és sobrer, atès que són els hereus els beneficiaris dels béns dels quals no se n'ha disposat expressament, de manera que són els que s'han de fer càrrec dels animals de companyia o no, d'acord amb la legislació específica. Disposar en una llei de dret de successions que els han de lliurar a un òrgan administratiu o un centre encarregat de la cura d'animals no és consistent amb l'objecte del Llibre quart.

4.2. Es modifica l'article 451-4 del Codi civil de Catalunya, que queda redactat de la manera següent:

> Article 451-4. Llegítima de les persones progenitores
> 1. Si la persona causant no té descendència que l'hagi sobreviscut, són legitimàries les persones progenitores que la sobrevisquin. Aquestes no tenen dret a llegítima si la causant té descendència però ha estat desheretada justament o declarada indigna.
> 2. Cada persona progenitora té dret a la meitat de la llegítima, sense que la pugui incrementar amb la part que correspon o pugui correspondre a l'altra, si aquesta no l'adquireix.

El precepte pretén incidir en la línia de reduir en la seva màxima expressió la llegítima dels progenitors, en un estadi precedent a la supressió, propugnada exclusivament per algun sector del món acadèmic, i que ja ha estat objecte d'altres estadis amb el Llibre quart del CCCat. Sobre la qüestió és molt dubtós que existeixi un consens o demanda social, acreditats amb estudis de camp incorporats com a informes a les memòries i documentació que integra l'expedient d'elaboració del projecte de llei. Aquests estudis no existeixen, i es basen només en preferències personals, però que s'afirma que són generals de la societat, un punt de partida que no és cert. Com tampoc no és cert que hi hagi un consens social per suprimir la llegítima dels fills, ni que aquest fenomen s'hagi produït en legislacions del nostre entorn. Segurament un estudi de camp aprofundit i fet amb garanties, amb una enquesta directa sobre les preferències de la població donaria una opció majoritària pel manteniment de la llegítima, tal com està regulada en la legislació catalana, com a dret de crèdit de quantia reduïda. Especular sobre el que necessita la societat des d'una perspectiva merament acadèmica, no és un bon punt de partida per afrontar

una reforma normativa amb aquest abast tan gran i impacte en el benestar i la vida de les persones.

Pel que fa a la llegítima dels progenitors, cal tenir en compte que té l'àmbit d'aplicació, majoritàriament, en el supòsit de la mort de fills joves amb pares encara que vius, i que han mort intestats sense tenir fills, nets dels pares legitimaris, i l'hereu és el cònjuge o convivent en parella estable. Sovint els pares han fet donacions als fills per a l'inici de la vida independent, en un context com el català d'inexistència de reserves legals, i que altrament no tenen retorn en una situació tan dramàtica de morir abans un fill que els pares. Es pot considerar que en aquests casos tota l'herència ha de ser pel cònjuge o convivent, a diferència de l'equilibri actual entre pares (25%) i cònjuge o convivent (75%). Si així es vol s'hauria d'exposar en el Preàmbul de la norma que es considera una necessitat demandada socialment, que entén que en casos de mort de fills joves, sense descendents, probablement d'accident o malaltia, l'herència ha de correspondre en la totalitat al cònjuge o convivent en parella estable i, en cap cas, reservar una quarta part als progenitors. És a dir, que a diferència de la previsió actual que combina drets de progenitors i cònjuge o convivent, quan hi són, en l'article 442-3.2, en cap cas s'haurien de combinar drets de pares, quan no hi ha fills i se'ls ha de negar aquest dret. Si hi ha una realitat social contrastada que ho demanda, i un consens per excloure els pares de cap dret successori en supòsits com l'esmentat, és raonable el que proposa el projecte, que podria fins i tot arribar a l'exclusió de la llegítima dels progenitors, com sembla que s'anuncia que es vol fer en un futur proper. Ara bé, reduir la llegítima, en perjudici clar, per exemple, de les dones que han decidit afrontar la maternitat sense un altre progenitor, masculí o no, i han format una família monoparental, no sembla en cap cas raonable, i suposa una discriminació difícil de justificar en relació amb els supòsit de la família no monoparental.

A Catalunya la llegítima és un dret cert, clar, precís i que rarament exigeix un litigi per a la seva determinació, amb naturalesa de dret de crèdit, i que evita plets en la seva formulació. Projecta *post mortem* la idea de família i de solidaritat familiar entre generacions, i a la pràctica només té sentit i aplicació en situacions familiars conflictives. Aquestes són bàsicament les disputes entre germans per l'herència dels pares, és a dir, quan un d'ells amb captació de voluntat del pare o la mare vol apartar els altres i es vol quedar tota l'herència, aleshores la llegítima opera com una mínima garantia davant d'aquesta actuació. O bé també en cas de pares divorciats, majoritàriament homes, que volen excloure totalment en l'herència els fills que van optar -o els va fer optar- per quedar-se a viure amb la mare en ocasió del divorci. És a dir, de pares que volen castigar els fills *post mortem* per raó del conflicte que ells van tenir amb la mare. En els altres supòsits, no conflictius, la gran majoria de relacions familiars, la llegítima no presenta cap conflictivitat ni qüestió jurídica a la pràctica. Cal recordar que el dret de successions té un component majoritàriament familiar, si no exclusivament, a reserva del benefici a fundacions o ens públics. Els beneficiaris de les herències solen ser sempre els parents del cercle més proper. Fiscalment així també ve determinat, ja que el tipus a què pot arribar la tributació d'una herència en favor d'estranys o no parents a Catalunya pot arribar a ser d'entre el 48 % i el 64% d'allò rebut en herència, un percentatge clarament prohibitiu que desincentiva qualsevol altra opció que no sigui la de la successió familiar.

El precepte només fa canvis lingüístics en el primer apartat. Cal tenir en compte les consideracions ja fetes al llarg d'aquest escrit. S'afegeix "persones" a "progenitores" i es substitueix "descendents" per "descendència", un substantiu que es refereix al conjunt de descendents d'una persona, sense límit de grau. L'ús d'aquest terme fa perdre precisió al

precepte, atès que la llegítima a Catalunya, en el dret català, és un dret individual de persones concretes, no és un dret col·lectiu com succeeix en altres ordenaments molt diferents del català, singularment al dret civil espanyol o a l'aragonès. En el precepte vigent la quantia de la llegítima individual respon a les mateixes regles que la llegítima dels fills: fan nombre els desheretats i els indignes, de manera que en cas d'existir dos progenitors i un d'ells és desheretat o indigne aleshores la llegítima de l'altre és d'una vuitena part en tot cas. Per contra, si només sobreviu un progenitor té dret a la llegítima en tota la integritat, que és una quarta part. En el text projectat el que es vol dir és que en qualsevol cas la llegítima dels pares, i no d'altres ascendents, és una vuitena part (1/8), amb independència de qualsevol altra consideració, per tant, amb inaplicació de la regla de l'article 451-6. La formulació projectada no és prou precisa des d'un punt de vista tècnic, per diversos motius, atès que comprenen tots els supòsits de frustració de la crida legitimària, es refereix a la llegítima en conjunt, sense distingir, i no detalla la premoriència de la repudiació i els altres supòsits. Per a la comprensió del propòsit del precepte una redacció més senzilla i precisa seria convenient:

> "La llegítima individual de cada progenitor es correspon amb la meitat de la llegítima en la successió", al que es podria afegir, si es vol, ", sense aplicació del previst a l'article 451-6".

4.3. Es modifica l'article 451-6 del Codi civil de Catalunya, que queda redactat de la manera següent:

> Article 451-6. Llegítima individual de la descendència
> Per determinar l'import de les llegítimes individuals de la descendència, fan nombre la persona legitimària que sigui hereva, la que hi ha renunciat, la desheretada justament i la declarada indigna de succeir. No fan nombre la premorta i l'absent, llevat que siguin representades per llur descendència.

Aquest és un precepte cabdal en dret català per a la determinació de la llegítima individual, i que caracteritza el sistema en la tradició jurídica catalana secular, el qual ha estat modificat només en els aspectes lingüístics similars als articles precedents, per a proscriure l'ús del masculí genèric, el que en dificulta clarament la comprensió, en perjudici de la seguretat jurídica. S'ha modificat la rúbrica per referir-se a la descendència, també en el precepte, quan la llegítima és un dret exclusivament dels fills per dret propi, i no d'altres descendents, que eventualment ho poden arribar a ser per dret de representació, però no per dret propi. El canvi, doncs, no és correcte tècnicament, i està motivat pel que es preveu a l'article 451-4 en matèria de llegítima dels progenitors, a banda de per qüestions lingüístiques. Potser seria millor deixar l'article tal com està i redactar el 451-4 de la següent manera, com ja s'ha apuntat:

> "2. La llegítima individual de cada progenitor es correspon amb la meitat de la llegítima en la successió, sense aplicació del previst a l'article 451-6".

4.4. Es modifica l'article 451-11 del Codi civil de Catalunya i s'incorpora un nou apartat 3, que queda redactat de la manera següent:

> Article 451-11. Pagament de la llegítima
> 1. La persona hereva o les persones facultades per a fer la partició, distribuir-la o pagar llegítimes poden optar pel pagament, tant de la llegítima com del suplement, en diners,

> encara que no n'hi hagi a l'herència, o pel pagament en béns del cabal relicte, sempre que, per disposició de la persona causant, no correspongui a les legitimàries de percebre'ls per mitjà d'institució d'hereva o hereu, llegat o assignació d'un bé específic, atribució particular o donació. També es pot optar per fer el pagament de la llegítima conjuntament amb béns i amb diners, sempre que la persona facultada per a fer-ho ho comuniqui a la legitimària.
> 2. En cas d'optar pel pagament de la llegítima o, si escau, el suplement en béns, la persona hereva o la persona facultada per a pagar ha de complir els requisits que estableix l'article 451-7.2.
> 3. Si la causant ha instituït com a única persona hereva l'altre progenitor o progenitora de la legitimària i el pagament de la llegítima impedeix la persona hereva satisfer les seves necessitats, determinades d'acord amb l'article 452-1.2, aquesta pot ajornar el pagament durant la seva vida, tret que la causant hagi disposat el contrari. L'ajornament no s'estén a les atribucions fetes per la causant que siguin imputables a la llegítima.

El precepte pretén modificar la regla secular del pagament de la llegítima en béns o en diners, vigent a Catalunya des de fa més de quatre segles, en concret des de les Corts de Montsó de l'any 1585. La finalitat d'aquesta opció ha anat canviant en el temps, pensada en un principi per a la preservació de les cases principals, i de la casa de l'hereu, en benefici d'aquest, en l'actualitat constitueix una garantia per al legitimari per evitar que l'hereu pagui la llegítima amb els pitjors béns de l'herència i complementi el pagament en diners, reservant-se ell els millors béns. De manera que si no hi ha béns suficients per a pagar-la en béns que ell no vulgui, l'hereu no podrà optar per pagar-la amb els pitjors béns complementada amb diners, i l'haurà de pagar íntegrament en diners en garantia del dret del legitimari. La jurisprudència és plena de supòsits com el present, que arriben al supòsit excèntric i conegut d'un hereu que pretenia pagar la llegítima al legitimari amb un nínxol. No s'entén que es vulgui modificar una regla amb diversos segles de vigència, sense cap estudi aprofundit del motiu del canvi, més que en alguna evidència anecdòtica i adoptar una perspectiva de preferència per l'hereu, que és el poderós o afavorit en l'herència dels pares, habitualment, en relació amb el legitimari, que sol ser un altre germà. Habitualment es pot tractar, de nou, de supòsits de cònjuges en segones o posteriors núpcies o de germans enfrontats, en què un d'ells ha aconseguit captar la voluntat dels progenitors.

En el dret vigent el legitimari pot acceptar sense problemes que la llegítima li sigui pagada en béns i en diners, però l'hereu no li ho pot imposar, d'acord amb l'incís segon de l'article 451-11.2 que ara se suprimeix. Es vol incorporar una facultat d'opció de l'hereu, a conveniència seva, que la pot imposar al legitimari, amb un nou incís a l'apartat 1, però cal que ho comuniqui al legitimari. Aquest requisit de comunicació no sembla que tingui cap funció a la pràctica, més que fer-ho saber al legitimari, en la mesura que s'ha d'entendre que no exigeix cap conformitat d'aquest, ni la possibilitat d'oposició ni se li confereix cap mecanisme d'autotutela. La comunicació es produeix quan l'hereu fa l'oferiment de pagament de la llegítima al legitimari. No s'indica per a què serveix aquesta comunicació.

El precepte manté el requisit de respectar el previst a l'article 451-7.2, és a dir, el pagament en béns que siguin de propietat exclusiva, plena i lliure, com a garantia també pel legitimari. En aquests termes, l'hereu podrà pagar la llegítima amb béns que no vulgui, però sempre complint amb aquests requisits, i complementar-los amb diners. L'article 451-12 garanteix la posició del legitimari amb el recurs en equitat per la qualitat dels béns. De manera que si els béns de l'herència no compleixen amb aquests requisits l'hereu haurà de pagar-la obligatòriament en

diners. Ara bé, la remissió a l'article 451-7.2 planteja la qüestió de si no hi ha béns d'aquesta naturalesa en l'herència, ja que la lletra a) del precepte l'excepciona. En el dret vigent és clar que la defensa del legitimari passa per reclamar la llegítima en diners si l'hereu la pretén pagar amb béns que no tenen aquesta condició i amb diners. Amb la formulació que es proposa la qüestió és molt dubtosa, i no s'aclareix, i caldria concloure que l'hereu no pot pagar la llegítima amb béns hipotecats, amb nues propietats o usdefruits, o bé amb quotes indivises i, a més, amb diners. Això no hauria de ser possible, i del precepte no es desprèn així amb rigor. És clar que el precepte projectat es refereix exclusivament a un llegat simple de llegítima o, fins i tot, a supòsits de preterició intencional de legitimaris. En aquests casos s'hauria de poder aplicar igualment la regla de l'article 451-7.3 sense cap mena de reserva, és a dir, si l'hereu vol pagar la llegítima amb béns que no són de propietat exclusiva, plena i lliure el legitimari té dret a exigir que li sigui pagada en diners. La qüestió és d'alta importància en la pràctica, i el precepte modifica la regla vigent d'una manera que en pot distorsionar l'aplicació generant conflictivitat i reduint clarament el benestar dels ciutadans en forma de l'increment de litigis, per una qüestió que hauria de ser menor i que, en el projecte, té un biaix favorable als hereus, com a més afavorits, i desfavorable envers els legitimaris.

Cal tenir en compte, a més, que la regla del pagament en béns o en diners no és exclusiva de la llegítima en dret català. L'article 452-4.2 també la preveu en seu de quarta vidual. Igualment ho fa l'article 442-5.5 en relació amb la commutació de l'usdefruit vidual abintestat de cònjuge vidu o convivent supervivent, i l'article 427-36.1 pel que fa al pagament del llegat de part alíquota. Altrament, l'article 426-49.2 també fa referència a l'opció entre béns o diners per al pagament de la quarta trebel·liànica, en favor del fiduciari, per part dels fideïcomissaris. No queda clar si la mateixa regla s'estén a tots aquests supòsits i si s'ha contemplat la vigència en aquestes diferents institucions del dret civil de Catalunya.

S'introdueix un nou apartat tercer que planteja qüestions pràctiques importants. El supòsit de fet està previst actualment a l'article 451-27.2 pel que fa a la prescripció, és a dir, que l'hereu obligat a pagar la llegítima sigui el pare o la mare del legitimari i aquest no la reclami durant la vida seva per evitar comprometre'n el patrimoni. També aquest supòsit està contemplat a l'article 451-14.2, pel que fa als interessos, quan el legitimari conviu amb l'hereu i a càrrec seu, amb la tradicional regla d'aliments a canvi d'interessos. La proposta vol deixar encara més clara la situació que es pot donar del pare o la mare vidus hereus un de l'altre, que han de fer front a la reclamació de la llegítima per part d'un fill, que pot no ser comú. Pot passar que l'única manera d'adjudicar la llegítima sigui amb un indivís o quota sobre l'habitatge familiar en no haver-hi diners suficients per satisfer-la, o bé si el pagament amb aquests diners compromet la viabilitat de la subsistència del cònjuge vidu o convivent supervivent hereu. El propòsit és raonable, àdhuc lloable, i es pot acomplir amb diverses institucions. De tota manera, està pensat per algun supòsit molt concret, de nou per evidència anecdòtica, i no té en compte la multiplicitat de supòsits que es poden donar a la pràctica.

El projecte preveu la suspensió o ajornament de la reclamació de la llegítima, i planteja diverses qüestions. Amb caràcter tècnic, la principal és la remissió a l'article 452-1.2. És clar que si hi ha llegítima és perquè hi ha patrimoni per computar-la, d'acord amb l'article 451-5, en un altre cas la llegítima és insignificant o no n'hi ha. Qüestió diferent és que el cònjuge vidu hereu o convivent supervivent tingui patrimoni líquid per satisfer-la, sense descapitalitzar-se en la vellesa o afectant l'habitatge habitual. En aquests termes, la remissió a l'article 452-1.2 no sembla tècnicament adequada, ja que aquest precepte parteix de la idea de patrimoni, no de béns

líquids, de diners o de rendiments. L'apartat 2 de l'article 452-1 no s'entén sense el primer apartat, que parteix de la inexistència de recursos suficients per a satisfer les necessitats per part del cònjuge vidu o convivent supervivent, supòsit diferent del que es comenta. En tot cas, l'ajornament hauria d'anar associat a la prestació d'alguna garantia en favor del legitimari, que hauria de poder inscriure el seu dret al Registre de la Propietat d'alguna manera, o hauria de rebre un altre tipus de garantia, en cas d'inexistència de béns immobles. La situació pot generar molta complexitat i litigiositat a la pràctica futura, per les dificultats tècniques d'aplicació que no es precisen i s'han omès, a resultes de la voluntat d'establir una regla jurídica aplicable a la generalitat dels ciutadans i de supòsits pràctics, com a conseqüència d'una evidència anecdòtica benintencionada però mancada d'un estudi sobre el seu impacte. I això pot succeir especialment en cas de fills no comuns o de risc de captació de voluntat del progenitor supervivent, i portar a resultats injustos i ineficients, amb pèrdua de benestar, que ara no es percep com un problema social. Si un fill reclama la llegítima al pare o la mare pot ser perfectament pel risc de captació de la voluntat per part d'un germà en relació amb l'herència del progenitor supervivent. La proposta, a reserva d'una formulació tècnica més acabada i precisa, s'hauria de suprimir.

4.5. Es modifica l'article 451-17 del Codi civil de Catalunya, que queda redactat de la manera següent:

> Article 451-17. Causes de desheretament
> 1. La persona causant pot privar les persones legitimàries de llur dret de llegítima si en la successió concorre alguna causa de desheretament.
> 2. Són causes de desheretament:
> a) Les causes d'indignitat que estableix l'article 412-3.
> b) La denegació d'aliments a la persona testadora o al seu cònjuge o convivent en parella estable, o a l'ascendència o descendència de qui testa, en els casos en què hi ha l'obligació legal de prestar-los-en.
> c) El maltractament greu, que inclou el de caràcter psicològic, a qui testa, al seu o a la seva cònjuge o convivent en unió estable de parella, o a l'ascendència o descendència de qui testa.
> d) La suspensió o la privació de la potestat que corresponia a la persona progenitora legitimària sobre el fill o filla causant o de la que corresponia al fill o filla legitimària sobre un net o neta del o de la causant, en ambdós casos per causa imputable a la persona suspesa o privada de la potestat.
> e) L'absència manifesta i continuada de relació familiar entre la persona causant i la persona legitimària, si és per una causa exclusivament imputable a la legitimària.

S'introdueixen canvis lingüístics en el sentit del projecte, que en dificulten la lectura i la comprensió de manera rellevant. Així, en l'inici del precepte, es diu "La persona causant pot privar les persones legitimàries de llur dret de llegítima". En dret quan hom fa referència a la persona té una significació central i molt rellevant, en un altre cas es fa referència al subjecte concret considerat, sense cap altre additament. La referència a la persona en les normes jurídiques ha de quedar reservada pròpiament a les disposicions sobre el dret de la persona o a la regulació dels drets humans o fonamentals, tal com es va establir de manera paradigmàtica a l'article 1 i següents de la Constitució de la República Federal d'Alemanya del 1949, coneguda com la Llei fonamental de Bonn. La redacció actual del precepte que es vol modificar és "El causant pot privar els legitimaris de llur dret de llegítima". En la nova formulació la comprensió del text queda complicada per l'ús reiteratiu i abusiu de "persona" per evitar el masculí genèric,

i que s'usa per a tots dos tipus de subjectes, causant i legitimari, desdibuixant el seu antagonisme i traient precisió i complicant la lectura del precepte. Aquesta és una modificació molt rellevant del llenguatge de les lleis en llengua catalana que hauria de ser sotmesa a un estudi molt més detingut i aprofundit per part de l'autoritat lingüística de l'Institut d'Estudis Catalans. Addicionalment, caldria contrastar si aquest criteri, pel que fa al llenguatge de les normes, és també estàndard en contextos comparats.

Pel que fa a la causa de desheretament del maltractament greu de la lletra c), s'introdueix el maltractament de caràcter psicològic, que cal entendre com a una precisió del que a la pràctica ja s'ha reconegut pels tribunals, sempre que sigui greu, especialment rellevant per qüestions de dret transitori. Hi ha més canvis lingüístics. En primer lloc, en aquesta lletra c) es modifica el dret vigent i es fa referència a la "unió estable de parella", quan ha de ser "convivent en parella estable", tal com diu ara el precepte i es recull als articles 234-1 i següents, i no d'acord amb la terminologia de la Llei 10/1998, de 15 de juliol, d'unions estables de parella, ja derogada. S'introdueix el gir "qui testa" per no dir "la persona testadora" o simplement "la testadora" o més pròpiament "el testador". No sembla preferible aquesta expressió per proscriure o evitar el masculí genèric o una forma doble o fins i tot l'afegit de persona. Es tracta d'un text legal, que ha de ser precís, clar i ha de donar seguretat jurídica i que ha d'identificar el subjecte. Cal que la llei es refereixi a subjectes de dret. La redacció es pot simplificar si s'opta per la testadora en tots els casos i la legitimària, comprensible en el context de la norma sense obstacles. Cal recordar l'objectiu de la claredat i precisió de les lleis, d'acord amb el principi de seguretat jurídica, que la redacció proposada posa en qüestió. Clarament a la lletra e) es pot suprimir "persona" per legitimària, com el mateix es pot fer en d'altres apartats del precepte, el femení singular pot operar en tots els casos, singularment quan tot just s'ha fet servir el mot persona per un altre subjecte aquest ús es pot entendre implícit en els següents. La claredat i simplicitat de la norma és especialment necessària en un precepte d'alta complexitat i efectes determinants a la pràctica com el present.

4.6. Es modifica l'article 451-20 del Codi civil de Catalunya, que queda redactat de la manera següent:

> Article 451-20. Impugnació del desheretament
> 1. Si la persona legitimària desheretada impugna el desheretament al·legant la inexistència de la causa, correspon a l'hereu o hereva provar que existia. Excepcionalment, la prova de la inexistència de la causa de l'apartat 2.e) de l'article 451-17 correspon a la legitimària.
> 2. Si la persona legitimària desheretada al·lega reconciliació o perdó, la prova de la reconciliació o del perdó correspon a la desheretada.
> 3. L'acció d'impugnació del desheretament caduca al cap de quatre anys de la mort de qui testa.

La jurisprudència posa de relleu que en els casos d'invocació de la causa de desheretament de la lletra e) de l'article 451-17.2 es tracta en la pràctica totalitat de testaments notarials fets per pares homes, els quals es van divorciar de la mare, i aquest fet va provocar un distanciament amb els fills o algun dels fills que ha esdevingut irreversible. És a dir, majoritàriament, la invocació d'aquesta causa de desheretament té com a base aquest supòsit de fet. De manera que es recorre a aquesta causa de desheretament i es priva els fills de la llegítima, en la majoria de casos, pels homes que han perdut el contacte amb els fills per raó del divorci amb la mare, amb un clar biaix

de gènere que la llei no hauria de menystenir. En aquest punt, la jurisprudència entén majoritàriament que no es pot fer imputable en exclusiva als fills d'aquesta manca de relació familiar, probablement tot el contrari, i menys encara els nets.

Atès que s'ha constatat que en una gran majoria de casos aquesta causa de desheretament fracassa perquè es prova durant el plet el seu origen, en el pare home que va divorciar-se de la mare dona, es proposa invertir la càrrega de la prova que preveu l'article 451-20.1 en matèria de causes de desheretament, que correspon a l'hereu, per afavorir encara més els homes que volen desheretar els fills del divorci. És dubtós que vista l'experiència jurisprudencial recent això suposi un canvi que a la pràctica afavoreixi la llibertat de testar dels homes pares divorciats en relació amb els fills que van deixar de veure quan eren menors d'edat, és a dir, quan aquests estaven en la seva potestat parental i no podien prendre decisions per ells mateixos ni satisfer patrimonialment les seves necessitats, el que corresponia als pares homes, els quals probablement tampoc no es van fer càrrec dels aliments que els hauria correspost percebre per efecte del divorci.

Caldria valorar l'oportunitat de la decisió en un doble sentit. D'una banda si tindrà algun efecte a la pràctica, vista l'experiència jurisprudencial, o si només servirà per incrementar els litigis i el patiment i sensació d'indignitat dels fills que van perdre la relació amb el pare de petits per raó del divorci. D'una altra, si aquest supòsit justifica una excepció a la regla general de la càrrega de la prova en les causes de desheretament, que incumbeix l'hereu. És a dir, tant causa de desheretament i fets que es poden considerar reprovables envers el causant ho són els de la lletra e) com els de la resta de lletres, especialment el cas de maltractament psicològic de la lletra c). Cal valorar si es vol carregar els fills, que van perdre el contacte amb el pare, i tot el que en el sentit de benestar això va suposar quan eren petits, en ocasió del divorci amb la mare, amb la prova que el fet que no s'hagin vist més no és exclusivament imputable a ells. Caldria valorar el consens social que hi pugui haver sobre aquesta qüestió -tenir evidència empírica amb estudis de camp i no anecdòtica d'experiències personals- a l'hora de prendre una decisió d'un abast tan important com el que es proposa implementar i que afectaria els fills de pares divorciats en una gran majoria de casos, mentre que no ho faria a la resta de fills desheretats per altres motius iguals o més rellevants. Es tracta d'una decisió amb un component ideològic, que no té en compte la perspectiva de gènere, i de preferència per tipus de subjectes que suposa una discriminació important pel més feble, difícil de justificar. En la meva opinió la proposta no s'hauria d'implementar i caldria mantenir la regla vigent en matèria de càrrega de la prova.

En el tercer apartat caldria substituir "qui testa" per "la testadora" o "la causant".

4.7. Es modifica l'article 451-27 del Codi civil de Catalunya, que queda redactat de la manera següent:

> Article 451-27. Prescripció
> 1. La pretensió per a exigir la llegítima i el suplement prescriu al cap de quatre anys de la mort del o de la causant.
> 2. La prescripció de les pretensions de reclamació de llegítima o de suplement contra un progenitor de la persona legitimària resta suspesa durant la vida de la primera, sens perjudici del termini de preclusió que estableix l'article 121-24. També resta suspesa, en cas de designació d'hereva o hereu pels parents d'acord amb l'article 424-5, fins que no es produeixi l'elecció.

El precepte pretén modificar el termini de prescripció per a la reclamació de la llegítima, passant de 10 a 4 anys. En la sistemàtica del Codi civil de Catalunya hi ha tres terminis de prescripció de referència, el llarg de 10 anys, el breu de 3 anys i el molt breu d'1 any. El procés de codificació va portar a unificar els terminis de prescripció amb referència a aquests tres terminis, d'acord amb el sentit de la codificació del dret civil de Catalunya. Tots els terminis de prescripció haurien de poder afaiçonar-se segons aquest model. Aquest model partia de la reducció del termini general de 30 anys de l'article 344 de la Compilació en 10 anys, que contrastava amb el de 15 anys de l'article 1964 del CC espanyol. La reducció d'aquest termini general de prescripció de 15 anys al de 5 anys en el CC espanyol l'any 2015, i igualment en el dret civil navarrès el 2019, planteja qüestions de gran abast per al manteniment del model català de prescripció a la pràctica, per la interferència d'aquest termini general espanyol de 5 anys, molt més breu, com posa de relleu la reforma que es proposa. Al seu torn, no existeix un termini general de caducitat en dret català, però el Llibre quart va adoptar a la pràctica el termini de 4 anys per a les accions sotmeses a caducitat que s'hi regulen en el dret successori. En canvi, per a les pretensions sotmeses a prescripció regeixen els terminis de 10 i 3 anys en el Llibre quart, clarament en matèria de llegítima i de quarta vidual. El mateix succeeix al Llibre segon per a determinades pretensions, com ara la de reclamar la compensació per raó de treball en cas de mort en el règim de separació de béns que és de tres anys a l'article 232-11.2. En canvi, les pretensions per raó de l'extinció d'una parella estable previstes a l'article 234-13 prescriuen en el termini d'un any.

Amb el propòsit d'escurçar o reduir el termini de prescripció per a la reclamació de la llegítima es modifica el termini de 10 anys pel de 4 anys. Cal tenir en compte tot l'anterior. Certament que aleshores el termini de 4 anys es convertiria en el termini de referència català en dret de successions, unificant els de prescripció i els de caducitat, alterant la sistemàtica inicial del procés codificador català. En matèria de llegítima coincidiria el termini per a la pretensió dirigida a exigir-ne la reclamació amb el de l'acció d'inoficiositat i d'impugnació del desheretament. En aquests casos es podria convenir que tots els supòsits del termini de quatre anys es podrien suspendre i no es podrien apreciar d'ofici, d'acord amb l'article 122-3, el que a la pràctica fa que tinguin un règim jurídic similar, tant si són de caducitat com de prescripció, amb la diferència només del legitimat passiu en la inoficiositat.

La reforma, doncs, té un gran abast, i caldria reconsiderar tot el dret de la prescripció i la caducitat en el dret civil de Catalunya, i si no tindria sentit reduir el termini general de prescripció de 10 anys vigent en l'actualitat, com també eventualment el de preclusió de 30 anys.

4.8. Es modifica l'article 452-6 del Codi civil de Catalunya, que queda redactat de la manera següent:

> Article 452-6. Extinció de la quarta vidual
> 1. El dret a reclamar la quarta vidual s'extingeix:
> a) Per renúncia feta després de la mort del causant.
> b) Per matrimoni o convivència marital amb una altra persona, després de la mort del causant i abans d'haver-lo exercit.
> c) Per la mort de la persona cònjuge vídua o la persona convivent en parella estable supervivent sense haver-lo exercit.

d) Per suspensió o privació de la potestat de la persona cònjuge vídua o la persona convivent en parella estable supervivent, per causa que li sigui imputable, sobre les filles o fills comuns amb el causant.
e) Per haver estat condemnat per una sentència ferma per actes de violència familiar o masclista o per haver maltractat greument el causant, de manera física, psicològica o sexual.
2. La pretensió per a reclamar la quarta vidual prescriu al cap de quatre anys de la mort del causant.

La decisió de l'article anterior obliga a incrementar el termini de prescripció de la reclamació de la quarta vidual de 3 a 4 anys, i generar una important discordança amb el termini per a reclamar la compensació econòmica per raó de treball, que es preferent a la quarta vidual, i es pot plantejar els efectes de la prescripció d'aquesta pretensió en els drets del cònjuge vidu. Cal valorar que l'article 452-1.1 es refereix als béns que al vidu o convivent "li pugui correspondre per raó de liquidació del règim econòmic matrimonial", els quals serien hipotètics si ha deixat prescriure la pretensió a la reclamació, d'acord amb l'article, 232-11.2 però en canvi reclama la quarta vidual passat el termini de prescripció de la pretensió a la compensació econòmica per raó de treball.

S'introdueix, a més, una nova lletra e) que fins ara no entrava en la sistemàtica de les causes d'extinció de la quarta vidual, no referides a cap conducta del vidu o convivent relativa al causant en vida, i en relació amb les quals planteja una important discordança. La regulació vigent parteix de la idea que el causant pot trencar la relació amb el cònjuge o convivent voluntàriament, cas en el qual no neix el dret a la quarta vidual (452-2), el qual s'exclou, supòsit distint al de l'extinció. Alhora, si operen les causes d'indignitat generals per succeir, el vidu o convivent és indigne en la successió i no té cap dret, que no es pot extingir perquè ja no neix. Ara s'afegeix una modulació específica de les causes d'indignitat com a causa d'extinció de la quarta vidual, i no com a exclusió del dret, tal com succeeix fins ara. Sistemàticament la proposta no encaixa amb la de la codificació portada a terme de la institució en la tradició jurídica catalana i en trenca l'arquitectura interna. Cal entendre que el requisit de la sentència ferma s'aplica a tots els supòsits de fet, inclòs el maltractament greu, de manera física, psicològica o sexual, i aquesta enunciació s'haurà de referir a algun dels tipus penals previstos pel Codi Penal. Caldria valorar si aquest supòsit no està previst ja en les lletres a) i b) de l'article 412-3 en matèria de causes d'indignitat i, per tant, suprimir-lo, a banda de valorar que pugna amb la distinció entre exclusió i extinció del dret a la quarta vidual (articles 452-2 i 452-6). En la meva opinió, aquesta innovació s'ha de suprimir per ser supèrflua o innecessària i contradictòria i tècnicament no ajustada a la sistemàtica del Codi civil en matèria de quarta vidual.

4.9. Es modifica l'article 461-15 del Codi civil de Catalunya i s'incorpora un nou apartat 7, que queda redactat de la manera següent:

Article 461-15. Presa d'inventari
1. L'inventari s'ha de prendre en el termini de sis mesos a comptar del moment en què l'hereva o l'hereu coneix o pot conèixer raonablement la delació.
2. L'inventari de l'herència s'ha de formalitzar davant notari o notària. Es pot aprofitar l'inventari pres per a detreure les quartes del fideïcomís o de l'herència gravada amb llegats. Tanmateix, l'inventari formalitzat per l'hereu o l'hereva en document privat que es presenti a l'administració pública competent per a la liquidació dels impostos relatius a la successió també produeix els efectes legals del benefici d'inventari.

> 3. En l'inventari s'han de ressenyar els béns relictes, sense que calgui valorar-los, i els deutes i les càrregues hereditaris, amb indicació de llur import.
> 4. L'inventari no es considera pres en forma si, a sabuda de l'hereva o l'hereu, no hi figuren tots els béns i deutes, ni si ha estat confeccionat en frau de la persona creditora.
> 5. Tret de prova en contrari, l'inventari es presumeix fet en forma, encara que no s'incloguin fiances o altres garanties personals o reals per deutes aliens, mentre la persona creditora no hagi requerit fefaentment de pagament.
> 6. Per a prendre l'inventari, no cal citar cap persona, però hi pot intervenir la persona creditora del o de la causant i altres interessades en l'herència.
> 7. Si la persona hereva manifesta la voluntat d'acceptar l'herència a benefici d'inventari abans de prendre'l, les persones legatàries i les fideïcomissàries no poden iniciar cap acció contra l'herència fins que s'hagi formalitzat l'inventari o hagi transcorregut el termini legal per a fer-ho.

La reforma pretén tractar la qüestió de les garanties personals prestades pel causant en relació amb la responsabilitat de l'hereu, atès que la fiança prestada pel causant no s'extingeix per la mort d'aquest com a fiador i els hereus succeeixen en la seva posició. Aquesta és una qüestió coneguda i ja era en l'origen de la modificació del Llibre quart del 2008, de la normativa del Codi de Successions, sobre la responsabilitat de l'hereu i l'acceptació a benefici d'inventari, que l'aplica a tot hereu que ha pres inventari en temps i forma. En aquest cas hi ha la qüestió de la transmissió de les garanties personals a l'hereu, que va ser especialment tinguda en compte en l'elaboració del Llibre quart. Aquestes garanties clarament estan incloses en l'àmbit d'aplicació de la regla de la limitació de responsabilitat de l'hereu que gaudeix del benefici d'inventari en el dret vigent, i el nou precepte no aportaria res al règim jurídic vigent més que una clarificació. Tanmateix es considera que és necessari dir-ho expressament i d'aquí s'introdueix un nou apartat 5. Com es diu, no és necessari, la responsabilitat limitada de l'hereu ho és pels deutes del causant que no s'extingeixen a la seva mort, amb els béns de l'herència. La qüestió no és tan de correcció de l'inventari com de responsabilitat de l'hereu beneficiari.

En l'actual formulació de l'apartat 4 es recull el supòsit de fet del nou apartat 5. L'hereu ignora aquestes garanties i per això no les inclou en l'inventari, de manera que no altera la consideració de l'inventari pres en forma. Una formulació més coherent amb la sistemàtica del precepte passaria per incloure-hi les fiances o altres garanties personals o reals per deutes aliens del causant, en els següents termes:

> "4. L'inventari no es considera pres en forma si, a sabuda de l'hereva o l'hereu, no hi figuren tots els béns i deutes, les fiances o altres garanties personals o reals per deutes aliens del causant, ni si ha estat confeccionat en frau de la persona creditora."

Alternativament, si es vol singularitzar la qüestió de les garanties personals, es podria simplificar i millorar la redacció del nou apartat 5 de la següent manera:

> "5. L'inventari es presumeix pres en forma encara que no s'incloguin fiances o altres garanties personals o reals per deutes aliens si aquestes no són conegudes per l'hereu."

L'incís inicial "tret de prova en contrari" és pertorbador, introdueix una sospita que no hi és a la regla general de l'apartat precedent, com si la qüestió fos discutible, o que s'establís una presumpció legal de frau en una qüestió molt dubtosa i que es pogués destruir habitualment.

Aquesta previsió altera les regles de prova aplicables, ja que tota al·legació d'una actuació admet prova en contrari. Al seu torn la referència al requeriment fefaent de pagament tampoc no es considera necessari. Aquest requeriment es produeix quan el creditor vol cobrar el deute, qüestió que no té relació amb el procés successori. L'apartat anterior condiciona que l'inventari s'hagi pres en forma al coneixement de l'hereu ("a sabuda"), de manera que no és necessari aquest detall, l'hereu pot conèixer l'existència de les garanties per altres circumstàncies, no necessàriament només pel requeriment del creditor. Sorprèn la inclusió de les garanties reals, que tenen la seva dinàmica al marge del sistema successori, es deu estar pensant en un cas molt concret que no sigui cognoscible pels hereus d'acord amb els sistemes de publicitat dels drets reals. Tal vegada s'hauria de suprimir l'esment a les garanties reals i fer referència només a les garanties personals que són les que poden plantejar dificultats. Una garantia real que no és objecte de publicitat i és ignorada per l'hereu planteja problemes pràctics que desborden l'abast del precepte i de la responsabilitat de l'hereu pels deutes del causant. Igualment l'apartat 5 projectat es refereix a "fer inventari", quan la resta de l'article ho fa a "prendre inventari", caldria corregir-ho.

El Preàmbul fa referència a la modificació com una innovació. En una opinió experta o dictamen que s'emetés sobre el dret vigent a Catalunya del Llibre quart en matèria de responsabilitat de l'hereu que gaudeix del benefici d'inventari clarament s'hauria d'afirmar que inclou les garanties personals -fiances o avals- prestats pel causant. No s'aprecien casos en la jurisprudència que ho posin en qüestió. De manera que el Preàmbul, per evitar efectes greument perjudicials per als ciutadans sobre les herències ja obertes, hauria d'especificar que es tracta d'un aclariment del dret vigent i reforçament del que ja regeix, per a garantia i protecció dels hereus que han pres inventari en temps i forma. La qüestió pot arribar a ser molt rellevant si es considera el contrari i permetria reclamacions que altrament no s'han produït.

El precepte projectat introdueix també canvis lingüístics en la línia de tot el text. Hi ha, però, canvis que cal modificar. El terme "creditors" en plural, prou comú i conegut en dret privat, es converteix en "la persona creditora" en singular, que no és equivalent, atès que es refereix a un subjecte determinat i no a un conjunt indeterminat que són els possibles creditors del causant, coneguts o no coneguts. L'expressió "frau de la persona creditora" no és estàndard en dret privat i desdibuixa el sentit de l'expressió d'ús habitual de "frau de creditors", no sembla raonable el canvi, i tampoc "frau de les persones creditores", tal vegada ho seria "frau de les creditores". Així en l'apartat 6 cal posar en plural "les persones creditores" i canviar igualment el verb en singular.

4.10. Es modifica l'article 461-16 del Codi civil de Catalunya, que queda redactat de la manera següent:

> Article 461-16. Benefici legal d'inventari
> 1. Gaudeixen de ple dret del benefici d'inventari, encara que no l'hagin pres, les persones hereves menors d'edat, tant si estan emancipades com si no ho estan, les persones posades en tutela o curatela, les hereves de confiança, les persones jurídiques de dret públic, i les fundacions i associacions declarades d'utilitat pública o d'interès social. També en gaudeixen les herències destinades a finalitats d'interès general.
> 2. El benefici legal d'inventari a favor de les persones físiques esmentades a l'apartat 1 es manté sigui quin sigui el moment en què acceptin l'herència.

El precepte pretén aclarir el supòsit pràctic de si un menor d'edat quan rep la delació accepta l'herència un cop ja és major d'edat, continua gaudint del benefici legal d'inventari malgrat aquesta circumstància. Entenc que la qüestió no és en absolut dubtosa en el dret vigent del CCCat, que es refereix al moment de l'obertura de la successió i de la delació a l'hereu cridat, no de quan accepta l'herència. Pel mateix motiu, l'hereu que ha acceptat essent menor d'edat no perd el benefici un cop assolida la majoria d'edat, encara que tot just passin uns dies. De nou, el canvi podria plantejar el dubte de si aquest era el dret ja vigent o no abans de la reforma, el que pot tenir efectes perjudicials per als hereus menors d'edat que van acceptar l'herència abans de l'entrada en vigor de la reforma. El Preàmbul hauria d'explicitar que es tracta d'una precisió o aclariment del dret vigent per seguretat jurídica.

4.11. Es modifica l'article 461-18 del Codi civil de Catalunya, que queda redactat de la manera següent:

> Article 461-18. Efectes de l'acceptació pura i simple
> 1. Per l'acceptació de l'herència pura i simple, la persona hereva respon de les obligacions del o de la causant i de les càrregues hereditàries, amb els béns relictes i si són insuficients amb els béns propis.
> 2. En tot cas, la persona hereva respon dels deutes derivats de fiances, avals o altres garanties personals que desconegui a l'acceptar l'herència, exclusivament amb els béns hereditaris que subsisteixin en el moment en què en tingui coneixement.

El precepte planteja una transformació de gran abast del règim jurídic de la responsabilitat de l'hereu en el dret civil de Catalunya. En l'actualitat hi ha dos règims -de manera similar a la resta d'ordenaments en dret comparat- el de l'hereu que ha acceptat de manera pura i simple i el de l'hereu que gaudeix del benefici d'inventari. En el primer cas es considera per la tradició civilista que hi ha una confusió de patrimonis, i els creditors poden pretendre cobrar els seus crèdits tant amb els béns heretats com amb els béns que ja eren de l'hereu. En canvi, en el segon supòsit els creditors només poden pretendre cobrar els seus crèdits amb els béns de l'herència, i no es produeix la confusió patrimonial fins que els primers queden pagats. Hi hauria una tercera opció, que no es contempla, que seria restringir la responsabilitat de l'hereu al valor de l'enriquiment que li ha produït l'herència, sense fer qüestió dels béns concrets amb què ha respondre dels deutes del causant, el que obligaria a valorar de manera precisa els béns, el que a la pràctica ja es fa. El projecte, però, introdueix un quart model, com a creació d'aquesta iniciativa legislativa, sense cap tradició, amb el darrer incís de l'apartat primer, i que modifica fortament el règim vigent de la responsabilitat de l'hereu en la tradició jurídica catalana i en dret comparat, per establir una mena de "benefici d'excussió" en favor de l'hereu que no ha acceptat l'herència a benefici d'inventari. Aquest hereu és el que no ha pres inventari dins els sis mesos posteriors a l'obertura de la successió, o del moment en què té coneixement de la delació, o bé que no ha pres inventari en temps i forma. També ho és l'hereu que perd el benefici d'inventari d'acord amb l'article 461-21. Per tant, es tracta d'un hereu -el que ara vol beneficiar el projecte- que no és mereixedor de gaudir del benefici d'inventari, i sí que ho són la gran majoria a Catalunya, els quals actuen correctament d'acord amb el que preveu la llei, i compleixen les obligacions tributàries puntualment.

En el dret vigent, l'hereu que no gaudeix del benefici d'inventari ha de fer front als deutes del causant, un cop acceptada l'herència, com a deutes propis, amb tot el seu patrimoni. El precepte vol modificar aquest règim secular de confusió patrimonial i estableix una càrrega als creditors

d'adreçar-se en primer lloc als bens de l'herència, i només quan es demostri que aquests són insuficients, aleshores poden pretendre satisfer els seus crèdits amb els béns que eren de l'hereu amb anterioritat a l'acceptació de l'herència. Es tracta d'una proposta singular d'efectes pràctics incerts i que no casa amb el dret vigent que afirma la confusió patrimonial. Introdueix un tertium genus entre la tradicional acceptació pura i simple i l'acceptació a benefici d'inventari, de conseqüències en absolut previstes en la pràctica del dret patrimonial, i en relació amb la protecció o tutela del crèdit en dret privat. Tampoc no hi ha cap indicació de com s'ha de substanciar processalment aquesta reclamació restringida preliminarment als béns de l'herència, envers un hereu que no gaudeix del benefici d'inventari. Per tant, s'hauria de suprimir aquesta innovació per manca de fonament i mantenir la redacció actual de l'article 461-18.1. Els creditors del causant i els de l'hereu gaudeixen del benefici de separació de patrimonis si el consideren necessari, d'acord amb l'article 461-23, i no és necessari que la llei imposi aquesta separació patrimonial ex lege sense desenvolupar aquest règim amb la densitat normativa necessària, el que contrasta amb la institució ja existent de la separació de patrimonis, i que només perjudica els creditors i beneficia un hereu que no mereix el benefici d'inventari.

El precepte introdueix, a més, i de manera molt rellevant, un supòsit singular de responsabilitat limitada de l'hereu que ha acceptat l'herència de manera pura i simple, és a dir, que no ha fet inventari en temps i forma, que ha ocultat o sostret béns de l'herència (article 461-8) o que ha incorregut en la sanció prevista a l'article 461-21.5. En aquest cas es disposa que la responsabilitat de l'hereu pels "deutes derivats de fiances, avals o altres garanties personals que desconegui a l'acceptar l'herència" només ho és amb els béns de l'herència que subsisteixin en el moment en què en tingui coneixement.

Analitzat estrictament el precepte, planteja una diversitat de qüestions. En primer lloc, cal considerar que es tracta d'un règim privilegiat i singular referit a l'hereu no beneficiari, és a dir, el que ha acceptat de manera pura i simple, que és el que no ha fet inventari en el temps que preveu la llei, que no ha pagat els impostos en termini, o que ha sostret o amagat béns de l'herència en perjudici dels creditors. Per a l'hereu beneficiari s'aplica el règim previst a l'article 461-20, singularment l'apartat d) que s'introdueix. Es tracta, doncs, d'una regla privilegiada per a un tipus de deutes del causant per a l'hereu no beneficiari. El precepte no aborda qüestions com les de la subrogació real, de manera que la garantia de responsabilitat patrimonial es refereix només "als béns que subsisteixin", amb independència del destí que hagin tingut. Amb això degrada els crèdits per garanties personals per obligacions alienes, en l'herència no beneficiària, en relació amb els altres deutes del causant a què ha de fer front l'hereu. La modificació és important, amb un fonament pràctic indubtable, però amb l'establiment d'un règim jurídic molt singular, que pugna amb la coherència del sistema de responsabilitat patrimonial i de tutela del crèdit fins ara vigent en dret privat, el qual caldria concordar amb la legislació concursal. Cal notar que el precepte no fa referència a les garanties reals a què es refereix l'article 461-15.5 projectat. La regla pot plantejar qüestions complexes de resoldre en cas de concurrència de diversos creditors, atès que hi haurà diversitat pel que fa a la pretensió de satisfer el crèdit amb els béns de l'hereu.

En la meva opinió, l'apartat 2 no s'hauria d'introduir. És suficient el que es preveu en matèria de benefici d'inventari, i més amb la introducció de la referència a les fiances i garanties personals, i més tenint en compte que es tracta de l'hereu que no ha acceptat a benefici d'inventari, i s'omet qualsevol referència a la subrogació real.

Es proposa mantenir l'article 461-18 en la seva redacció actual, precepte cabdal en matèria de responsabilitat de l'hereu que ha acceptat l'herència de manera pura i simple.

4.12. Es modifica l'article 461-20 del Codi civil de Catalunya, que queda redactat de la manera següent:

> Article 461-20. Efectes de l'acceptació de l'herència a benefici d'inventari
> L'acceptació de l'herència a benefici d'inventari produeix els efectes següents:
> a) La persona hereva no respon de les obligacions del o de la causant ni de les càrregues hereditàries amb els béns propis, sinó únicament amb els béns de l'herència.
> b) Subsisteixen, sense extingir-se per confusió, els drets i els crèdits de la persona hereva contra l'herència, dels quals es pot fer pagament, i les obligacions de l'hereva a favor de l'herència.
> c) Mentre no quedin completament pagats els deutes del o de la causant i les càrregues hereditàries, no es poden confondre en perjudici de la persona creditora hereditària ni de l'hereva els béns de l'herència amb els propis de l'hereva.
> d) Pel que fa a les obligacions del o de la causant que l'hereva desconegui en el moment de la formalització de l'inventari, que li són reclamades un cop ha liquidat els deutes i les càrregues, i ha tingut lloc la confusió de patrimonis, la responsabilitat de la persona hereva es limita als béns hereditaris que subsisteixin en el moment que conegui la reclamació.

El precepte introdueix modificacions lingüístiques en la línia del projecte, cal advertir de nou sobre l'impacte en la comprensió del precepte d'aquests canvis. Hi ha l'ús del terme "persona creditora hereditària" per l'usual "creditors de l'herència" en plural, que dificulta molt la comprensió de la norma, atès que es consideren tots els creditors, i cal platejar si això suposa un canvi afegit d'algun tipus en els subjectes considerats. Caldria dir potser "creditores de l'herència", assumint que es refereix a persones, com no pot ser d'una altra manera, tant físiques com jurídiques, com a subjectes de dret.

En el pla substantiu s'introdueix una nova lletra d) que sistemàticament pugna amb el previst a l'article 461-21, específicament a l'apartat 3, referit a l'administració de l'herència beneficiària. L'article 461-20 es refereix als efectes de l'acceptació pel que fa a la responsabilitat, mentre que l'article 461-21 als efectes de l'acceptació pel que fa a l'administració o gestió d'aquesta responsabilitat. Cal posar de relleu la contradicció entre aquest article 461-20.d) projectat amb l'article 461-21.3. Aquest darrer precepte estableix com l'hereu beneficiari ha de gestionar o administrar l'herència beneficiària, pagant primer els deutors coneguts, a mesura que es presentin, i posteriorment ha de complir els llegats. L'apartat 3 deixa clar que en el marc de l'herència beneficiària l'hereu només respon del deutes del causant amb els béns relictes, i estableix la regla que si no hi ha romanent de béns no es poden pagar els deutes, llevat que s'hagin satisfet llegats, cas en el qual els creditors poden repetir contra els legataris. El precepte no resol el supòsit d'aparició de creditors desconeguts un cop s'ha produït la confusió patrimonial que enuncia l'apartat 4. Amb la introducció de la nova lletra d) a l'article 461-20 sembla aclarir-se la qüestió: la responsabilitat de l'hereu es limita als béns subsistents en el moment de conèixer la reclamació. Per tant, l'hereu que s'ha aprofitat patrimonialment de l'herència satisfent els deutes propis als seus creditors amb patrimoni hereditari, i té solvència patrimonial, un cop finalitzat el procés successori, no haurà de respondre amb patrimoni propi dels deutes del causant desconeguts i que apareixen amb posterioritat. En aquest cas s'aplica la regla de la responsabilitat patrimonial de l'hereu limitada als béns de l'herència, però un cop s'ha

produït la confusió patrimonial, i amb la possible satisfacció dels creditors de l'hereu, o amb supòsits possibles de subrogació real, és a dir, l'hereu ha venut els béns de l'herència i n'ha adquirit d'altres. El supòsit es refereix a tots els deutes desconeguts i que apareixen després de la confusió patrimonial, i no només als derivats de garanties personals del causant. En qualsevol cas, s'hauria de desplaçar el precepte a l'article 461-21 com a nou apartat 5, i renumerant l'actual apartat 5 com a nou apartat 6, ja que es refereix al règim de l'administració beneficiària i no als efectes d'aquesta.

Cal advertir, finalment, de la redacció diferent d'aquest article 461-20.d) amb la de l'article 461-18.2. En aquest darrer es diu "en el moment en què en tingui coneixement", cal entendre de les garanties personals, amb independència que siguin o no reclamades, mentre el primer fa referència al "moment que conegui la reclamació", el qual és i pot ser molt diferent. Addicionalment, l'article 461-20.d) es refereix a la confusió patrimonial en l'herència beneficiària, mentre que l'article 461-18.1 l'excepciona en l'herència acceptada de manera pura i simple. Totes aquestes qüestions plantegen modificacions de gran abast en el règim de la responsabilitat de l'hereu que cal valorar si no exigeixen una reformulació de tot el sistema amb més profunditat, atès que les reformes proposades no semblen adequades al propòsit que tenen, de protegir els hereus que actuen correctament, garantint la tutela del crèdit, tècnicament no s'adiuen amb els models del sistema de responsabilitat de l'hereu, i no guarden coherència entre elles, per la disparitat de règims que estableixen.

Article 5. Modificació del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya

5.1. Es modifica l'enunciat del títol I del Codi civil de Catalunya, que queda redactat de la manera següent:

> Títol I. Els béns i els animals

5.2. Es modifica l'article 511-1.3 del Codi civil de Catalunya, que queda redactat de la manera següent:

> 3. Els animals no es consideren coses i estan sota la protecció especial de les lleis.

La reforma pretén regular alhora els animals i els animals de companyia al Llibre cinquè del Codi civil. L'apartat 3 de l'article 511-1 es simplifica i el segon incís s'incorpora al nou article 511-3. Per a la regulació dels animals cal tenir en compte aquesta distinció, entre animals, sense cap altre qualificatiu, i els de companyia, i les previsions específiques que ja s'inclouen en altres llibres del Codi civil. Així mateix, atès que ja es crea un article específic sobre animals, aquest apartat 3 es podria suprimir i incorporar a l'article 511-3 com a apartat primer, d'aquesta manera hi hauria una seu pròpia de la regulació dels animals unificada.

5.3. Es modifica l'article 511-3 del Codi civil de Catalunya, que queda redactat de la manera següent:

> Article 511-3. Els animals

> 1. Els animals son éssers vius amb sensibilitat física i psíquica que han de ser cuidats i tractats conforme aquesta condició i a la seva espècie i natural destinació. S'ha de procurar el benestar de l'animal.
> 2. Només se'ls apliquen les regles dels béns en allò que permet llur naturalesa. En tot cas es prohibeix el maltractament i l'abandó. El seu sacrifici únicament pot ser conforme a les normes regulades a aquest efecte.
> 3. En la resolució de qualsevol conflicte sobre la titularitat o tinença d'un animal de companyia, a més de procurar el seu benestar, s'ha de tenir en compte l'existència d'indicis fonamentats de la comissió d'actes de violència domèstica o masclista per part de qui reclama la seva titularitat o tinença, així com el seu valor, l'ús al que es destina, el major vincle emocional amb l'animal, una major necessitat de la seva companyia o altres circumstàncies anàlogues, sense que prevalgui necessàriament la titularitat formal o administrativa.

El tercer apartat s'hauria de coordinar amb el previst en el llibre segon en ocasió de les crisis matrimonials, en concret, els articles 233-1.1.i), 233-2.5.e), 233-4.2 i 233-11-3. L'article 233-2.5.e) estableix criteris per a l'atribució de la tinença dels animals en seu de mesures definitives de la crisi conjugal si hi ha acord dels cònjuges en conveni familiar, però que sembla que no està sotmès a cap control per part de l'autoritat judicial, o així no es diu expressament, el que tampoc no resulta de la previsió actual de l'article 233-3.1, per bé que indirectament es podria arribar a assumir la legitimació judicial si aquesta atribució de la tinença dels animals de companyia no és conforme amb l'interès dels fills menors. En canvi, si no hi ha acord, l'article 233-4.2 remet als criteris que estableix aquest article 511-3.3. No sembla raonable aquesta remissió en una norma que difícilment té un àmbit d'aplicació diferent del familiar. En aquest sentit, cal tenir en compte que no hi ha cap previsió similar per a les parelles estables. No s'entenen els supòsits de conflictes sobre la titularitat o tinença d'un animal de companyia que no siguin els d'una crisi matrimonial o de parella. La referència a la no prevalença de la titularitat formal o administrativa s'inspira en el criteri de l'article 232-3.2, pel que fa als béns mobles, i en la jurisprudència recaiguda, no tenint en compte l'existència de règims econòmics matrimonials de comunitat. Seria més raonable introduir aquests criteris com un apartat separat de l'article 233-4, com a 3, i fer-ne una remissió en la normativa sobre parelles de fet.

5.4. S'incorpora l'article 511-4 al Codi civil de Catalunya, amb el contingut de l'article 511-3 actual del Codi civil de Catalunya, que queda redactat de la manera següent:

> Article 511-4. Fruits
> 1. Els fruits d'una cosa són els seus productes i els altres rendiments que se n'obtenen d'acord amb la seva destinació.
> 2. Els fruits d'un dret són els rendiments que se n'obtenen d'acord amb llur destinació i els que produeix en virtut d'una relació jurídica.

Només hi ha un canvi de renumeració per la introducció de l'article 511-3.

5.5. Es modifica l'article 542-22.1 del Codi civil de Catalunya, que queda redactat de la manera següent:

> 1. Els animals de companyia i els objectes mobles corporals que, per llurs característiques, possibilitat d'identificació, estat de conservació, funció o destinació econòmica, que són

> habitualment posseïts per algú es poden adquirir d'acord amb els requisits que estableixen la normativa de protecció dels animals i aquest article, respectivament.

El precepte modifica de l'actual article "animals domèstics" per "animals de companyia" i hi afegeix l'esment a "la normativa de protecció dels animals". Aquesta és l'única referència a "animals domèstics" en tot el Llibre cinquè. En la mateixa part relativa a "Ocupació" del CCCat l'article 542-20.b) fa referència a "els animals que es poden caçar i pescar", distinció correcta pel que fa a l'ocupació, que queda clar que no inclou els animals de companyia.

5.6. S'afegeix una lletra e) a l'article 553-21.4 del Codi civil de Catalunya, amb el text següent:

> e) La informació per tal de poder accedir i exercir els drets a la reunió, en el supòsit de l'article 553-22.2.

Aquesta modificació és congruent amb la que es proposa del precepte esmentat, de celebració de juntes per videoconferència o per altres mitjans telemàtics.

5.7. Es modifica l'article 553-22.1 i 2 del Codi civil de Catalunya, que queda redactat de la manera següent:

> 1. El dret d'assistència a la junta correspon a les persones propietàries, les quals hi assisteixen personalment o per representació legal, orgànica o voluntària, que s'ha d'acreditar per escrit.
> 2. Els estatuts poden establir, o la junta de persones propietàries pot acordar, que s'hi pugui assistir per videoconferència o per altres mitjans telemàtics de comunicació sincrònica similars, sempre que resti garantida la identificació dels assistents, la continuïtat de la comunicació, la possibilitat d'intervenir en les deliberacions i l'emissió del vot.

L'article desenvolupa la previsió actual de l'article 553-22.1 in fine relativa a la possibilitat de celebració de juntes per videoconferència o altres mitjans telemàtics, la qual és objecte d'una regulació més específica i detallada en l'apartat 2 proposat. Tanmateix es suprimeix la previsió que el dret d'assistència inclou el dret de veu i el dret de vot a la junta de propietaris, que ara sanciona de manera programàtica l'actual apartat 2: "El dret d'assistència inclou el dret de veu i el dret de vot a la junta de propietaris, sens perjudici del que estableix l'article 553-24." Aquesta previsió és aplicable a qualsevol junta, sigui presencial o telemàtica, i actualment només hi ha una referència, donant-la per descomptada, en l'apartat 2 que regula la celebració de les juntes per videoconferència o mitjans telemàtics. Seria oportú mantenir-la com un dels drets dels propietaris en la comunitat en propietat horitzontal. Per això es proposa que l'actual article 553-22.2 es mantingui en l'actual redacció com a apartat 3, i els actuals apartats 3 i 4 siguin els 4 i 5. El precepte 553-22 té per objecte regular el dret d'assistir a la junta, en relació amb les diferents titularitats que es poden donar: propietat, copropietat o comunitat de béns i usdefruit i nua propietat. La qüestió de la junta telemàtica s'ha afegit a aquest precepte, però no és la seva seu sistemàtica.

A més, es canvia "junta de propietaris" per "junta de persones propietàries", quan el que és rellevant és la condició de propietari, no de persona, és a dir que el dret d'assistència correspon

a la propietat, sobre la qual n'ostenta la titularitat una persona, sigui física o jurídica, privada o pública.

5.8. S'afegeix un apartat 3 a l'article 569-14 del Codi civil de Catalunya, amb el text següent:

> 3. La penyora pot garantir diverses obligacions ja contretes o per contreure de manera simultània o successiva entre la mateixa persona deutora i la mateixa persona creditora, durant un període de temps i per una quantitat màxima. En tot cas, el document públic ha de permetre identificar les dites obligacions sense necessitat d'un nou pacte o conveni.

En el preàmbul de la norma es justifica la introducció del present apartat com una recuperació de la penyora flotant, una modalitat ja regulada a la Llei 22/1991, de 29 de novembre, de garanties possessòries sobre cosa moble, però que no va incorporar el Llibre cinquè del Codi civil de Catalunya l'any 2006.

5.9. Es modifica l'article 569-17 del Codi civil de Catalunya, que queda redactat de la manera següent:

> Article 569-17. Substitució del bé empenyorat
> 1. El deutor o deutora o, si és una altra persona, el pignorant o la pignorant, si la penyora recau sobre béns fungibles i s'ha pactat expressament, pot substituir la totalitat o una part dels béns empenyorats.
> 2. La substitució d'uns valors per uns altres, en el cas de valors cotitzables, es fa d'acord amb el preu de les cotitzacions respectives en el mercat oficial el dia de la substitució. En el cas de valors no cotitzables, per a acreditar la substitució és suficient que els tinguin en llur poder la persona creditora pignorativa o les terceres persones designades i que consti inscrita en el mateix efecte o document que acredita el dret.
> 3. S'entén a tots els efectes, en els dos casos a què fa referència l'apartat 2, que la data de l'empenyorament es manté, com si s'hagués constituït inicialment sobre els béns que substitueixen els inicialment gravats.

El precepte té per finalitat suprimir l'actual apartat 4, i modificar "els creditors pignoratius" per "la persona creditora pignorativa".

Article 6. Modificació del llibre sisè del Codi civil de Catalunya

6.1. Es modifica l'article 621-5 del Codi civil de Catalunya, que queda redactat de la manera següent:

> Article 621-5. Determinació del preu
> 1. Si el contracte conclòs no determina el preu ni estableix els mitjans per a determinar-lo, s'entén que el preu és el generalment cobrat en circumstàncies comparables, en el moment de la conclusió del contracte i amb relació a béns de naturalesa similar.
> 2. Si el contracte conclòs fixa que el preu es determini per l'acord de les parts, les discrepàncies sobre la determinació del preu es poden resoldre a través de la mediació.

> 3. Si el contracte estableix que el preu sigui determinat per una de les parts o per terceres persones, només és possible oposar-se a la determinació manifestament no raonable o feta fora del termini pactat o adequat ateses les circumstàncies.
> 4. Si el preu és manifestament no raonable o la seva determinació és intempestiva, s'aplica l'apartat 1.
> 5. La part venedora ha d'obtenir el consentiment exprés de la part compradora per a qualsevol augment del preu acordat. Altrament, la part compradora no l'ha de pagar.
> 6. En la compravenda de consum, el preu total no pot ésser superior al preu informat en l'oferta o anunciat públicament, el qual ha d'incorporar els tributs de repercussió legalment obligada. Si, per la naturalesa dels béns, el preu total no es pot calcular abans de la conclusió del contracte, la part venedora ha d'informar de la manera com es determina.

El precepte introdueix una referència a la mediació en un nou apartat 2 del precepte, per a un supòsit fins ara no previst de determinació del preu, consistent en què aquest hagi de ser determinat per l'acord de les parts, cal entendre, amb posterioritat a la conclusió del contracte. La resta d'apartats del precepte estableixen criteris per determinar el preu en els diferents supòsits que es plantegen de no determinació en el contracte. Per al present supòsit no s'estableix una conseqüència a la manca d'acord de les parts, que impedeix determinar el preu, només que poden recórrer a mediació. Tal vegada seria oportú, tal com fa l'apartat 4, remetre al que preveu l'apartat 1 per evitar la singularitat que introdueix aquest precepte en el règim de la determinació del preu en el contracte de compravenda.

A banda, s'introdueixen canvis lingüístics en la línia del projecte, amb substitució de "venedor" per "part venedora" i "comprador" per "part compradora", a més de "tercers" per "terceres persones".

6.2. S'afegeix un apartat 5 a l'article 621-37 del Codi civil de Catalunya, amb el text següent:

> 5. Les parts poden acudir a la mediació i als altres mecanismes de resolució de conflictes en relació amb les controvèrsies derivades de l'incompliment de les obligacions contractuals.

La remissió a la mediació s'inclou en un apartat relatiu a remeis, és a dir, en supòsits en què s'ha constatat l'incompliment d'una de les parts en el contracte de compravenda, i l'ordenament enuncia les opcions legals que té qui no ha incomplert el contracte davant l'incompliment de l'altra, que s'ha d'entendre definitiu. La mediació, doncs, no és un remei a l'incompliment i planteja si aquesta és la seu adequada per a introduir la referència, el qual pressuposa que no hi ha més remeis a la situació creada per l'incompliment que els que preveu el precepte.

6.3. Es modifica l'article 623-9 del Codi civil de Catalunya, que queda redactat de la manera següent:

> Article 623-9. Ús i costum de la bona pagesia
> És una obligació derivada del contracte de conreu la de conrear segons ús i costum de la bona pagesia de la comarca, fins i tot, on escaigui, pel que fa als drets d'espigolar i de rostoll, d'acord amb les bones pràctiques agràries i les limitacions específiques a què

> estiguin sotmeses determinades zones del territori en funció de la normativa en vigor, encara que no hagi estat pactada expressament.

Es manté la mil·lenària clàusula contractual de submissió dels contractes agraris a "ús i costum de bon pagès" pròpia de la tradició jurídic catalana, que s'incloïa expressament o era implícita en tots els contractes de conreu a Catalunya, i es modifica per "ús i costum de la bona pagesia".

6.4. Es modifica l'article 623-33.1, 2 i 3 del Codi civil de Catalunya, que queda redactat de la manera següent:

> 1. Qui conrea té la condició de masover o masovera si habita el mas que hi ha a la finca com a obligació derivada del contracte.
> 2. El masover o masovera no ha de pagar cap contraprestació per l'ús del mas, però aquest segueix la sort del contracte.
> 3. El masover o masovera té l'obligació d'explotar i conrear la finca o explotació agrària segons ús i costum de la bona pagesia i acomplir les altres activitats que li hagi encomanat la propietat, d'acord amb la naturalesa del contracte.

Hi canvis lingüístics en el sentit del projecte ja comentats, conseqüència de la proscripció del masculí. Així el conreador, un dels subjectes en els contractes de conreu, que pot ser conreador directe i personal en l'article 623-6, s'identifica com "qui conrea", per evitar dir "la persona conreadora" o "el conreador" en masculí genèric. També es modifica "el propietari" per "la propietat", a banda de desdoblar "el masover" també en "la masovera". Cal notar que de nou els subjecte s'ometen del dret privat en les lleis com a subjectes de dret per tal d'evitar el masculí, així, en lloc de dir "la persona propietària", que és el subjecte concret que pren les decisions, es fa referència a un impersonal "la propietat" que deshumanitza el dret civil català, i és clar que és incorrecte: la propietat no pren cap decisió, les pren el propietari.

Disposició transitòria única. Termini de prescripció

> 1. El termini de prescripció de les pretensions per a exigir la llegítima i el suplement, al qual es refereix l'article 451-27 s'aplica a les successions obertes amb posterioritat a l'entrada en vigor d'aquesta llei.
> 2. En les successions obertes amb anterioritat, s'aplica el termini de prescripció de la legislació anterior, però la prescripció es consuma quan transcorren quatre anys, comptats a partir de l'entrada en vigor d'aquesta llei.
> 3. Tanmateix, si el termini que establia la legislació anterior fineix abans que aquest darrer termini de quatre anys, s'aplica el termini de prescripció de la legislació anterior.

El precepte estableix una norma de dret transitori en matèria del termini de prescripció de la llegítima i el suplement, que s'ha reduït de deu a quatre anys. Incomprensiblement, el precepte no fa cap referència a la modificació del termini per a reclamar la quarta vidual, que ha passat també a ser de 4 anys, des dels 3 anteriors, en l'article 452-6.2. Atesa aquesta diversitat de modificacions, de reducció i d'ampliació, tal vegada caldria reproduir el model de la primera llei del Codi civil de Catalunya, i preveure una nova disposició transitòria vàlida tant per la llegítima com per la quarta vidual, basada en les lletres b) i c) de la disposició transitòria única de la llei primera del Codi civil. Així, una redacció alternativa podria ser:

> "Disposició transitòria
> 1. El termini de prescripció de les pretensions per a exigir la llegítima i el suplement, així com la quarta vidual, al qual es refereixen els articles 451-27 i 452-6, s'aplica a les successions obertes amb posterioritat a l'entrada en vigor d'aquesta llei.
> 2. En les successions obertes amb anterioritat, s'aplica el termini de prescripció de la legislació anterior. Tanmateix, la prescripció es consuma, en tot cas, quan transcorren quatre anys comptats a partir de l'entrada en vigor d'aquesta llei."

Disposició final. Entrada en vigor

> Aquesta llei entra en vigor al cap de vint dies d'haver estat publicada en el *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*.

Atenent al moment d'aprovació de la norma es podria plantejar, tal com s'ha fet amb altres lleis relatives al Codi civil, per tal de complir amb el principi de seguretat jurídica, l'entrada en vigor de la norma en una data determinada, començant el primer dia d'un mes concret.

InDret
2.2024

Revista Crítica de Jurisprudencia Penal

Sección coordinada por Ramon Ragués i Vallès[*]

Cuasi prescripción: la pseudo atenuante analógica. Comentario a la STS 849/2023, de 20 de noviembre, por Dulce M. SANTANA VEGA.

¿Apropiación indebida de la herencia yacente? Comentario a la STS 885/2023, de 29 de noviembre, por Nuria PASTOR MUÑOZ.

Legítima defensa frente a agresiones provocadas (o sobre el derecho a la defensa «*illicita in causa*»). Comentario a la STS 97/2022, de 9 de febrero, por Francisco FERNÁNDEZ PERALES.

-

[*] 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
2.2024

Cuasi prescripción: la pseudo atenuante analógica

Comentario a la STS 849/2023, de 20 de noviembre

Dulce M. Santana Vega
Universidad de Las Palma de Gran Canaria
dulce.santana@ulpgc.es

-

1. Consideraciones previas

La figura de la cuasi prescripción es aquella creación jurisprudencial por virtud de la cual, en función de la suma de períodos de tiempo que no son, por lo general, susceptibles de subsumirse en la atenuante de dilaciones indebidas, ni tampoco darían lugar a que concurra la prescripción del delito, son tomados en consideración para atenuar la responsabilidad penal de un condenado, mediante una *sui genéris* atenuante analógica a la prescripción.

Las etapas jurisprudenciales por las que ha pasado el proceso de configuración jurisprudencial de la cuasi prescripción podrían sintetizarse en tres: en una primera etapa que podríamos denominar de la negación, la jurisprudencia mayoritaria considera que no cabe construir la prescripción a base de la suma de periodos de tiempo por mor de la interrupción de la prescripción[1], pues no se puede sumar lo que desaparece. En una segunda etapa, que arrancaría desde los años noventa del siglo pasado, se vislumbra la posibilidad de dar relevancia a la suma de todos plazos –"muertos"– en los que un proceso ha estado paralizado –dilaciones indebidas–, lo que estuvo precedido de dos Acuerdos del Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo[2], o al tiempo durante el cual no se ha ejercido la acción penal, siempre que el número de años transcurridos esté próximo a la prescripción[3]. Por último, en una tercera etapa se asiste a resoluciones de signo diverso en la apreciación o no de la cuasi prescripción[4], si bien la STS

[1] SSTS, 30 de noviembre de 1974, 23 de julio de 1987, 29 de noviembre de 1990, 21 de junio de 1991, 15 de enero y 28 de febrero de 1992, o la de 18 de marzo de 1993.

[2] Acuerdos del Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1992 y de 29 de abril de 1997, en los cuales, precisamente, se excluye la posibilidad de apreciar como atenuante analógica a las dilaciones indebidas por carecer de fundamentación legal.

[3] Cfr. SSTS s/n, Penal, de 23 de junio de 1993 (ECLI:ES:TS:1993:16246) y 1033/1992, Penal, de 10 de mayo.

[4] Se aprecia la cuasi prescripción en la STS 1387/2004, Penal, de 27 de diciembre (ECLI:ES:TS:2004:8475), FJ Undécimo (cómplice en un triple asesinato terrorista) como atenuante muy cualificada, aludiendo al derecho a un juicio sin dilaciones indebidas, debido al significativo retraso en dirigir la acusación por parte de Ministerio Fiscal, lo que actualmente ya estaría recogido en la atenuante de dilaciones indebidas (art. 21.6ª). No se aplica, pese a su alegación, en delitos contra la Hacienda Pública: STS 195/2017, Penal, de 21 marzo (ECLI:ES:TS:2017:1196), FJ Séptimo, la cual se basa, además, en que no se aprecia que la demora en la formulación de la querella haya introducido un perjuicio sustantivo en la estrategia probatoria de la defensa; *vid.* también: SSTS 163/2017, Penal, de 14 mazo, (ECLI:ES:TS:2017:970) FJ Cuarto; o 586/2014, Penal, de 23 de julio, (ECLI:ES:TS:2014:3085), FJ Décimo.

849/2023, Penal, de 20 de noviembre (ECLI:ES:TS:2023:5060) que se procederá a comentar, intenta llegar a una solución moderada o ecléctica entre ambas posturas.

Los hechos probados a los que vienen referidos la STS 849/2023 son una pieza separada de la macrocausa de la Gürtel. En concreto, esta STS es producto del recurso de casación por infracción de ley interpuesto contra la SAN, Sección 2ª, 8/2022, de 5 de abril (ECLI:ES:AN:2022:1604), aclarada por Auto de 25 de mayo de 2022 (ECLI:ES:AN:2022:4368AA), en la que se sustancia la pieza separada del «Grupo Correa en Boadilla del Monte».

Entre los motivos de interposición del recurso de casación, se incluye, en el Antecedente de Hecho Cuarto, por parte de uno de los condenados por los delitos de prevaricación, fraude a las administraciones públicas y blanqueo de capitales:

> «… inaplicación indebida del artículo 21.6ª del Código Penal vigente en el momento de los hechos. Alega que el delito de blanqueo que se atribuye al Sr. Artemio estuvo cerca de prescribir. Subsidiariamente con respecto al primer motivo, si no se considerara que han prescrito los delitos de participación en fraude a la Administración y en un delito de prevaricación, sería preceptiva también la aplicación de la atenuante analógica de cuasiprescripción a los mismos. Este motivo se formula como subsidiario a todos los demás en los que se interesa la absolución del recurrente».

Este motivo de impugnación casacional es subsiguiente al que se contiene el motivo de casación décimo de la STS 849/2023, referido a la «…indebida inaplicación del artículo 21.6 del Código Penal vigente en el momento de los hechos, en relación con el artículo 66.1.1º y 2º del CP, o del artículo 21.6º actual, por no haberse apreciado la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada o, subsidiariamente, al menos con el carácter de atenuante ordinaria, en los delitos por los que ha sido condenado». Y al igual que en el motivo anterior se plantea la figura de la cuasi prescripción como subsidiaria a la libre absolución del recurrente por prescripción.

La STS 849/2023, en su Fundamento de Derecho Decimosegundo, tras sistematizar los argumentos dado por la doctrina científica que critica la aplicación de la figura de la cuasi prescripción[5], rechazada en el presente caso, no lo hace de forma absoluta, sino que deja abierta la posibilidad de su aplicación.

En los siguientes apartados se abordarán los argumentos dados por la STS 849/2023 que intentan dar cobertura a la reiterada figura de la cuasi prescripción, si bien con un ámbito limitado de actuación.

2. ¿Puede el olvido social seguir siendo considerado el fundamento de la prescripción del delito y el cuasi olvido el de la cuasi prescripción?

La Sentencia 849/2023, al igual que sucede que con otras que le han precedido y se han ocupado de la figura de la cuasi prescripción, acude a la teoría del olvido social como única e

[5] Cfr. en este sentido, con distinta intensidad crítica: PUENTE RODRÍGUEZ, «La atenuante analógica de cuasi prescripción», *Diario La Ley,* (2091), 2016, pp. 1 ss.; la rechaza, SANTANA VEGA, «La atenuante analógica de cuasi prescripción. Especial referencia a los delitos de corrupción», *Estudios Penales y Criminológicos*, (29), pp. 107 ss. Por el contrario, se muestra favorable a su consideración RAGUÉS i VALLÉS, «La atenuante analógica de cuasiprescripción», *InDret*, (3), 2017, pp. 1 ss.

incuestionable teoría fundamentadora de la prescripción. Sin embargo, la realidad social con los denominados delitos de nueva generación (medioambientales, de corrupción, etc., o la nueva formulación de los clásicos) o, simplemente, el papel de las redes sociales y, en general, las nuevas tecnologías de la información y la comunicación dista mucho de aquella otra realidad social que vio nacer a la teoría del olvido social en los años cincuenta del siglo pasado[6], por lo que esta se convierte en una fundamentación insatisfactoria para seguir dando sustento no solo al instituto de la prescripción, por más que se matice que el olvido social no significa el de sus víctimas[7]. Es más, esta teoría parece querer distinguir entre: «una sociedad en abstracto», que es la que olvida o cuasi olvida, y una «sociedad en concreto», integrada por los sujetos pasivos y/o perjudicados por el delito y víctimas en general (sus familia y entorno), los cuales no formarían parte de la sociedad que se dice que ha olvidado o cuasi olvidado el delito.

Tampoco hay que desconocer que la figura de la cuasi prescripción surgió en torno a los delitos de agresiones y abusos sexuales, sobre todo contra menores y personas con discapacidad, con relación a los cuales se llega a afirmar que el que la infracción delictiva se haya producido en la intimidad de la familia ejerce un efecto «acelerador» del citado olvido social, haciendo que este sea más intenso[8].

Por otra parte, esta teoría quiebra y tampoco tiene validez universal, sobre todo, en los países de cultura anglosajona (Reino Unido, EEUU), con democracias consolidadas, en los que no existe prescripción en caso de delitos graves, si bien si está prevista, por el contrario, en los delitos de escasa gravedad, los cuales sí prescriben en períodos de tiempo breves, en los que con toda seguridad no se habrá olvidado o cuasi olvidado el delito.

3. ¿Puede la cuasi prescripción ser considerada una atenuante analógica?: el callejón sin salida

Este es el principal escollo técnico-jurídico que presenta esta figura que no logran solventar ni quienes las alegan con claros y meros fines de defensa, ni los tribunales que las aprecian. De hecho, como se pone de manifiesto en el Antecedente de Hecho arriba transcrito de la STS comentada, el condenado que la aduce, como motivo subsidiario de la libre absolución por prescripción, y, sin explicitarlo, de las dilaciones indebidas, no se detiene a indicar con qué guarda analogía. De la misma manera, la mayoría de las SSTS que la ha han considerado de posible aplicación, tampoco se detienen en llevar a cabo una formulación completa de la misma, esto es, se limitan a pronunciarse si procede o no la atenuante analógica del art. 21. 6ª del Código penal (la actual circunstancia 7ª), pero sin indicar su conexión analógica.

Con ello, las SSTS que así proceden contradicen su propia y reiterada doctrina en materia de atenuantes analógicas, la cual ha venido exigiendo para poder apreciarlas la «análoga significación que las anteriores», lo que ha sido recientemente sistematizado por la STS

[6] A quien se le suele atribuir su formulación, BOCKELMANN, *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, t. II, 1958, p. 329 ss. Sobre las teorías que fundamentan la prescripción de los delitos, ampliamente, entre todos: GILI PASCUAL, *La prescripción en Derecho Penal*, 2000, p. 95 ss.; GÓMEZ MARTIN, *La prescripción del delito. Una aproximación a cinco cuestiones aplicativas*, 2015, p. 13 ss.

[7] Como así se afirmó en la STS 77/2006, Penal, de 1 de febrero (ECLI:ES:TS:2006:504), FJ Octavo, tras rechazar su aplicación por no haber sido alegada en la instancia, en un supuesto de abusos sexuales a menores.

[8] STS 77/2006, Penal, de 1 de febrero (ECLI:ES:TS:2006:504), FJ Octavo.

749/2022, Penal, de 13 septiembre (ECLI:ES:TS:2022:3258) «Caso ERES de Andalucía»[9]. En este caso, se solicita una atenuante analógica sin conexión con alguna y el TS, ampliando los términos literales del art. 21.7ª, enumera los supuestos que constituiría los ámbitos de la «análoga significación» favorable al reo.

En concreto, la STS 749/2022, remitiéndose a la STS 120/2021, Penal, de 11 febrero (ECLI:ES:TS:2021:353), FD Duodécimo, desestima como atenuante analógica la esgrimida por una de las defensas consistente en «haber sufrido el condenado un juicio paralelo». Considera en esta Sentencia el TS que para que pueda apreciarse una atenuante por analogía la conexión analógica ha de darse con: cualquiera de las cinco atenuantes genéricas anteriores[10]; con las eximentes incompletas[11], con las atenuantes específicas, esto es, las contenidas como elementos típicos que dan lugar a tipos atenuados[12]; la analogía que se pueda establecer con algún elemento esencial definidor del tipo penal, básico para la descripción e inclusión de la conducta en el Código penal, y que suponga la *ratio* de su incriminación o esté directamente relacionada con el bien jurídico-penal protegido[13]; aquella analogía que esté directamente referida a la idea genérica que básicamente informan los demás supuestos del art. 21 del Código penal, lo que, en ocasiones, se ha traducido en la consideración de la atenuante como efecto reparador de la vulneración de un derecho fundamental, singularmente el de prohibición o interdicción de dilaciones indebidas, pudiendo considerarse este último como ya incluido en el primer grupo de conexiones analógicas desde que se introdujo la atenuante de dilaciones indebidas.

Además, se recuerda que, según una jurisprudencia inconcusa, la atenuante de «análoga significación» no puede extenderse a los supuestos en que falten los requisitos esenciales o básicos establecidos por el Legislador para que una concreta atenuante pueda ser estimada, estableciéndose así un paralelismo con las eximentes incompletas. Esto se fundamenta en que de no ser así las atenuantes de análoga significación equivaldrían «a crear atenuantes incompletas o a permitir la infracción de la norma», –por ejemplo las reguladoras de la prescripción–, sin que ello signifique exigir «una similitud y una correspondencia absoluta entre la atenuante analógica y la que le sirve de tipo, pues ello equivaldría a hacer inoperante el humanitario y plausible propósito al que responde la previsión legal de estas atenuantes de análoga significación».

En suma, como concluye la STS 120/2021 y siguiendo a una reitera jurisprudencia[14], «es indispensable la existencia de una semejanza del sentido intrínseco entre la conducta apreciada y la definida en el texto legal, debiendo rechazarse las meras similitudes formales y cuidando

---

[9] Con cita de numerosa jurisprudencia anterior sobre la necesidad de especificar la vinculación de la atenuante analógica con otra de las anteriores: SSTS 131/2010, Penal, de 18 de enero (ECLI:ES:TS:2010:924); 104/2011, Penal, de 1 de marzo (ECLI:ES:TS:2011:1316); 922/2012, Penal, de 4 de diciembre (ECLI:ES:TS:2012:7840).

[10] STS 948/2022, Penal, de 13 diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4500): «confesión tardía», analógica 7ª en relación con la 4ª art. 21

[11] Se plantea en la STS 81/2021, Penal, de 2 febrero (ECLI:ES:TS:2021:241).

[12] STS 930/2022, Penal, de 30 noviembre (ECLI:ES:TS:2022:4489).

[13] Por eso no se aprecia la atenuante analógica en la STS 667/2019, Penal, de 14 enero (ECLI:ES:TS:2020:64) de consentimiento en el quebrantamiento de condena.

[14] SSTS 145/2007, Penal, de 28 de febrero (ECLI:ES:TS:2007:1462); 1057/2006, Penal, de 3 de noviembre (ECLI:ES:TS:2006:6901); 19/2016, Penal, de 26 de enero (ECLI:ES:TS:2016:100), o más recientemente las SSTS 749/2022, Penal, de 13 septiembre (ECLI:ES:TS:2022:3258); o la 81/2021, Penal, de 2 febrero (ECLI:ES:TS:2021:241).

también de no abrir un "indeseable portillo" que permita, cuando falten requisitos básicos de una atenuante reconocida expresamente, la creación de atenuantes incompletas que no han merecido ser recogidas legalmente»[15]. De esta manera, lo relevante en las atenuantes analógicas es que el fundamento tiene que ver con el «análogo significado de las anteriores y no con la estructura de sus elementos»[16].

Pues bien, dentro de estos generosos márgenes dados a las atenuantes analógicas por la jurisprudencia, no se podría incardinar la cuasi prescripción, dado que, en ningún caso, se podría establecer la conexión analógica con una causa de extinción de la responsabilidad penal.

La STS 849/2023, objeto de este comentario, a diferencia de sus predecesoras, sí se detiene en argumentar la conexión analógica de la cuasi prescripción. Sostiene que la analogía se establecería con el ejercicio de un derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del sujeto activo del delito. Es decir, el restringido ámbito al que ha de reducirse la mesurada aplicación de la figura de la cuasi prescripción habrá de ser el de «aquellos casos en los que la parte perjudicada recurre a una dosificada estrategia que convierte el ejercicio de la acción penal –con los efectos de toda índole que de ello se derivan– en un elemento más de una hipotética negociación extrajudicial para la reparación del daño sufrido».

Pero, esto es mirar para otro lado. Y sigue en pie la imposible conexión analógica con ninguna de las previstas en los apartados anteriores porque la analogía habría que establecerla con una causa de extinción de la responsabilidad penal –la prescripción del delito–, que nada tiene que ver con la fundamentación general de las atenuantes. En efecto, no concurre en la cuasi prescripción, como fundamentación común a cualquier atenuante, un equivalente significado de tal manera que los hechos o circunstancias aducidos se refieran a una menor intensidad del injusto, a un menor grado de imputación del agente o a la conveniencia político-criminal de una disminución de la pena, incardinada en cualquiera de los ámbitos de conexión analógica más arriba indicados.

En definitiva, en la cuasi prescripción se trataría de dar relevancia atenuatoria a la no conclusión de un plazo para ejercer una acción penal, el cual si transcurre en su totalidad extinguiría la responsabilidad penal.

4. ¿Puede un ejercicio tardío, pero antes de que transcurra el plazo legalmente establecido para la prescripción del delito, afectar al derecho a la tutela judicial efectiva?

La STS 849/2023 afirma que el Tribunal Supremo ha aplicado la pseudo atenuante analógica de cuasi prescripción «…con carácter particularmente mesurado y restrictivo…», si bien la cuestión aquí debatida no es cuantitativa, sino cualitativa, esto es, si la prescripción puede generar una atenuante analógica, lo que habría de conducir a una respuesta claramente negativa.

[15] Cfr. SSTS 948/2022, Penal, de 13 diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4500): «confesión tardía», analógica 7ª en relación con la 4ª art. 21 CP.; 351/2021, Penal, de 28 abril (ECLI:ES:TS:2021:1732) conexión con eximente incompleta del 21.1.

[16] ATS 9/2022, Penal, de 23 de diciembre (ECLI:ES:TS:2021:17206A); SSTS 749/2022, Penal, de 13 septiembre (ECLI:ES:TS:2022:3258); 288/2016, Penal, de 7 de abril (ECLI:ES:TS:2016:1439).

Sostiene la Sentencia comentada que en aquellos casos en los que «…el tiempo de interposición de una denuncia se ralentiza por el perjudicado, como estrategia de presión en la búsqueda de una solución negociada que evite la interposición de una querella… –de tal manera que–… La eficacia de una maniobra de esas características puede incluso adquirir una dimensión singular en aquellos delitos en los que la denuncia actúa como presupuesto de perseguibilidad, convirtiendo la incoación del proceso en una soberana decisión solo al alcance del perjudicado… Se dibuja así una suerte de "cuasi prescripción"».

La primera objeción que cabría realizar a este planteamiento es que, descartada la argumentación de que la cuasi prescripción pudiera ser análoga a las dilaciones indebidas, que tienen un fundamento diverso, ya que dependen de la inactividad de los órganos judiciales, por lo que con ellas no podría establecerse la conexión analógica con la cuasi prescripción, la Sentencia comentada, si bien no lo formula expresamente, considera que dicha conexión habría que establecerla con la eximente incompleta del ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva. En este sentido, no habría que desconocer que, así como la que fuera atenuante analógica de dilaciones indebidas tenía adecuada conexión analógica en el derecho a un proceso público con todas las garantías, la conexión quiebra en la cuasi prescripción, incluso en el reducido ámbito en el que se pretende admitir, puesto que el derecho a la tutela judicial efectiva lo tiene que proporcionar el estado, más concretamente su Administración de Justicia, no los particulares sujetos pasivos víctimas y perjudicados por un delito. En efecto, si el sujeto pasivo de un delito ejerce la acción penal dentro del plazo de prescripción está haciendo uso de su derecho a la tutela judicial efectiva que no puede ser tomado como fundamento atenuatorio por la vía de la cuasi prescripción de la responsabilidad penal del posteriormente condenado en un proceso público con todas las garantías. Pero, es más, ni para el sujeto pasivo, ni para el sujeto activo la prescripción es una garantía o derecho fundamental.

Por otra parte, de sostenerse que los plazos de prescripción se integran dentro de las garantías del proceso, suscitaría un conflicto de derechos fundamentales a un proceso público con todas las garantías de los presuntos sujetos activos del delito con el de los sujetos pasivos de aquellos, lo sean de delitos públicos o semipúblicos, los cuales, además, son recogidos en el Código Penal no solo para la protección de aquellos, sino también de la sociedad en general, razón por la que su persecución se lleva a cabo de oficio. O, si se quiere, daría también lugar a un conflicto entre derechos a la tutela judicial efectiva entre los sujetos activos y pasivos del delito.

En este sentido, la citada conexión analógica colisionaría con una reiterada doctrina del Tribunal Constitucional que considera que el plazo para ejercer la acción penal (prescripción del delito) es una cuestión de «legalidad ordinaria»[17], esto es, no es un derecho fundamental. Es más, si esto fuera así habría que calificar a democracias tan consolidades como la británica o a la de los estados de los Estados Unidos, que siguen la tradición británica, como conculcadores de derechos fundamentales de sus ciudadanos, ya que en estos estados la persecución de la mayoría de los delitos –graves o menos graves– no están sujetos a plazo de prescripción.

[17] SSTC 34/2024, de 11 de marzo (ECLI:ES:TC:2024:34); 64/2023, de 5 de junio (ECLI:ES:TC:2023:64); 33/2022, de 7 de marzo (ECLI:ES:TC:2022:33). En esta última se afirma que: «… las peculiaridades del régimen jurídico de la prescripción… no pueden considerarse, en sí mismas, lesivas de ningún derecho fundamental de los acusados… La apreciación de la prescripción en cada caso concreto, como causa extintiva del cumplimiento de la pena conforme a la previsión legal, es en principio una cuestión de legalidad ordinaria, carente por su propio contenido de relevancia constitucional».

En efecto, no en todos los sistemas jurídico-penales, ni en todos los tiempos se ha recogido como causa de extinción de la responsabilidad penal al instituto de la prescripción. Así, la persecución de la mayoría de los delitos *(indictable offences*, incluidas las *either-way offences*) no está sometida a prescripción alguna. Esta tradición tiene su origen en la regla *nullum tempus occurrit regis* (o formulada en inglés: *no time runs against the King*), lo que suponía que la acción penal podía ejercerse en cualquier tiempo después de la comisión del delito, que no prescribía (la denominada *timing, time limits, time bars o statute of limitation,* dependiendo del estado en que se use). En la actualidad, en el Reino Unido la prescripción sólo opera en un reducido número de infracciones delictivas, las *summary offences*, las cuales una vez cometidas se les señala un plazo de prescripción muy breve (seis meses desde que se ha cometido el delito), salvo que la ley que los tipifique disponga otra cosa. En el resto de los delitos de cierta entidad la prescripción no opera[18]. En el ámbito europeo, el Derecho penal suizo ha introducido la imprescriptibilidad de los delitos después del fallo en primera instancia, con la finalidad de impedir la infracción de las normas jurídicas y el abuso de los recursos procesales legalmente previstos, pero también la pérdida de tiempo y dinero[19]. De hecho, esta norma pone de manifiesto que quién más suele abusar de los plazos del procedimiento buscando la prescripción no son los sujetos pasivos, víctimas de los delitos, sino los sujetos activos de estos (absoluciones por prescripción).

También llama la atención que la Sentencia comentada, y la jurisprudencia que la precede, aluda a «perjudicado» por el delito y no a la de sujeto pasivo o víctima del delito que también es perjudicado, no pudiéndose considerar espurio posponer el ejercicio de la acción penal por la existencia de una hipotética negociación extrajudicial para la reparación del daño sufrido, ya que la reparación es un derecho de toda víctima del delito, y el plazo de prescripción se ha fijado en atención a la gravedad del mismo. En realidad, lo único y verdaderamente espurio y reprochable es la comisión del delito, no su reparación o el momento en que se ejerce la acción penal por el sujeto pasivo del delito, víctima y/o perjudicado por aquel y a la que la existencia del derecho a la tutela judicial efectiva del sujeto pasivo puede ayudar a conseguir.

En segundo lugar, la citada fundamentación no distingue la condición de sujeto pasivo de delitos públicos o semipúblicos de los escasos delitos privados existentes en el Código Penal, y que solo pueden perseguirse mediante querella del ofendido, y en donde la posición de la víctima de estos pudiera ser más próxima a la de un mero perjudicado civil, ámbito en el que no se conoce la cuasi prescripción.

En tercer lugar, no cabría olvidar que, a diferencia de otras ramas del ordenamiento jurídico, en el Derecho penal la sustanciación de los procedimientos no constituye una cuestión de parte, excepción hecha de los denominados delitos privados, sino que en la inmensa mayoría de ellos son perseguibles de oficio, al existir un interés público su persecución. Por ello, los delitos de

---

[18] *Vid. Magistrates´ Court Act* de 1980; HUNGERFORD-WELCH, *Criminal Procedure and Sentencing*, 8ª ed., 2014, p. 248 ss.; en el ámbito norteamericano, LISTOKIN, «Efficient time bars: a new rationale for the existence of statutes of limitations in criminal law», *Journal of Legal Studies*, (31), 2002, p. 100, pone de manifiesto que diversos estados de USA, siguiendo el modelo británico no recogen la prescripción de los delitos, salvo para las infracciones penales de escasa entidad.

[19] En concreto, dispone el art. 97.3 SchStGB: «*Ist vor Ablauf der Verjährungsfrist ein erstinstanzliches Urteil ergangen, so tritt die Verjährung nicht mehr ein*» («Si se dictara sentencia en primera instancia antes de que hubiera transcurrido el plazo de prescripción, ya no cabrá aplicar la prescripción»). En definitiva, como afirma GRISCH, *Die strafrechtliche Verjährung der Wirtschaftskriminalität als Ausdruck von Klassenjustiz*, 2006, p. 126, esta regla supone un «avance incuestionable», considerando además que satisfaría las exigencias del Estado de Derecho, y, sobre todo, los fines de prevención general –positiva–.

calumnias, de acusaciones o denuncias falsas, o la simulación de delitos (arts. 456 y 457 CP), están referidos exclusivamente al proceso penal, o cuando no, delitos como los de obstrucción a la Justicia (v. gr. art. 464 CP) captan cualquier conducta grave realizada contra los intervinientes en un proceso, entre las que no se podría incluir la advertencia con interponer una denuncia, en el ejercicio de su derecho a obtener la tutela judicial efectiva, efectuada por el sujeto pasivo de un delito contra el sujeto activo del mismo, lo que, además, no constituiría tampoco un delito de amenazas, sea cual fuere el orden jurisdiccional.

En cuarto lugar, no hay que desconocer que, tras el establecimiento de plazos limitados para llevar a cabo la instrucción, pese a que se puedan conceder prórrogas por la complejidad de los asuntos, un criterio de prudencia, para el buen fin de la acusación, puede aconsejar una estrategia de preparación y recogida de pruebas, previas a la interposición de una denuncia o de una querella, sin que por esto tampoco tenga que, posteriormente, tener efectos favorables para el condenado. Es más, figuras como la cuasi prescripción puede motivar presentaciones apresuradas de denuncias o de querellas para evitarla o el alargamiento de la instrucción policial, la cual no prescribe y es menos garantista, generando lo que se dice fundamenta la cuasi prescripción: que no haya una tutela judicial efectiva para las víctimas de los delitos.

Por último, lo que tampoco sería una cuestión baladí, habría que plantear la cuestión relativa a la prueba de los motivos del retraso (?), dentro del plazo de prescripción previsto para interponer la denuncia, para que aquellos pudieran ser considerados como hechos ciertos. Sobre todo, si se quiere observar y no conculcar la doctrina jurisprudencial de que las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal han de resultar probadas con la misma entidad que los hechos enjuiciados[20]. Con ello se daría lugar a que las víctimas del delito tuvieran que llevar a cabo una prueba absurda: la de su derecho a activar la tutela judicial efectiva en el ámbito temporal que mejor convenga a sus intereses, y que, en todo caso, se ve obligada por la acción típica, jurídica, imputable y punible del sujeto activo.

En cuanto al argumento relativo a que el art. 259 de la LECrim[21], es un antídoto frente a las estrategias dilatorias de los sujetos pasivos del delito, víctimas y o perjudicados, tampoco se comparte pues no parece estar directamente dirigido a ellos y sí referirse, de una manera general, a un deber de puesta en conocimiento de la noticia *criminis* ante la Administración de Justicia, se sea o no sujeto pasivo de aquellos.

Tampoco se comparte el argumento esgrimido de que la pseudo atenuante analógica de cuasi prescripción obedece a «la necesidad de prevenir la inactividad de las autoridades, evitando así la desidia institucional, que provoca serios perjuicios a la víctima...», pues la (in-)actividad de aquellos comienza con la denuncia, y parece una *contraditio in terminis* sostener que la presentación tardía beneficia al sujeto pasivo, víctima y/o perjudicado, porque puede así negociar mejor una reparación, para, al mismo tiempo, afirmar que los perjudica.

[20] Cfr. SSTS 1596/2001, Penal, de 19 septiembre (ECLI:ES:TS:2001:6948); 152/2019, de 21 marzo (ECLI:ES:TS:2019:948).

[21] Este precepto dispone que: «El que presenciare la perpetración de cualquier delito público está obligado a ponerlo inmediatamente en conocimiento del Juez de instrucción, de paz, comarcal o municipal o funcionario fiscal más próximo al sitio en que se hallare, bajo la multa de 25 a 250 pesetas».

5. Consideraciones críticas conclusivas

La figura de la cuasi prescripción, como ha sucedido con el delito continuado o el delito masa, ha sido una creación jurisprudencial, si bien aquellas, a diferencia de estas otras, no ha sido incorporada al Código penal, probablemente, porque la prescripción misma o la atenuante de dilaciones indebidas ya satisfacen los fines para los que la cuasi prescripción se ha querido construir, a la manera de un cierre de un círculo atenuatorio por el transcurso del tiempo.

No obstante, la Sentencia comentada intenta hallar un moderado –aunque también cuestionable– ámbito más restringido de actuación, y que podríamos denominar cuasi prescripción pre procesal con causa, pero que no solo carece de cobertura legal, sino que contradice la propia doctrina sentada por el TS en materia de atenuantes analógicas, pudiendo tener efectos colaterales no deseables.

Resulta criticable que en sendos Acuerdos del Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo se rechace la posibilidad de apreciar a la cuasi prescripción como atenuante analógica a las dilaciones indebidas, precisamente, por carecer de base legal[22] para que, años más tarde, sea el propio Tribunal Supremo el que le dé carta de naturaleza como una –pseudo– atenuante analógica.

De todas formas, esta cuestión no es nueva y tiene otros ejemplos históricos significativos como lo fue la aplicación de la circunstancia analógica de «no ser funcionario público» para atenuar la responsabilidad penal de los *extraneus* en los delitos especiales. Anómala construcción que se mantuvo, junto con otras, hasta que fue introducido el art. 65.3 del Código Penal[23], y sin que esta fórmula, como ahora sucede con la cuasi prescripción, se considerara técnicamente deseable entonces.

No se puede colocar en el mismo plano las estrategias de defensa particulares y dilatorias del imputado o la dilación indebidas imputables a la Administración de Justicia que las estrategias e para obtener una reparación por parte de la acusación, sobre todo, cuando se trata de delitos públicos o semipúblico, sean ejercidas por la Fiscalía, que persigue la protección de intereses públicos y la legalidad, y/o por las otras acusaciones, ya que el proceso penal se articula para la protección de bienes jurídicos penales de aquellos. Estos, además, también tienen el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva como sujetos pasivos, víctimas del delito y perjudicados, así como también indirectamente el conjunto de la sociedad, a diferencia de lo que pudiera suceder en el ámbito de un proceso civil en el que las partes cuentan con igualdad de armas, y excepción hecha de los delitos privados.

Tampoco es casualidad que, a diferencia de lo que sucede en otros órdenes jurisdiccionales, solo en y para el proceso penal se hayan articulado delitos específicos que preservan la búsqueda de la verdad material o procesal en el ámbito de la jurisdicción penal, y sin olvidar que, incluso

[22] Dado que en la misma se proponía la analogía con la eximente incompleta de ejercicio del derecho a un proceso público con todas las garantías.

[23] Cfr. por todas STS 1493/1999, Penal, de 21 diciembre (ECLI:ES:TS:1999:8670) en el que se apreciaba a la atenuante analógica en relación con los artículos 65 y 420 del Código Penal de 1995; o la 1336/2002, Penal, de 15 julio (ECLI:ES:TS:2002:5315): atenuante analógica al cooperador necesario del delito fiscal al no ser él directamente concernido por el deber infringido.

estadísticamente, no es la presión de las partes acusadoras la que motiva el mayor número de procesos por delitos de obstrucción a la Justicia.

El ejercicio de una acción penal tiene que ser interpuesta en tiempo y forma, y hasta que surgió la disruptiva pseudo atenuante de la cuasi prescripción, el ejercicio «en tiempo» solo implicaba llevarlo a cabo en cualquier momento antes que se produjera la prescripción del delito. Por ello, cuanto se da carta de naturaleza a esta figura se está infra protegiendo bienes jurídico-penales en relación con la que se obtendría del resto de bienes jurídicos en el ámbito de las jurisdicciones civiles, laboral o contencioso-administrativa, en las que no juega ningún papel el día en el que se presenta la demanda o denuncia, con tal que no haya transcurrido todo el plazo previsto para su interposición. Y sin que entre los derechos fundamentales del justiciables pueda ser incluida la prescripción penal del delito.

Es más, de asumirse la conexión de la cuasi prescripción con el derecho a la tutela judicial efectiva, en los estados de nuestro entorno cultural, a los que se ha hecho referencia más arriba, en los que no existe prescripción o la protección penal se vuelve imprescriptible, habría que concluir que los sujetos pasivos, víctimas y/o perjudicados, gozarían de una posición reforzada con relación a los sujetos pasivos en España, ya que aquellos pueden utilizar el procedimiento penal como un mecanismo para ser reparados, sin tener que ser objeto de la victimización secundaria del proceso penal, aspecto que parece pasar desapercibido cuando se intenta llevar a cabo la construcción de la pseudo atenuante de cuasi prescripción.

En efecto, si el ámbito en el que se pergeña aplicar la pseudo atenuante de cuasi prescripción es el de los supuestos en los que «la parte perjudicada recurre a una dosificada estrategia que convierte el ejercicio de la acción penal –con los efectos de toda índole que de ello se derivan– en un elemento más de una hipotética negociación extrajudicial para la reparación del daño sufrido», esto conduce a prejuzgar que la actuación de los sujetos pasivos, víctimas y/o perjudicados en estos casos llevan a cabo un comportamiento con motivos espurios –«propósito de generar una interesada incertidumbre en el autor del hecho»–.

Sin embargo, en realidad con tal construcción no solo se demoniza la reparación de las víctimas, sino que se somete a los sujetos pasivos, víctimas y/o perjudicados por el delito a una suerte de proceso probatorio sobre las razones o motivos por los que interpuso su denuncia o querella no inmediatamente, sino en un momento posterior, aunque dentro del plazo legalmente señalado de prescripción. De esta manera, para poder atenuar la responsabilidad penal del que ha sido condenado porque ha delinquido hay que someter al sujeto pasivo a una victimización terciaria: probar que denunció sin motivos espurios, considerando por tales haber pretendido una reparación sin la victimización secundaria del proceso, sobre todo, en determinados delitos o para mejora aquella en el ámbito de la fijación de las consecuencias jurídicas del delito que se cometió, no por, sino contra las víctimas del delito.

Si se suscribe que unos desmedidos plazos de prescripción, previamente determinados por la ley, puede alterar el fin de prevención especial de las penas, habría que concluir que tal cuestión no se subsana con una imposible atenuante analógica, sino en sede de instar las necesarias reformas del instituto mismo de la prescripción, pero no se puede afirmar que la imposición de la pena es extemporánea, a efectos de prescripción, si esta no se ha completado.

En suma, hasta que no se lleve a cabo una reforma legislativa, la cual más bien debería producirse en sede procesal[24], no hay base legal para la admisión de la cuasi prescripción pre procesal por la alegada concurrencia de motivos espurios en el sujeto pasivo, víctima y/o perjudicado de un delito, consistente en obtener una mejor reparación por el delito que se ha sufrido, único ámbito en el que la STS 849/2023 parece admitirla.

Es cierto que en los últimos años se ha asistido, en el marco singular, aunque no únicamente, de la lucha contra la corrupción y los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales a un incremento de los plazos de prescripción y de la duración de las penas para intentar soslayar las denominadas «absoluciones por prescripción», así como a la introducción de reformas de difícil comprensión y viabilidad aplicativa, como lo sería la regla recogida en el 132.1-III[25]. Pero ni siquiera normas de este calado justifican que el Alto Tribunal no cierre totalmente la puerta a la pseudo atenuante analógica de cuasi prescripción, y que siga dejándola entornada.

[24] GÓMEZ COLOMER, *Constitución y Proceso Penal,* 1996, p. 237, proponía incluir en la legislación un presupuesto procesal que se basara en impedir la celebración del juicio cuando ha trascurrido demasiado tiempo, esto es, una especie de prescripción procesal fundada en la máxima de aceleración del proceso.

[25] Según dispone este precepto, «En los delitos de tentativa de homicidio, de lesiones de los artículos 149 y 150, en el delito de maltrato habitual previsto en el artículo 173.2, en los delitos contra la libertad sexual y en los delitos de trata de seres humanos, cuando la víctima fuere una persona menor de dieciocho años, los términos se computarán desde que la víctima cumpla los treinta y cinco años de edad, y si falleciere antes de alcanzar esa edad, a partir de la fecha del fallecimiento».

InDret
2.2024

¿Apropiación indebida de la herencia yacente?

Comentario a la STS 885/2023, de 29 de noviembre

Nuria Pastor Muñoz
Universitat Pompeu Fabra
nuria.pastor@upf.edu

-

La Sentencia del Tribunal Supremo objeto del presente comentario[1] constituye una resolución especialmente adecuada para reflexionar sobre el alcance y fundamento de la excusa absolutoria de parentesco del art. 268 CP, así como sobre los problemas específicos que plantean aquellos supuestos en los que el patrimonio objeto del injusto es una herencia yacente. A continuación, expongo brevemente los hechos, los argumentos del recurrente y los de la STS, para después abordar los problemas esenciales que, en mi opinión, plantea la resolución.

1. Los hechos y las sentencias de la Audiencia Provincial de Zamora y el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León

Nicolás tenía una cuenta bancaria que contenía parte de su patrimonio (o todo, pues la sentencia no precisa si y, en su caso, qué otros bienes pertenecían a Nicolás). Su hermana Juana era cotitular de la cuenta, pero queda probado que esta última pertenecía «exclusivamente a la espera patrimonial de D. Nicolás», porque los ingresos y los cargos de la cuenta estaban referidos a este último. Nicolás falleció el 4.4.2019, realizando Juana tres reintegros de la cuenta bancaria, en concreto, dos el mismo día del fallecimiento, de 10.000 y 3.000 euros, tras la muerte de su hermano y un tercer reintegro el día siguiente, de 40.000 euros (dejando un saldo de aproximadamente 28 euros). En el mes de mayo, tras haber nuevos ingresos en la cuenta, Juana realizó dos reintegros adicionales (1.500 y 3.000 euros). El total de lo reintegrado ascendía a 57.850 euros. En el momento del fallecimiento, Nicolás tenía un hijo, Mariano, fruto de su relación con su esposa, de la que había separado en 1987. Juana sabía de la existencia de Mariano y, dicen los hechos, Juana realizó los reintegros «con la intención» de que Mariano no percibiera cantidad alguna de la herencia de Nicolás. Por lo demás, Nicolás no suscribió documento alguno expresando su voluntad de desheredar a su hijo Mariano (relevante conforme al art. 853 CC). No consta que Nicolás hubiera hecho testamento, por lo que en este caso la sucesión era intestada conforme al art. 921 CC, siendo su hijo el primero con derecho de suceder (tras este, los padres del causante, el cónyuge no separado y, después, los hermanos).

[1] STS 885/2023, Penal, de 29 de noviembre (ECLI:ES:TS:2023:5271)

Estos hechos fueron juzgados en primera instancia por la Audiencia Provincial de Zamora (sentencia de 30 de abril de 2021)[2], la cual condenó a Juana como autora de un delito continuado de apropiación indebida del art. 253 CP, en su modalidad agravada del art. 250.1 nº 5 por el valor de lo defraudado. La condenada interpuso recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, el cual desestimó el recurso (STJCL 71/2021, de 1 de octubre)[3]. Contra la sentencia de este último Juana interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo: a los argumentos del recurso y las respuestas del Tribunal Supremo en su sentencia dedico los apartados siguientes.

2. Los argumentos del recurso de casación

El recurso de casación se basa en un único motivo: en su opinión, en el caso se debería haber apreciado la excusa absolutoria de parentesco del art. 268 CP. El dinero del que se apropió Juana era propiedad de su hermano fallecido Nicolás y que el momento de la apropiación fue posterior al fallecimiento y antes de la aceptación de la herencia por parte del hijo (si este no la aceptara, sería heredera la madre del fallecido y, si no, su hermana Juana). Así las cosas –entiende el recurso– hay dos razones para sostener la aplicación del art. 268 CP.

(i) El primer argumento reza que, mientras la herencia se encuentra yacente «deben pervivir los efectos excluyentes de la responsabilidad penal previstos en el artículo 268 CP derivados de la relación mantenida con el causante». Así pues, conforme al recurso, la relación de parentesco entre hermanos se prolongaría tras la muerte de uno de ellos y hasta que la herencia sea aceptada y, con ello, incorporada a la esfera patrimonial del heredero. Si se me permite la licencia, el recurso partiría de que el parentesco entre los hermanos se mantiene pese al fallecimiento de uno de ellos, es decir, parentesco entre una persona y una herencia yacente por ser el causante hermano de la primera, asumiendo la ficción de que la herencia yacente tiene como titular, a efectos de art. 268 CP, al causante.

(ii) Por otra parte, el recurso sostiene que en caso de que se den las condiciones de aplicación del art. 268 CP entre la autora y el posible heredero, ello impediría la condena por el delito cometido sobre la herencia yacente. Así, en el momento de la comisión del delito se debería apreciar la excusa absolutoria de parentesco basándose en la relación entre el autor del delito y la persona que (quizá) acepte la herencia y devenga, con ello, titular. Nótese que, en puridad, este argumento es sustancialmente distinto – alguno diría: incompatible – con el primero, pues aquí el recurso concibe la herencia yacente como parte del patrimonio del heredero, es decir, aquí, valga el juego de palabras, la recurrente no quiere «alargar» la vida del fallecido a efectos (solo a efectos) del art. 268 CP –como hace con su primer argumento– sino «adelantar» la adquisición de la herencia a efectos del art. 268 CP.

3. Los argumentos de la Sentencia del Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación y expone cuál es, a su entender, la relación entre artículo 268 CP y herencia yacente. Veamos sus argumentos.

[2] SAP Zamora, Sección Primera, de 30 de abril de 2021 (ECLI:ES:APZA:2021:209)

[3] STSJ Castilla y León, Penal, de 1 de octubre de 2021 (ECLI:ES:TSJCL:2021:3407).

Por una parte, el Tribunal afirma con la muerte del causante «desaparece todo fundamento material de la excusa absolutoria con relación a conductas típicas» cometidas tras la muerte. En virtud de tal «fundamento político-criminal (…) se considera conforme a valores ético-sociales compartidos que el Estado renuncie a la imposición de la pena respecto a determinadas conductas típicas que lesionan el patrimonio ajeno si entre el perjudicado y el autor se da alguna de las relaciones afectivas o parentales previstas en la norma. Se parte de la presunción de que, en estos casos, la respuesta reparatoria, restitutoria o indemnizatoria de naturaleza civil resulta suficiente para recomponer el conflicto afectivo-familiar, evitando de este modo, que la sanción penal de la persona responsable añada un elemento de particular aflictividad que pueda agravarlo». Y afirma que la «consecuencia lógica» es la exigencia de que *en el momento de la comisión del delito* concurra la relación de parentesco entre autor y víctima. De entrada, nada hay que objetar a la afirmación del Tribunal Supremo conforme a la cual con la muerte desaparece la relación de parentesco que unía a autor y causante y, por supuesto, también es coherente basar dicha afirmación en la falta de relación de parentesco en el momento de la comisión del delito. En ese sentido, se puede concluir que el primer argumento del recurso no es admisible. Ahora bien, nótese que en la fundamentación material de la excusa del art. 268 CP, la doctrina del Tribunal Supremo cuestiona precisamente la exigencia de simultaneidad entre hecho delictivo y relación y parentesco: si se trata de evitar los efectos «nocivos» de la pena para la relación afectivo-familiar, ¿no debería decaer la aplicación del art. 268 CP en aquellos casos en los que tras la comisión del delito ha desaparecido la relación de parentesco? Ejemplos: el marido comete un delito patrimonial contra la mujer y después se divorcian; un hermano sustrae bienes a otro y después la víctima muere. La exigencia de simultaneidad puede tener pleno sentido, pero no es la «consecuencia lógica» del fundamento político-criminal del art. 268 CP defendido por la jurisprudencia. El fundamento debería ser, en su caso, otro –la menor gravedad de delito patrimonial cometido entre parientes–.

Por otra parte, en su respuesta al segundo argumento del recurso, el Tribunal Supremo, tras subrayar que con la muerte del causante nace el derecho a suceder en los términos del art. 657 CC y que la herencia yacente es un patrimonio sin titular o con titular indeterminado que puede actuar en el tráfico jurídico –fin de conservación, responder de sus obligaciones– y que ostenta un interés de conservación protegido por el Derecho –protección que no requiere un titular, «un derecho actual e inmediatamente atribuido a una persona física o jurídica determinada»–, sostiene que es posible cometer un delito patrimonial *contra* la herencia yacente. Así las cosas, concluye que la herencia yacente no tiene, en definitiva, relación de parentesco alguno con la autora, pero añade lo siguiente: «si después de la firmeza de la sentencia condenatoria se aceptara la herencia por un heredero que de haberla aceptado antes se hubieran dado las condiciones de aplicación de la excusa del articulo 268 CP, se inste la vía de la revisión» pues «*si la aceptación hace que el heredero sea titular del patrimonio hereditario desde la muerte del causante* –artículos 657 y 989, ambos, CC–, *también desde esa fecha deberá ser tenido como perjudicado por los delitos que recayeron sobre dicho patrimonio*» (el resaltado es mío) y concluye: «la aceptación ha de calificarse como un "hecho" de conocimiento sobrevenido que, de haberse conocido al tiempo del juicio, hubiera determinado la absolución de la persona condenada». En el caso, no se tiene constancia de si el hijo ha aceptado o no la herencia; mientras no haya aceptación, se debe castigar la apropiación indebida cometida por Juana.

Este argumento resulta algo sorprendente, pues el Tribunal Supremo alude a la posibilidad de revisión basándose en un «hecho de *conocimiento* sobrevenido», cuando en realidad estamos ante un «*hecho* sobrevenido» o posterior al delito, a saber, la aceptación de la herencia. Este

argumento no es sostenible, si bien ello no empece explorar otras argumentaciones que, en su caso, permitan llegar a la misma conclusión que el Tribunal. En efecto, aunque parezca que la retroacción de los efectos de la aceptación de la herencia al momento del fallecimiento prevista en el Código civil sería un punto de apoyo para entender que, una vez aceptada la herencia, puede considerarse que los delitos cometidos sobre la herencia yacente se han cometido contra el heredero, ello no es admisible desde el punto de vista jurídico-penal. El efecto eximente del art. 268 CP no se puede aplicar retroactivamente basándose en una relación de parentesco que nace después del delito. En el caso: si el Tribunal Supremo afirma que la herencia yacente es un patrimonio sin titular, el delito cometido sobre esta no puede quedar abarcado en ningún caso por el art. 268 CP, cuestión distinta es si se puede dar relevancia al parentesco entre el autor (en el caso, Juana) y quien tiene derecho a suceder –sobre ello *infra*–. Decir que se puede imputar retroactivamente una relación de parentesco inexistente en el momento del hecho no es coherente con la afirmación del mismo Tribunal Supremo conforme a la cual el parentesco debe existir *en el momento del hecho* –harina de otro costal es que esa exigencia no case bien con el fundamento político-criminal esgrimido para explicar la excusa absolutoria–.

4. ¿Apropiación indebida de la herencia yacente?

Si atendemos a la regulación jurídico-civil de la herencia yacente, hemos de concluir que esta ni puede ser considerada titularidad del causante, pues este ha fallecido, ni puede ser considerada titularidad del llamado a suceder antes de que la acepte, precisamente porque este aún no la ha aceptado –y es posible que dicha aceptación no tenga lugar y sea otra persona quien devenga titular de la herencia–. Así las cosas, el único vínculo que podríamos establecer entre herencia yacente y el futuro heredero (sea el primer llamado a heredar u otra persona en el orden sucesorio) es el derecho de este último a suceder. Así, un delito patrimonial cometido sobre la herencia afectaría al heredero en la medida en que menoscabaría el valor patrimonial de su derecho a suceder. A esto se añade otro problema, a saber, que en el momento del delito no se sabe quién ejercerá su derecho a suceder (si el primer llamado a hacerlo u otras personas que tienen derecho a hacerlo en caso de que el primero no acepte la herencia).

Así las cosas, existen dos planteamientos posibles. La *primera solución* consiste en entender que el patrimonio sobre el que se comete el delito es la herencia yacente, considerándola sujeto pasivo del delito –así el Tribunal–, en términos semejantes a lo que ha hecho nuestra jurisprudencia en el caso de la sociedad de gananciales. La *segunda solución*, en cambio, tomaría como referencia el patrimonio del futuro heredero, «ignorando» la autonomía de la herencia yacente, como ha hecho una línea jurisprudencial en casos de sociedades familiares a efectos de poder apreciar la excusa absolutoria de parentesco entre el autor y el socio de la sociedad perjudicada emparentado con aquel. Así, en el caso de un hermano que cometió una apropiación indebida de bienes de una sociedad en la que él mismo y su hermano eran partícipes, el Tribunal Supremo «levantó el velo», dando relevancia a la relación de parentesco a efectos del art. 268 CP (STS 94/2023, Penal, de 14 de febrero [ECLI:ES:TS:2023:401]). El argumento esencial en estos casos ha sido que "los intereses de la sociedad son (…) coincidentes con los de los socios" cuando el patrimonio social presenta escasa complejidad, de manera que difícilmente se puede diferenciar socio y sociedad (STS 387/2023, Penal, de 24 de mayo [ECLI:ES:TS:2023:2419], entre otras) –ello no ocurriría, en cambio, cuando alguno de los socios de la sociedad no tiene relación de parentesco con el autor del delito (STS 9/2024, Penal, de 11 de enero [ECLI:ES:TS:2024:67])–. Con todo, hay resoluciones en sentido contrario –y, por ello, partidarias del primer camino aquí esbozado– que entienden que el art. 268 CP no es aplicable cuando los delitos han sido cometidos

por medio de personas jurídicas (STS 9/2024, con referencias a otras resoluciones), es decir, en lo que aquí interesa, estas resoluciones optarían por la *primera solución*.

El *primer camino* consiste, pues, en identificar la herencia yacente como sujeto pasivo. En puridad, eso es lo que afirma al principio el Tribunal Supremo en la sentencia objeto del presente comentario, si bien después sostiene que la titularidad que nace en el momento de la aceptación de la herencia, permite imputar retroactivamente tal titularidad no solo en los términos en los que lo prevé el Derecho civil, sino también a efectos de la excusa absolutoria del art. 268 CP. Concebir la herencia yacente como patrimonio autónomo sobre el que recae el delito es perfectamente sostenible, pero no la (nueva) valoración de un delito cometido *contra la herencia yacente* como delito cometido *contra el heredero* basándose en un hecho postdelictivo, a saber, la aceptación de la herencia. En el momento del delito el sujeto que *después* deviene heredero no es titular a efectos penales, y tampoco lo es por el hecho de que a efectos civiles se le considere titular desde el momento del fallecimiento. El Derecho civil puede operar de ese modo, pero no el Derecho penal. Por ello, si se parte de la interpretación conforme a la cual la relación de parentesco del art. 268 CP debe existir en el momento del hecho, solamente será posible fundamentar dicho parentesco si defendemos que la conducta delictiva se dirigió no a la esfera patrimonial «herencia yacente» sino a la esfera patrimonial del futuro heredero. Ese es, en efecto, el *segundo camino*. Este consiste en poner el acento en que, en realidad, la herencia yacente es materialmente parte de la esfera del futuro heredero –la persona que ejerza su derecho a suceder–. Ello podría tener sentido y, de hecho, operamos en cierta medida en estos términos cuando en los *trusts* y negocios fiduciarios diferenciamos entre la titularidad formal y la titularidad material, entendiendo que es esta última la relevante a efectos de definir la esfera patrimonial jurídico-penalmente protegida. La cuestión es si esta visión material del patrimonio, que en lo que alcanzo es perfectamente aplicable en los casos de administración desleal, es trasladable al delito de apropiación indebida. En tal caso, el problema esencial es que el derecho de propiedad lo define el Derecho privado y, por ello, no sería posible considerar «propietario» al futuro heredero que aún no ha aceptado. Con todo, nótese que la interpretación del art. 253 CP no exige estrictamente una afectación del derecho de propiedad –en los casos de préstamo de dinero entendemos que el art. 253 CP protege el derecho de crédito–, por lo que esta objeción se podría salvar.

Así las cosas, aunque la *primera solución* simplifica la identificación del patrimonio menoscabado por el correspondiente delito, no tiene en cuenta la relación entre la conducta apropiatoria y una esfera patrimonial que es perjudicada por aquella conducta, a saber, la de quien ostenta el derecho de suceder. Y es que la agresión patrimonial sobre la herencia yacente presenta la estructura de una actuación sobre una esfera distinta a la del posterior heredero, pero destinada a integrarse en esta última. En efecto, la apropiación indebida cometida contra la herencia yacente menoscaba el valor económico del derecho de sucesión del heredero, pero no operando *sobre los bienes de este*, sino sobre aquellos bienes que el futuro heredero tiene derecho a adquirir en virtud del derecho de sucesión. Ahora bien, si tenemos en cuenta el destino de la herencia yacente, a saber, integrarse en el patrimonio del futuro heredero, así como el hecho de que la protección jurídica de aquella es claramente instrumental –se podría entender como una protección anticipada de los intereses del heredero y los de los acreedores del patrimonio heredado–, tiene sentido contemplarla materialmente como parte de la esfera patrimonial del futuro heredero. Ahora bien, nótese que este segundo camino, sobre todo si pensamos en seguirlo respecto a otros patrimonios «instrumentales», exige un examen muy preciso de cuáles son los presupuestos materiales para dejar de contemplar el patrimonio autónomo (la herencia

yacente u otro) como tal y pasar a concebirlo como «parte» de un patrimonio distinto (el del futuro heredero o, en los casos de sociedades familiares, el del socio). Por lo demás, si este criterio se aplica al caso, podrían darse dos situaciones que hay que examinar: (i) que por falta de aceptación de las personas con una posición superior en el orden sucesorio, fuera la hermana (la autora) quien acabara heredando del fallecido; en tal caso, se debería apreciar una tentativa inidónea (el patrimonio que parecía que se iba a integrar en la esfera de otro, acabó por hacerlo en la esfera de la autora); en la medida en que ella debía contar con la alta probabilidad de que la herencia yacente se acabara integrando en la esfera patrimonial del hijo de Nicolás, no habría problema para afirmar la concurrencia de dolo. (ii) La concurrencia de error en la autora - aunque ello no parece ser así en el caso objeto de la sentencia – sobre la existencia de otras personas con derecho a suceder prevalente al suyo; imaginemos que la autora no hubiera tenido noticia de la existencia del hijo (en tal caso, podría apreciarse un error de tipo que, incluso en caso de ser vencible, conduciría a la impunidad de la conducta –no está tipificada la apropiación indebida imprudente–.

Por último, en el caso no se hace referencia a la existencia de deudas en la herencia de Nicolás ni, por tanto, a acreedores que pudieran haberse visto perjudicados mediante el vaciamiento de la cuenta de Nicolás cometido por Juana. Con todo, nótese que, en caso de haber existido acreedores, podría plantearse si Juana llevó a cabo una conducta constitutiva de frustración de la ejecución en perjuicio de los acreedores de la herencia, una calificación que requeriría examinar si es posible entender que Juana reúne las condiciones del art. 31 CP respecto de la esfera del deudor (la herencia yacente).

5. El fundamento de la excusa absolutoria del art. 268 CP

Por lo demás, la sentencia da pie a reflexionar sobre el fundamento y ámbito de aplicación de la excusa absolutoria de parentesco. El fundamento al que nuestra jurisprudencia alude para explicar la excusa absolutoria es, en puridad, doble: (i) la familia tendría mecanismos para resolver adecuadamente el conflicto, luego la pena no sería necesaria y (ii) la pena agravaría el conflicto afectivo-familiar. Con palabras de la sentencia objeto del presente comentario: «en estos casos, la respuesta reparatoria, restitutoria o indemnizatoria de naturaleza civil resulta suficiente para recomponer el conflicto afectivo-familiar, evitando de este modo, que la sanción penal de la persona responsable añada un elemento de particular aflictividad que pueda agravarlo». Y también en otras resoluciones: «una irrupción del sistema per se dentro del grupo familiar poco recomendable que perjudicaría la posible reconciliación familiar (...) estaría en contra de la filosofía que debe inspirar la actuación penal de mínima intervención y última ratio, siendo preferible desviar el tema a la jurisdicción civil que supone una intervención menos traumática y más proporcionada a la exclusiva afectación de intereses económicos» (STS 111/2023, Penal, de 16 de febrero [ECLI:ES:TS:2023:1235]). Así, este planteamiento (i) parte de que el vínculo familiar está deteriorado (el delito expresa ese deterioro) pero no tanto (algo vinculado a que el autor ha cometido un delito patrimonial sin mediar violencia, intimidación o abuso de vulnerabilidad) como para no estar en condiciones de recomponer la relación familiar y, por ello, desplaza la solución del conflicto a la familia. A la vez, (ii) cuando afirma que el art. 268 CP pretende «preservar la unidad familiar», pues «una eventual condena dificultaría la paz familiar» (STS 9/2024, entre otras), presume necesariamente que en caso de proceso penal y consiguiente condena habría un vínculo familiar vigente que se vería negativamente afectado por la pena. Ahora bien, a la vez, la jurisprudencia exige –condicionada por el tenor literal del art. 268 CP– que el vínculo familiar exista en el momento del hecho y, en cambio, no exige su

pervivencia tras el delito. Esto significa que en los supuestos en los que tras la comisión del delito patrimonial desaparece el vínculo familiar entre autor y víctima –ejemplo: tras la comisión de un hurto de un cónyuge contra otro, estos se divorcian–, no hay un vínculo familiar (i) capaz de resolver el conflicto ni (ii) que pueda verse deteriorado por la imposición de la pena; con otras palabras (i) no hay un contexto familiar capaz de procesar el problema, sustituyendo a la Administración de Justicia, (ii) ni hay vínculo deteriorado cuya recomposición se pudiera ver impedida por la imposición de la pena.

En definitiva, el fundamento de la excusa absolutoria –al margen de que este pueda ser más o menos convincente– exigiría la pervivencia del vínculo familiar tras el delito. Es cierto que, *de lege lata*, podría resultar difícil exigir dicho presupuesto para la aplicación del art. 268 CP –en contra se podría esgrimir que dicha reducción teleológica del art. 268 CP sería contra reo, ampliaría el ámbito de lo punible al añadir una exigencia no recogida en la ley–. Por ello, la pregunta es si, en puridad, no sería más convincente entender que la exigencia de que el vínculo exista en el momento del hecho y solo en el momento del hecho estaría más en armonía con una interpretación distinta que apunta a la menor gravedad del hecho. Así las cosas, la jurisprudencia no lo tiene fácil: (1) podría seguir este último camino (menor gravedad del hecho) e ignorar que la familia puede tener capacidad de resolver satisfactoriamente el conflicto y que la pena podría deteriorar más los vínculos familiares, pero ignorar este aspecto no parece satisfactorio, pues cuando una familia puede resolver el conflicto derivado del delito patrimonial, parece que tiene sentido que la Justicia penal se quede al margen; (2) podría mantener su fundamentación del art. 268 CP, pero añadir la exigencia de un mantenimiento del vínculo familiar para que dicha fundamentación se corresponda con la verdadera existencia de una solución del conflicto en el plano privado y una verdadera necesidad de preservar el vínculo familiar de los efectos nocivos de la pena, pero esta reducción teleológica toparía con la objeción de que, al restringirse el ámbito de aplicación del art. 268 CP, se amplía el ámbito de lo punible; o (3) podría mantener la interpretación que sostiene actualmente, si bien con la consecuencia insatisfactoria de que en todos aquellos casos en los que el vínculo familiar se ha disuelto tras la comisión del delito, se está partiendo de una ficción – ni hay una familia que resuelva el conflicto ni un vínculo familiar cuya recomposición se vería impedida por la pena.

Al final, resulta mucho más convincente la solución del Código penal alemán en los casos de hurto entre parientes (§ 247 StGB): la persecución solamente a instancia de parte (una solución que asumió el Anteproyecto de 2008 y que, lamentablemente, no llegó a convertirse en ley): si los parientes creen poder resolver el conflicto sin pena, pueden optar por ello; si la relación está demasiado deteriorada, pueden acudir a la vía penal.

6. Conclusión

Sea como fuere, la Sentencia contribuye sustancialmente a la discusión sobre un problema importantísimo de nuestro Derecho penal económico y patrimonial, a saber, la definición de las esferas patrimoniales y la decisión sobre si hay relación de parentesco cuando entre el autor y la esfera del sujeto finalmente perjudicado media una esfera patrimonial distinta (no personal, incluso instrumental). Muchos son los grupos de casos en los que esta cuestión adquiere relevancia: los casos de administración desleal en sociedades familiares con vínculo de parentesco entre administrador y socios, los casos de delitos patrimoniales de un cónyuge sobre la sociedad de gananciales y, por supuesto, el caso objeto de la sentencia comentada. Por lo

demás, esta resolución da pie a revisar críticamente (de nuevo) el fundamento y alcance del art. 268 CP.

InDret
2.2024

Legítima defensa frente a agresiones provocadas (o sobre el derecho a la defensa «*illicita in causa*»)

Comentario a la STS 97/2022, de 9 de febrero

Francisco Fernández Perales
Universitat Pompeu Fabra
francisco.fernandezp@upf.edu

-

1. Introducción

El Tribunal Supremo recurre por primera vez en la sentencia objeto de este comentario a la estructura de la *actio illicita in causa* en un supuesto de provocación de una agresión ilegítima. Sin embargo, lejos de referir dicha estructura como recurso para proponer una solución capaz de compatibilizar el reconocimiento de un derecho de defensa respecto del provocador y la imposición de una pena a éste por su acción previa –como ha hecho la doctrina, favorable o no a esta solución–, lo hace en complemento de uno de los principales argumentos para negar toda facultad defensiva al provocador agredido, el del *abuso de derecho*. Si bien, en el caso, acaba reconociéndose el derecho a la legítima defensa al provocador al no poder constatarse un vínculo de inmediatez temporal suficiente entre la provocación y la agresión, la particular toma posición del Tribunal Supremo –por lo demás, excesivamente breve sobre una cuestión respecto de la que abunda, en el ámbito doctrinal, propuestas en muy diversos sentidos– da cuenta de la conveniencia de revisar el estado de la cuestión.

2. Antecedentes

2.1. Hechos enjuiciados

El Tribunal Supremo estimó, en su sentencia 97/2022, de 9 de febrero[1], el recurso de casación interpuesto contra la sentencia 143/2020, de 4 de junio de 2020, dictada por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla (ECLI:ES:TSJAND:2020:16346), que confirmaba la sentencia condenatoria de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Málaga 391/2019, de 30 de octubre (ECLI:ES:APMA:2019:4107), por la comisión de un delito de lesiones del art. 150 del Código penal. El Tribunal Supremo casa la sentencia, anulándola y dicta nueva sentencia en la que estima la eximente completa de legítima defensa (art. 20.4 del Código penal). Los hechos se produjeron en un bar sito en la ciudad de Málaga que la víctima, «Ruperto», frecuentaba. El autor de las lesiones, «Norberto», al encontrarse con Ruperto en dicho establecimiento, le dirigió expresiones vejatorias en relación con su nacionalidad. Tales manifestaciones fueron reiteradas «a lo largo de un par de horas», por lo que Ruperto acabó

[1] STS 97/2022, Penal, de 9 de febrero (ECLI:ES:TS:2022:402). Ponente Hernández García.

marchándose del establecimiento. Sin embargo, siendo que tras marcharse y tratar de emprender el camino hacia su domicilio con su vehículo golpeó involuntariamente a otro vehículo allí estacionado, decidió volver a entrar en el establecimiento. Una vez dentro, encontrándose en un estado de intensa agitación, «lanzó dos vasos contra Norberto». A fin de defenderse, éste lanzó a su vez «un vaso de vidrio contra el rostro» de Ruperto, que se rompió en su rostro. Las lesiones consistieron en una «herida incisocontusa» en boca y labio inferior y en la «fractura parcial» de cuatro piezas dentales. Su curación requirió tratamiento médico-quirúrgico, farmacológico y odontológico. La Audiencia Provincial de Málaga absolvió de un delito leve de lesiones a Ruperto –que había agredido a Norberto tras la provocación de éste– y condenó a Norberto por la comisión de un delito de lesiones del art. 150 del Código penal, estimando la concurrencia de la eximente incompleta de legítima defensa (art. 21.1 en relación con el art. 20.4 del Código penal) y la atenuante de embriaguez (art. 21.7 en relación con el art. 20.2 del Código penal), a una pena de un año y seis meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, con el deber de indemnizar a Ruperto «en la suma de 1.222, 90 euros por los días de curación y 11.650,71 euros por secuelas». El Tribunal Supremo, como se ha expuesto *supra*, casa la sentencia dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, que confirmaba la de instancia, estimando la concurrencia de la eximente completa de legítima defensa (art. 20.4 del Código penal), por entender que no concurrió provocación suficiente en el provocador agredido, Norberto, al no constatarse un vínculo de inmediatez temporal entre su provocación y la agresión de Ruperto.

2.2. La defensa ante la agresión provocada como *actio illicita in causa*: posición del Tribunal Supremo

A fin de establecer premisas desde las que discutir si cabía o no hablar del ejercicio del derecho a la legítima defensa, la Sala comienza su exposición refiriendo el «fundamento constitucional de la legítima defensa». Éste no sería otro que «la necesidad, ante ataques injustos, de proteger los bienes jurídicos individuales y de garantizar la prevalencia del Derecho, entendido como instrumento de la adecuada ordenación de las relaciones sociales»[2]. A continuación, examina algunos requisitos cuya concurrencia sería necesaria para que –en sus términos– el derecho de defensa prevalezca sobre el derecho que se lesionaría, «que puede tener igual o incluso superior relevancia iusconstitucional». Concretamente, refiere la necesidad de la defensa y la entidad de la agresión, extrayendo del ámbito de la justificación por legítima defensa los casos de agresiones «irrelevantes» de acuerdo con las «limitaciones ético-sociales» de aquélla, que traerían causa de «la propia Constitución»[3]. Estos presupuestos del derecho a la legítima defensa integrarían su «dimensión axiológica», y asimismo, a juicio de la Sala, lo haría la ausencia de un «comportamiento previo del agredido» que cuestionara la procedencia de la justificación. Si se ha pretendido «intencionadamente» que otro lleve a cabo una agresión contra uno a fin de estar autorizado para defenderse lesionándolo, entiende el Tribunal que parecería «obvio que en estos casos el *provocador* no puede ampararse en el derecho a defenderse legítimamente».

Dos argumentos se ofrecen para sostener esto último. En primer lugar, afirma el Tribunal que el agente estaría abusando del derecho a la legítima defensa, por lo que desaparecería «todo fundamento ético e interés de protección y de preservación del mismo». Como se expondrá, si bien el abuso de derecho –uso de la facultad reconocida legalmente con un fin inadecuado– y la

[2] FJ único inciso segundo.

[3] FJ único inciso tercero.

ausencia de los presupuestos que dan lugar al derecho a la legítima defensa atendiendo al fundamento de ésta –el provocador no puede representar la defensa del ordenamiento jurídico ni concurre necesidad de defensa individual– son argumentos distinguibles, no han faltado en la discusión doctrinal partidarios de negar toda facultad de defensa al provocador que los han presentado conjuntamente. Del mismo modo procede el Tribunal, que llega a afirmar que, si se abusa del derecho a la legítima defensa «en puridad, la propia provocación pasa a convertirse en agresión ilegítima», afirmación que, de ser correcta, conduciría en realidad a otorgar al provocado un derecho de defensa, si bien no parecería pretender expresar eso el Tribunal. En definitiva, a su parecer los supuestos de provocación intencional[4] «responden a la categoría de la *actio illicita in causa*», por estar la defensa «preordenada a lesionar al agresor», de modo que no podría reconocerse un derecho a defenderse, que utilizaría el provocador «para enmascarar su propio y previo plan de agresión ilegítima contra el provocado»[5]. No obstante, la provocación debe reunir una serie de características para que pueda hablarse de una *actio illicita in causa*. Por un lado, debe medirse el «grado de desaprobación, al menos, ético-social que merece». Por el otro, la reacción de quien es provocado debe ser previsible[6].

De lo expuesto por la Sala, el único elemento verdaderamente relevante para la resolución del caso acaba siendo el último mencionado. Si bien se afirma que la provocación «merece toda la desaprobación ético-social» y que hacía previsible una reacción agresiva del ofendido[7], el hecho de que se identifiquen tres secuencias fácticas sucesivas conduce a negar la referida previsibilidad en cuanto a la agresión que finalmente tuvo lugar[8]. En primer lugar, se produjeron las ofensas de Norberto hacia Ruperto. Después, éste abandonó el local, subiéndose a su vehículo, circulando y colisionando con otro vehículo estacionado en un lugar próximo al local. Por último, Ruperto regresa a éste y de forma inmediata agrede a Norberto, que se defiende causando las lesiones ya referidas *supra*. De lo antedicho se desprendería, en opinión de la Sala, que debe negarse «una clara conexión espacio-temporal, un nexo de actualidad, de suficiencia», por lo que el agredido «recupera con toda su extensión el derecho a defenderse»[9]. Los efectos de la provocación se limitarían, por ende, a la responsabilidad del provocador si es que aquélla resultara por sí misma ya típica, y a reducir la culpabilidad –en su caso– del agresor, por actuar por «arrebato, obcecación o estado pasional de entidad semejante»[10].

El pronunciamiento examinado tiene interés en relación con el derecho a la legítima defensa, principalmente, por dos razones. En primer lugar, es la única sentencia del Tribunal Supremo que ha hecho referencia a la estructura de la *actio illicita in causa* al tratar el requisito tercero del art. 20.4 CP. Hasta donde alcanzo, solamente dos sentencias de inferior rango la habían mencionado para resolver un supuesto de provocación de la agresión[11]. Sin embargo, el uso

---

[4] De ser imprudente, el derecho de defensa solamente se «limita o reduce» al reducirse, asimismo, «el interés de protección que fundamenta el derecho a defenderse». FJ único inciso quinto.

[5] FJ único inciso cuarto.

[6] FJ único inciso sexto.

[7] FJ único inciso séptimo.

[8] FJ único inciso octavo.

[9] FJ único inciso noveno.

[10] FJ único inciso décimo.

[11] La SAP Ávila, Sección Primera, de 14 de enero (ECLI:ES:APAV:1998:14) sencillamente refiere la *actio illicita in causa* tras declarar que no cabe estimar la legítima defensa como eximente completa cuando la agresión ha sido provocada intencionalmente, sin ulterior explicación. La segunda resolución que refiere esta estructura es la SAP Madrid, Sección Séptima, de 29 de septiembre (ECLI:ES:APM:2017:13201). Si bien aquí se hace referencia a una

jurisprudencial de la expresión diverge de lo expuesto doctrinalmente en su desarrollo. Como se expondrá, uno de los mayores retos que plantea la referida estructura es determinar si el agente mantiene su derecho de defensa en el momento de la agresión, pese a que acabe siendo castigado en atención a que la ha provocado[12]. Esto es especialmente importante en lo que hace a la intervención de terceros en el hecho[13]. Suele defenderse en la discusión doctrinal que un tercero que intervenga en defensa del provocador, está amparado por el derecho a la legítima defensa de terceros. Sin embargo, quienes han trabajado esta última figura con profundidad afirman que ésta depende de la posición jurídica del agredido, por lo que esclarecer este extremo es fundamental. El Tribunal Supremo, que, por lo general, parece sostener la completa ausencia de derechos de defensa respecto del provocador[14], refiere la estructura de la *actio illicita in causa* solamente para fundamentar el castigo de quien se defiende de una agresión ilegítima, ofreciendo soporte argumentativo al requisito tercero del art. 20.4 CP[15], rechazando expresamente que el provocador intencional cuente con derecho de defensa alguno, de modo que el recurso a la estructura mencionada es incorrecto. En segundo lugar, el interés del pronunciamiento se encuentra en la determinación de si es razonable exigir un nexo temporal entre la provocación y la agresión para descartar que el provocador quede amparado por el

---

de las objeciones básicas al recurso a la estructura de la *actio illicita in causa* para explicar el requisito de la falta de provocación de la agresión –la falta de dominio del hecho del provocador–, el Tribunal no se posiciona respecto de lo que introduce como «posiciones contrapuestas» en la doctrina. Por lo demás, tampoco da cuenta el Tribunal de un elemento característico de esta solución, la posibilidad de que el provocador pueda ejercer el derecho de defensa, pese a ser castigado por haber provocado la aparición de la situación justificante.

[12] Entre otros, por MITSCH, «Rechtswidrigkeit», en BAUMANN *et al.*, *AT*, 9ª ed., 2021, p. 317, nm. 14/66; KIEFNER, *Die Provokation bei Notwehr (§ 32 StGB) und Notstand (§ 34 StGB)*, 1991, p. 48.

[13] Lo destaca MOLINA FERNÁNDEZ, «Causas de justificación», en EL MISMO (coord.), *Memento práctico*, 2023, nm. 1728.

[14] Si bien son escasos los pronunciamientos del Tribunal Supremo al respecto –y menos aquellos en los que se pronuncie la Sala expresamente sobre la cuestión o se estime la existencia de provocación suficiente, que son los que nos interesan a estos efectos– y, ciertamente, no se distingue entre la facultad de defensa en el momento de la agresión provocada, y el castigo del provocador, véase, por ejemplo, la STS, s/n, Penal, de 22 de febrero de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:13677): inaplicación de la eximente completa (se atenuó la pena) a quien acosó a la víctima, provocando imprudentemente (calificación del Tribunal) que ésta le agrediera; STS, s/n, Penal, de 17 de octubre de 1989 (sentencia no disponible en la base de datos del Poder Judicial, extraída de la base de datos Aranzadi): los hechos son relativos a dos sujetos que se negaron a pagar la consumición en un bar de alterne, siendo perseguidos y agredidos por el dueño del local, que les intimidó disparando al aire con un arma de fuego, a lo que uno de ellos respondió dirigiéndose hacia él con una navaja en la mano, siendo herido por un disparo, sobreviviendo al llegar a tiempo al hospital. No se aplica la eximente completa de legítima defensa al dueño del local, que habría provocado «imprudentemente» a sus dos clientes. Afirma el Tribunal que «la provocación suficiente o adecuada por parte del defensor origina un exceso defensivo que da paso a la eximente incompleta», bastando la provocación imprudente y convirtiéndose «en agresor» el provocador cuando la provocación es intencional; STS, s/n, Penal, de 15 de noviembre de 1982 (ECLI:ES:TS:1982:475): inaplicación de la eximente completa a quien amenaza a otro con una escopeta y le dirige graves insulto y acaba siendo objeto de una tentativa de agresión con arma de fuego, a la que responde disparando la suya, alcanzando al provocado. La Sala expuso que «nunca podría ser admitida con el carácter de completa la eximente que pretende el recurrente por la incidencia de la provocación previa y suficiente». Debe considerarse, sin embargo, que la referida tentativa fue consumada imprudentemente respecto de la esposa del provocador, por lo que, de haberse examinado el caso como una legítima defensa de terceros, la resolución pudo haber sido distinta; STS, s/n, Penal, de 18 de enero de 1980 (ECLI:ES:TS:1980:4315): inaplicando la eximente completa de legítima defensa a quien provocó la agresión del hermano de quien habría sido «recriminado y vilipendiado en público» por él. Asimismo, aunque no estiman la concurrencia de provocación suficiente, las SSTS 300/2021, Penal, de 8 de abril (ECLI:ES:TS:2021:1374) y 287/2009, Penal, de 17 de marzo (ECLI:ES:TS:2009:1561) afirman que, cuando concurre una «provocación intencionadamente causada [...] desaparece toda posible idea de defensa favorable al provocador».

[15] De forma similar, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN exponen que «[n]o debe apreciarse legítima defensa, sin embargo, cuando la agresión fue provocada intencionalmente para luego invocar legítima defensa (*actio ilícita* [sic.] *in causa*), porque más que de un derecho se trata de un abuso del derecho y de una manipulación del agresor». Cfr. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 11ª ed., 2022, pp. 300 s.

derecho a la legítima defensa y si, de serlo, el referido nexo debe o no negarse en relación con el supuesto enjuiciado. En lo que sigue, la atención se centrará en la primera cuestión[16].

3. La discusión doctrinal sobre las acciones de defensa frente a agresiones provocadas

3.1. Provocación *suficiente*

Previamente a considerar si cabe legítima defensa frente a la agresión provocada debe aclararse qué hay que entender por provocación. Si ésta debiera ser una acción antijurídica en el sentido que se asigna a este adjetivo en la sistemática de la teoría del delito, el requisito relativo a la falta de provocación de la agresión carecería de sentido, pues una agresión provocada con una acción antijurídica no es sino una *agresión ilegítima* en el sentido de la legítima defensa[17]. Explicado aprovechando el relato fáctico del caso que aquí se comenta: si Norberto, al entrar Ruperto en el local, hubiera golpeado a éste en primer lugar, causándole lesiones de las previstas en el 147.1 CP, y Ruperto hubiera repelido los sucesivos intentos de agresión golpeando a su vez a Norberto, no sería necesario aducir, para negar la legítima defensa de Norberto, que éste ha provocado la agresión. Sencillamente, la acción de Norberto constituiría una agresión ilegítima, de la que Ruperto podría defenderse –en este caso sí– lícitamente en ejercicio del derecho a la legítima defensa. De acuerdo con el código penal español, la falta de provocación de la agresión constituye un requisito del ejercicio del derecho a la legítima defensa. por lo tanto, la única interpretación conforme con el texto legal es considerar que, con *provocación*, no se hace referencia a una provocación equiparable a una agresión antijurídica[18]. Lo antedicho, no obstante, no hace referencia al supuesto en el que la provocación constituye una acción antijurídica de la que cabría defenderse, pero la reacción del provocado tiene lugar después de que la primera cese[19]. Este sería, probablemente, el caso más evidente de provocación al que hace referencia el requisito tercero del art. 20.4 CP.

La acción provocadora a la que hace referencia el código penal no podría, por lo tanto, constituir ella misma una agresión ilegítima de la que quepa defenderse. Por otro lado, debe establecerse también un límite mínimo. De lo contrario, la mera causalidad bastaría para entender que se ha

[16] En todo caso, cabe apuntar que no es cuestión pacífica si cabe exigir inmediatez temporal entre la provocación y la agresión para desestimar la eximente completa ni, en caso de exigirlo, cómo determinar dicha inmediatez. Así, por ejemplo, CEREZO MIR, *PG*, 6ª ed., 1998, p. 243, expone que esta exigencia «carece de base legal y no guarda relación alguna con el fundamento del requisito de la fala de provocación suficiente por parte del defensor: que no puede erigirse en defensor del ordenamiento jurídico aquel que provocó la agresión ilegítima con una acción u omisión antijurídica». El propio Tribunal Supremo, por lo demás, entendió que concurría provocación de la agresión en uno de los casos referidos *supra* (STS, s/n, Penal, de 15 de noviembre de 1982 (ECLI:ES:TS:1982:475) pese a haber transcurrido «de 30 a 40 minutos entre la provocación y la acción agresiva».

[17] En este sentido, MIR PUIG/GÓMEZ MARTÍN, «Artículo 20», en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al Código penal*, 2024, p. 129; MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2016, p. 456, nm. 16/77; CASTELLVÍ MONSERRAT, *Provocar y castigar. El agente provocador y la impunidad del sujeto provocado*, 2020, p. 348; WILENMANN, *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, 2017, p. 431; IGLESIAS RÍO, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa. Consideración especial a las restricciones ético-sociales*, 1999, p. 450; PERRON/EISELE, «§ 32 Notwehr», *Schönke/Schröder-StGB*, 30ª ed., 2019, nm. 54.; PÉREZ DEL VALLE, *PG*, 5ª ed., 2021, p. 164; MITSCH, «Rechtfertigungsgründe», en BAUMANN et al., *AT*, 9ª ed., 2021, p. 346, nm. 15/54; RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung und Notwehrrecht*, 2017, p. 480.

[18] Sin embargo, como se ha expuesto, el Tribunal Supremo refiere la provocación de Norberto como una auténtica agresión ilegítima (STS 97/2022, de 9 de febrero, FJ único inciso cuarto).

[19] Refieren este supuesto RÖNNAU/HOHN, «Notwehr», *LK-StGB*, 13ª ed., 2019, nm. 245.

provocado la agresión y que, por ende, la acción defensiva no está amparada por el derecho a la legítima defensa. Así, también acciones conformes a Derecho podrían constituir una provocación que excluiría el derecho a la legítima defensa. Es decisivo, por lo tanto, que la causa de la agresión ilegítima pueda ser concebida valorativamente como una auténtica provocación. Esta distinción se realiza con referencia al concepto de «suficiencia» de la provocación[20]. Algunos autores proponen entender dicho concepto prescindiendo de consideraciones relativas a la entidad de la provocación –si bien no han faltado estas en la discusión doctrinal[21]–, vinculándolo con su calificación jurídica. Desde este punto de vista, solamente podría excluir la legítima defensa la provocación *ilícita*[22], calificación de la que distinguen la ilegitimidad de la agresión que da lugar a la legítima defensa, «[p]asando el provocador a ser realmente agresor» en tales supuestos[23]. Se ha defendido, también, que la provocación no debe ser ilícita, sino que basta con que sea contraria a la ética social[24]. En definitiva, la provocación suficiente se situaría entre la provocación irrelevante, meramente causal, y la provocación constitutiva de agresión ilegítima.

3.2. El derecho a defenderse de una agresión ilegítima provocada

a. La tesis de la actio illicita in causa: distinción entre los planos de la determinación de posiciones jurídicas y del merecimiento de pena

De poderse afirmar que concurre *provocación suficiente*, según nuestro Código penal no cabe la eximente completa de legítima defensa[25], si bien no parecería haber obstáculo para estimar aplicable la eximente incompleta (art. 21.1 CP en relación con el art. 20.4 CP)[26]. Que la conducta del agente se encuentre próxima a la que sería perfectamente subsumible en el supuesto de hecho de la eximente conduciría, habitualmente, a preguntarse si pese a tratarse de una conducta

---

[20] DÍEZ RIPOLLÉS, *PG*, 5ª ed., 2020, p. 314; MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2016, p. 456, nm. 16/77; CEREZO MIR, *PG*, 6ª ed., 1998, p. 241, distinguiendo entre «provocación suficiente» y «provocación causante».

[21] MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 11ª ed., 2022, p. 300. Será suficiente «sólo cuando la agresión es la reacción normal a la provocación»; ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, *PG*, 10ª ed., 2023, p. 421: «Se entiende suficiente la provocación que a la mayor parte de las personas hubiera conducido a una reacción agresiva». Refiere la provocación de la agresión como una de las expresiones del fenómeno de la motivación delictiva que, en este caso, tiene como consecuencia jurídica el impedir el pleno ejercicio del derecho a la legítima defensa, MARTÍNEZ SANROMÀ, *Motivación e intervención delictiva. Una reestructuración de la «participación psíquica»*, 2023, pp. 40, 61 s.

[22] Entre otros, sostienen que la provocación debe ser ilícita, sin que baste su carácter ético-socialmente reprobable, CEREZO MIR, *PG*, 6ª ed., 1998, pp. 241 s.; VIZUETA FERNÁNDEZ, «La legítima defensa y el estado de necesidad justificante», en ROMEO CASABONA *et al.* (coords.), *PG*, 2013, p. 216; MOLINA FERNÁNDEZ, en EL MISMO (coord.), *Memento práctico*, 2023, nm. 1724-1726; MITSCH, «Rechtfertigungsgründe», en BAUMANN *et al.*, *AT*, 9ª ed., 2021, p. 346, nm. 15/54 s.; ROXIN/GRECO, *AT*, 5ª ed., 2020, p. 802, nm. 15/65. En contra, argumentando que rechazar este criterio no implica tener por *provocación suficiente* acciones socialmente adecuadas, CUELLO CONTRERAS, *PG*, 3ª ed., 2002, p. 829.

[23] DÍEZ RIPOLLÉS, *PG*, 5ª ed., 2020, p. 314.

[24] LACRUZ LÓPEZ, «La legítima defensa y el estado de necesidad», en GIL GIL *et al.*, *Curso de Derecho penal. Parte General*, 2011, p. 439; también, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 11ª ed., 2022, p. 301: «También deben considerarse «provocación suficiente» los casos de provocación imprudente, de conductas antijurídicas no constitutivas de agresión ilegítima y de comportamientos ético-socialmente desaprobados en situaciones excepcionalmente intolerables (bromas de mal gusto, burlas, etc.)».

[25] La discusión en Alemania se sitúa en un contexto radicalmente distinto, pues el § 32 StGB no establece como requisito la falta de provocación previa de la agresión. Esta cuestión es tratada doctrinalmente como una restricción ético-social de la legítima defensa o una restricción basada en el fundamento de ésta. Véase, entre otros, MITSCH, en BAUMANN *et al.*, *AT*, 9ª ed., 2021, pp. 343 ss.

[26] La excluye, sin embargo, IGLESIAS RÍO en los casos de provocación intencional. Cfr. IGLESIAS RÍO, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, 1999, p. 457.

prohibida –que, además, puede repelerse en legítima defensa–, pudiera no merecer pena. En otras palabras, si respecto de la conducta del agente, que constituye la infracción de una norma de conducta, se dan o no la totalidad de los presupuestos para la aplicación de la norma de sanción. Sin embargo, en este caso la discusión gira en torno a la solución inversa, la conservación del derecho de defensa pese al castigo –si bien se ha defendido también la impunidad del provocador, que mantendría a su vez el derecho de defensa, habiendo sugerido parte de quienes sostienen esta solución la mera reducción de las facultades de defensa–[27]. La existencia de la provocación previa a la agresión sugeriría que la conducta del agente merece ser reprochada, puesto que da lugar al conflicto. No obstante, la defensa se llevaría a cabo frente a una agresión ilegítima, por lo que, en el momento de la agresión, el provocador se encontraría en la misma situación que aquel que no ha provocado el conflicto y es agredido.

En esta línea, se ha sostenido que, configurando la defensa como una *actio illicita in causa*, puede mantenerse el derecho de defensa intacto, castigando a su vez al que lo ejerce. No obstante, el castigo no se debería a la acción defensiva, que sería lícita, sino a la acción de provocación[28]. Las

---

[27] MITSCH, en BAUMANN et al., *AT*, 9ª ed., 2021, p. 347, nm. 15/56. Expone este autor que «mientras la provocación no afecte la capacidad del agresor de omitir la agresión o, al menos, finalizarla a tiempo, la limitación del derecho a la legítima defensa no es necesario para su protección [...] Quien no se controla y agrede al provocador, actúa por su cuenta y riesgo. Debe soportar las consecuencias cubiertas por la legítima defensa del agredido». Esta solución, a su juicio, impediría la espiral de violencia a la que abocaría la tesis de la doctrina dominante, que acaba otorgándole un derecho de defensa al provocado en el sentido de limitar la defensa del provocador (p. 348, nm. 15/57). Asimismo, BOCKELMANN, «Notwehr gegen verschuldete Angriffe», *FS-Honig*, 1970, pp. 30 s. Tras criticar las soluciones basadas en la estructura de la *actio illicita in causa* y en el concepto de *abuso de derecho*, expone BOCKELMANN que las ideas fundamentales que subyacen al derecho a la legítima defensa –debe poderse emprender acción defensiva frente a la pérdida y los daños a bienes y el Derecho no debe ceder ante el injusto– conducen a concluir que el provocador también debe poder ejercerlo, haciendo hincapié en que el provocado no es eximido de pena, sino que realiza igualmente –pese a que pueda atenuarse aquélla– una agresión ilegítima de la que el provocador debe poder defenderse; en este sentido, también SPENDEL, «§ 32. Notwehr», *LK-StGB*, 11ª ed., 2003, pp. 143 s., nm. 291, 294-296; en un sentido similar, apunta brevemente SCHMIDHÄUSER en su trabajo sobre la estructura valorativa (*Wertstruktur*) de la eximente de legítima defensa, que la acción del provocado sigue siendo un ataque a la vigencia empírica del ordenamiento jurídico frente al que cabe legítima defensa. Cfr. SCHMIDHÄUSER, «Über die Wertstruktur der Notwehr», *FS-Honig*, 1970, p. 198; también FRISTER descarta una restricción del derecho a la legítima defensa aduciendo que no cabe ampliar los deberes de solidaridad solamente con arreglo a consideraciones de reprochabilidad. Cfr. FRISTER, «Die Notwehr im System der Notrechte», *GA*, 1988, p. 310. Por otro lado, autores como JAKOBS o PAWLIK han propuesto reducir el alcance del derecho de defensa del provocador, debido a que éste debe asumir una parte del coste del conflicto, al considerarse corresponsable en su producción. Cfr. JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, pp, 403 s., nm. 12/49 s.; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 243 (=PAWLIK, *El injusto del ciudadano*, 2023, p. 281); PALERMO, *La legítima defensa: una revisión normativista*, 2006, pp. 355-359; similar, KÖHLER, *AT*, 1997, p. 273; RÖNNAU/HOHN, «Notwehr», *LK-StGB*, 13ª ed., 2019; p. 628, nm. 253.

[28] Esta es la particularidad de la solución. Véase al respecto KÜHL, *AT*, 8ª ed., 2017, p. 229; KIEFNER, *Die Provokation bei Notwehr (§ 32 StGB) und Notstand (§ 34 StGB)*, 1991, p. 48; BITZILEKIS, *Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts. Unter besonderer Berücksichtigung der Notwehrprovokation*, 1984, p. 154; en relación con el estado de necesidad, entre otros, LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, p. 105; SILVA SÁNCHEZ, «Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español», *ADPCP*, (35), 1982, pp. 681, 686. Ampliamente, sobre la *actio illicita in causa*, dando cuenta de su definición (pp. 61 s.) y origen histórico-dogmático (p. 65) y posicionándose a favor del recurso a esta estructura para mantener el derecho de defensa del provocador (incluso en caso de provocación intencional, p. 63), aunque solamente en relación con lo que denomina *causas de justificación del desvalor de la acción*, véase LUZÓN PEÑA, «Actio illicita in causa» y provocacón en las causas de justificación», *ADPCP*, (47-3), 1994. De acuerdo con su clasificación de las causas de justificación entre las que excluyen el desvalor de resultado (legítima defensa, entre otras) y el de acción si concurre el elemento subjetivo y las que excluyen solamente el desvalor de acción (por ejemplo, el estado de necesidad, por cuanto el resultado sigue constituyendo un *mal*), la *aiic* no sería aplicable al caso de la legítima defensa. La concurrencia de esta clase de causa de justificación conllevaría que «el bien jurídico afectado no es digno de protección en el caso concreto», por lo que no cabría exigir responsabilidad al provocador.

críticas dirigidas a esta solución han sido muy diversas[29]. En primer lugar, se ha sostenido que sería contradictorio tener por lícita, conforme a Derecho, la acción defensiva, pero castigar al agente por dar lugar a ésta –tesis de la incompatibilidad (*Unvereinbarkeitsthese*)–[30]. Tampoco convencería la solución de la autoría mediata –que ha tratado de usarse para dar encaje dogmático a la estructura[31]– al tratarse del mismo sujeto y no del autor y el sujeto instrumentalizado por éste[32]. También se aduce que la doctrina de la imputación objetiva parecería dar cuenta de la incorrección de esta propuesta, puesto que el agresor es responsable de su reacción agresiva. Además, se ha opuesto a esta solución que, con ella, se borrarían los contornos de los tipos aplicables en relación con la provocación para dar cabida a ésta, desplazándose también la tentativa a un momento muy alejado de la acción que causa la lesión, haciendo, por lo demás, imposible el desistimiento tras la provocación[33]. Por último, se ha objetado que no es posible en el ámbito de la antijuridicidad una solución análoga a la alcanzada refiriendo la estructura de la *actio libera in causa* en el ámbito de la culpabilidad. En este último caso, se trata de imputar un mismo hecho antijurídico a una acción realizada previamente. En cambio, con la referencia a la estructura de la *actio illicita in causa* se pretende algo distinto, esto es, cambiar el objeto del juicio de antijuridicidad[34].

La gran cantidad de críticas y su ostensible fuerza argumentativa no ha impedido la propuesta de alternativas que mantengan, asimismo, la justificación de la defensa castigando, a su vez, la provocación de la agresión. Así, parte de la doctrina ha sostenido que la solución pasa por la introducción de un tipo penal referido a la acción provocadora[35]. Un delito de peligro cuya punibilidad no obste para entender justificada la acción defensiva. Así, por ejemplo, KIEFNER planteó la tipificación de un delito cuya punibilidad haría depender de que se produzca,

---

[29] Una breve y muy clara descripción de las referidas críticas puede leerse en KÜHL, *AT*, 8ª ed., 2017, pp. 229 s.

[30] BITZILEKIS, *Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts. Unter besonderer Berücksichtigung der Notwehrprovokation*, 1984, p. 159. En su opinión, esta solución contradiría el «sentido y función del concepto de injusto en Derecho penal. Pues o bien se da ese juicio de injusto, o bien se excluye, significando esto que el autor no puede ser de ningún modo responsabilizado por su acción» (pp. 159 s.). Sosteniendo la crítica referida, entre otros, ROXIN/GRECO, AT, 5ª ed., 2020, p. 804, nm. 15/68; «Die „sozialethischen Einschränkungen des Notwehrrechts". –Versuch einer Bilanz–», *ZStW*, (93), 1981, p. 92, calificando la situación jurídica del provocador con arreglo a esta teoría de «aporía irresoluble», puesto que actúa tanto lícita como ilícitamente; comparte el argumento BOCKELMANN, *FS-Honig*, 1970, p. 26, si bien sostiene en este trabajo tanto la justificación como la impunidad del provocador; en términos similares se pronuncia SPENDEL, «§ 32. Notwehr», *LK-StGB*, 11ª ed., 2003, pp. 143 s., nm. 291, 294-296. Contra este argumento, FREUND expone que se basa en el desconocimiento de que ambos momentos –el de la provocación y el de la defensa frente a la agresión– constituyen objetos distintos del juicio de antijuridicidad. A su juicio, de ser correcto aquel argumento, tampoco podría admitirse la estructura de la autoría mediata con instrumento justificado. Cfr. FREUND, «Actio illicita in causa. Ein Übel oder eine Möglichkeit, das Übel an der Wurzel zu packen?», *GA*, (5), 2006, pp. 268 s.

[31] Sobre esta cuestión, BITZILEKIS, *Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts*, 1984, p. 157.

[32] Crítico con esta solución, BITZILEKIS, *Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts*, 1984, p. 158. La autoría mediata no podría servir para desplazar la tipicidad y la antijuridicidad de una acción, sino para determinar los límites de la autoría en relación con un sujeto en concreto. También, IGLESIAS RÍO, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, 1999, pp. 468 s.

[33] La descripción de las referidas objeciones, con referencias, puede encontrarse en KIEFNER, *Die Provokation bei Notwehr (§ 32 StGB) und Notstand (§ 34 StGB)*, 1991, pp. 49- 52.

[34] En este sentido, BITZILEKIS, *Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts*, 1984 p. 157. Similar, ALONSO ÁLAMO, «La acción «libera in causa», *ADPCP*, (42-1) 1989, pp. 74-79.

[35] Sin perjuicio de otras soluciones de cierta relevancia en la discusión. Por ejemplo, MARXEN propuso resolver estos casos recurriendo a la analogía con la estructura de la comisión por omisión por injerencia. Así, el provocador tendría un deber de garante respecto del provocado, *Die „sozialethischen" Grenzen der* Notwehr, 1979, pp. 58 s.

efectivamente, la acción defensiva[36]. También HRUSCHKA, aunque en relación con el estado de necesidad[37], propuso castigar la provocación de la situación de necesidad –a propósito de un caso en el que el conductor de una ambulancia debe atender una emergencia pese a no poder conducir minimizando el riesgo a causa del previo consumo de alcohol– con la tipificación de un delito de peligro, que tendría la siguiente redacción: «Quien dolosa o imprudentemente genere o sea responsable de una situación tal que un interés reconocido legalmente se encuentre en peligro y solo pueda salvarse interfiriendo en el interés legalmente reconocido de otro, estando la interferencia justificada con arreglo al § 34 StGB… será castigado».

b. La doctrina mayoritaria: entre la completa negación de un derecho de defensa y la Drei-Stufen-Theorie en caso de provocación intencional

El sector doctrinal mayoritario –y también la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, como se ha descrito *supra*–, por el contrario, entiende que el provocador intencional no tiene derecho de defensa alguno–sin perjuicio de la aplicación de la eximente incompleta en nuestro país–[38]. Respecto de la provocación imprudente, en cambio, hay acuerdo en que no debe eliminarse por completo el derecho de defensa del provocador, si bien debe verse reducido[39]. Otro sector doctrinal de gran relevancia en la discusión propone mantener también el derecho de defensa en los casos de provocación intencional cuando no sea posible evitar la agresión sin correr un gran riesgo. De lo contrario, la negación del derecho a la legítima defensa constituiría una sanción al provocador, además de una «capitulación frente al injusto»[40]. Como consecuencia de la provocación, sin embargo, el derecho de defensa del provocador se reduce[41]. En este último sentido, además, se ha pronunciado el BGH, dando lugar a la denominada *Drei-Stufen-Theorie*. El provocador agredido deberá, en primer lugar, intentar evitar la acción defensiva, huyendo

---

[36] KIEFNER, *Die Provokation bei Notwehr (§ 32 StGB) und Notstand (§ 34 StGB)*, 1991, pp. 55-58. La redacción del referido tipo penal sería la siguiente: «Quien dolosa o imprudentemente genere una situación que lleve a otro a realizar una agresión en el sentido del § 32 StGB que solo pueda ser repelida con una acción defensiva… será castigado si la acción defensiva misma está justificada según el § 32 StGB» (p. 58). También propone como solución la introducción de un tipo penal que prevea el castigo de la provocación de la agresión RENZIKOWSKI, *Notstand und Notwehr*, 1994, p. 114.

[37] HRUSCHKA defiende mantener la justificación pese al castigo de la acción provocadora de la situación justificante solamente respecto de las que denomina causas de justificación *intrasistemáticas* (sobre este concepto y el de causa de justificación extrasistemática, véase HRUSCHKA, «Extrasystematische Rechtfertigungsgründe», *FS-Dreher*, 1977, pp. 189-210. También, resumiendo su posición, RENZIKOWSKI, «Intra- und extrasystematische Rechtfertigungsgründe», *FS-Hruschka*, 2005, pp. 643-668. Respecto de las extrasistemáticas, como la legítima defensa, la creación imputable de la situación justificante implica la inaplicación de la norma permisiva. Cfr. HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2ª ed., 1988, pp. 375 s.

[38] Ampliamente mayoritario en España, véase entre otros MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 11ª ed., 2022, pp. 300 s.; PÉREZ DEL VALLE, 5ª ed., 2021, p. 165; QUINTERO OLIVARES, *PG*, 5ª ed., 2015, p. 199; VIZUETA FERNÁNDEZ, «La legítima defensa y el estado de necesidad justificante», en ROMEO CASABONA *et al.* (coords.), *PG*, 2013, p. 217; LACRUZ LÓPEZ, «La legítima defensa y el estado de necesidad», en GIL GIL *et al.*, *Curso de Derecho penal. Parte General*, 2011, p. 434; CUELLO CONTRERAS, *PG*, 3ª ed., 2002, p. 827. En Alemania, también mayoritaria esta posición, aunque con destacadas líneas doctrinales en contra. Entre otros, la sostienen ROXIN/GRECO, AT, 5ª ed., 2020, pp. 802 ss, nm. 15/65 ss; STRATENWERTH/KUHLEN, *AT*, 6ª ed., 2011, p. 135, nm. 9/88; MAURACH/ZIPF, *AT*, 8ª ed., 1992, pp. 367 s.; nm. 26/41-45.

[39] Entre otros, refiriendo esta posición como mayoritaria, con referencias, ENGLÄNDER, «Vor § 32», *Matt/Renzikowski-StGB*, 2ª ed., 2020, p. 460, nm. 52.

[40] PERRON/EISELE, «StGB § 32 Notwehr», *Schönke/Schröder-StGB*, 30ª ed., 2019, nm. 57.

[41] PERRON/EISELE, «StGB § 32 Notwehr», *Schönke/Schröder-StGB*, 30ª ed., 2019, nm. 57; asimismo, ENGLÄNDER, «Vor § 32», *Matt/Renzikowski-StGB*, 2ª ed., 2020, p. 460, nm. 51; MURMANN, *AT*, 7ª ed., 2022, p. 303, nm. 25/101 también, fundamentándolo, sin embargo, asignando una posición de garante por injerencia al provocador como co-competente por el peligro, LESCH, «Die Notwehr», *FS-Dahs*, 2005, p. 105.

(*Ausweichen*). De no conseguirlo, deberá llevar a cabo una defensa de protección (*Schutzwehr*). De ser, asimismo, insuficiente, podrá realizarse una acción de defensa agresiva (*Trutzwehr*) si se corre el riesgo de sufrir graves lesiones[42].

La anulación o restricción del derecho a la legítima defensa han sido defendidos, principalmente, refiriendo el fundamento de este derecho –el provocador no puede contar como defensor del ordenamiento jurídico[43] ni necesita defenderse[44]– y calificando la acción del provocador que pretendería defenderse del provocado como un *abuso del derecho* de defensa[45/46], sin perjuicio de otros argumentos vinculados a la ilegitimidad de la agresión del provocado o a la falta de voluntad o de necesidad de la defensa[47]. Entre otros, la primera argumentación ha sido sostenida insistentemente por ROXIN. El derecho de defensa frente a agresiones ilegítimas estaría legitimado ético-socialmente por las dos ideas fundamentales que subyacen a aquél, el principio supraindividual de defensa o mantenimiento del Derecho y la autopreservación. De provocarse la agresión, ninguna de estas consideraciones serviría para otorgar un derecho de defensa. A su juicio, «quien provoque la agresión de otro con una conducta ilícita, se comporta, por obrar fuera de los límites legales, sin legitimación supraindividual y no puede, por ende, actuar como representante y guardián del ordenamiento jurídico frente al provocado». Además, aquel que «deliberada y reprobablemente se coloca en situación de defensa a fin de lesionar a otro, no

---

[42] Describen esta teoría, entre otros, KÜHL, *AT*, 8ª ed., 2017, p. 236, nm. 7/258; IGLESIAS RÍO, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, 1999, pp. 473 s.

[43] WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 88; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, p. 346; GROPP/SINN, *AT*, 5ª ed., 2020, nm. 5/178; recurriendo, también, al fundamento del derecho a la legítima defensa para descartarla en relación con el provocador, pero calificando de «demasiado marcada por representaciones valorativas morales», BITZILEKIS, *Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts*, 1984, pp. 172 ss.

[44] ROXIN, «Die provozierte Notwehrlage», *ZStW*, (75), 1963, p. 567.

[45] ROXIN/GRECO, *AT*, 5ª ed., 2020, pp. 802 s., nm. 15/65 s.; GROPP/SINN, *AT*, 5ª ed., 2020, nm. 5/178; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 11ª ed., 2022, pp. 300 s.; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, «La antijuridicidad», en MORENO-TORRES HERRERA (dir.), *PG*, 6ª ed., 2022, p. 175, que refiere la provocación como «manipulación intencional». Este argumento, por lo demás, ha sido presentado en muchas ocasiones sin la subsiguiente traducción en los términos de la dogmática de la teoría del delito (muy crítico con la tendencia, en el marco de la discusión sobre las restricciones ético-sociales de la legítima defensa, de dejar en un segundo plano la configuración dogmática de la solución, que está en realidad predeterminada, HASSEMER, «Die provozierte Provokation oder über die Zukunft des Notwehrrechts», *FS-Bockelmann*, 1979, p. 230; en cambio, señalando que el caso de la provocación de la agresión no puede resolverse solamente con arreglo a un criterio dogmático, sino que se trata de una cuestión valorativa [*Wertungsfrage*] relativa al grado de responsabilidad de provocado y provocador, STRATENWERTH, *AT*, 4ª ed., 2000, p. 182, nm. 9/83). Como expone KIEFNER, el fundamento dogmático de la restricción de la legítima defensa en los casos de provocación ha sido concebido habitualmente como de segundo rango, irrelevante para la conclusión, bajo el lema «*daß nicht sein kann, was nicht sein darf*». Cfr. KIEFNER, *Die Provokation bei Notwehr (§ 32 StGB) und Notstand (§ 34 StGB)*, 1991, p. 9. Expone asimismo esta autora que, en realidad, este argumento ha sido habitualmente sostenido en conjunción con el anterior –no cabe defender el Derecho frente a una agresión provocada– o en términos muy similares a éste (pp. 41 s.). Dando cuenta de esto último, también, IGLESIAS RÍO, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, 1999, pp. 464 s.; asimismo, MARXEN, *Die „sozialethischen" Grenzen der* Notwehr, 1979, p. 56, si bien se ha aducido también que tratándose el abuso de derecho de un «concepto general del Derecho» que constituye un límite inmanente de todo derecho, no requiere vinculación explícita con el Derecho positivo (p. 43). En contra de su aplicación en Derecho penal, entre otras cosas, por su indeterminación, MARXEN, *Die „sozialethischen" Grenzen der* Notwehr, 1979, p. 57. Entiende, también, que por tratarse de un concepto general del Derecho tiene validez en cualquiera de sus ámbitos –aunque rechaza que la provocación implique un abuso del derecho de defensa–, BOCKELMANN, «Notwehr gegen verschuldete Angriffe», *FS-Honig*, 1970, p. 28.

[46] Una descripción general de estos argumentos puede verse en RENZIKOWSKI, *Notstand und Notwehr*, 1994, pp. 111-114.

[47] Véase, al respecto, BITZILEKIS, *Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts*, 1984, pp. 166-170; IGLESIAS RÍO, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, 1999, pp. 458-462.

necesita para ese proceder la protección personal y respaldo del ordenamiento jurídico»[48]. En cuanto al abuso de derecho, se trata de un concepto general del Derecho, que refiere un límite inmanente de todo derecho[49]. En el marco de esta discusión ha sido definido como el «uso inadecuado de un derecho persiguiendo un fin jurídicamente desaprobado»[50] y se ha integrado en el grupo de las condiciones que hacen requerida o indicada (*geboten*) la acción de defensa, elemento respecto del que se han construido en Alemania las denominadas restricciones ético-sociales de la legítima defensa.

En mi opinión, ambos argumentos pueden ser convincentemente refutados. En lo que hace a la posición que ve un abuso de derecho en la defensa del provocador frente a la agresión provocada, se ha sostenido contra esta tesis, básicamente, que el concepto de abuso de derecho es demasiado indeterminado[51] y que no cabe aplicarlo en relación con las causas de justificación[52/53]. Como expuso KIEFNER, aquél resultaría aplicable en relación con los derechos subjetivos que consisten en un poder jurídico (*Rechtsmacht*). Esta clase de derechos reconocen un ámbito de libertad garantizada, que no debe emplearse para causar daños a terceros. El derecho a la legítima defensa, en cambio, si bien es también un derecho subjetivo, no consistiría en un poder jurídico que pueda utilizarse a discreción, puesto que –a decir de KIEFNER– «no se podría distinguir entre su existencia [*Bestehen*] y su ejercicio [*Ausübung*]»[54]. El abuso de derecho presupondría la previa

---

[48] ROXIN, «Die provozierte Notwehrlage», *ZStW*, (75), 1963, p. 567; de nuevo, aunque dando mayor protagonismo al argumento relativo a la falta de necesidad de defensa de quien provoca la agresión, EL MISMO, «Die „sozialethischen Einschränkungen des Notwehrrechts". –Versuch einer Bilanz–», *ZStW*, (93), 1981, p. 85

[49] ROXIN, *ZStW*, (75), 1963, p. 556.

[50] ENGLÄNDER, *Grund und Grenzen der Nothilfe*, 2008, p. 317.

[51] Destacando la indeterminación del art. 7.2 del Código civil, que define el abuso de derecho como el sobrepasar «manifiestamente los límites normales» del ejercicio de un derecho, a fin de descartar este argumento para sostener la inaplicación de la legítima defensa al provocador, CASTELLVÍ MONSERRAT, *Provocar y castigar*, 2020, pp. 357 s.

[52] Un resumen detallado de estas objeciones, si bien dividiendo la última en dos, ENGLÄNDER, *Grund und Grenzen der Nothilfe*, 2008, pp. 319-322.

[53] Sosteniendo esta última objeción, entre otros, MARXEN, *Die „sozialethischen" Grenzen der Notwehr*, 1979, p. 57; BITZILEKIS, *Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts*, 1984, p. 152; KIEFNER, *Die Provokation bei Notwehr (§ 32 StGB) und Notstand (§ 34 StGB)*, 1991, p. 45; RÖNNAU/HOHN, «Notwehr», *LK-StGB*, 13ª ed., 2019, p. 605, nm. 226.

[54] KIEFNER, *Die Provokation bei Notwehr (§ 32 StGB) und Notstand (§ 34 StGB)*, 1991, p. 45; asimismo, ya antes NEUMANN, *Zurechnung und „Vorverschulden". Vorstudien zu einem dialogischen Modell strafrechtlichen Zurechnung*, 1985, p. 160. Señalando, también, una diferencia básica entre el ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber y el resto de las causas de justificación –si bien hace referencia a la aplicación de la estructura de la aiic, aunque los argumentos empleados para la distinción son trasladables a la discusión sobre el abuso de derecho en estos casos–, ALONSO ÁLAMO, *ADPCP*, (42-1), 1989, p. 78. En mi opinión, entre los derechos subjetivos que resultan del proceso de especificación de los derechos fundamentales y derechos ordinarios en desarrollo de éstos –sobre esta cuestión, véase FERNÁNDEZ PERALES, «La colisión de derechos en la dogmática jurídico-penal», *ADPCP*, (75-1), 2022, pp. 763 s., 774-777, con referencias– y los que, en cambio, deben deducirse de las causas de justificación, hay una diferencia relevante en cuanto a su fundamentación. Respecto de los primeros, en la fundamentación tiene prioridad el derecho subjetivo asignado, por lo que su especificación se rige conforme a la adecuación de una conducta a la obtención del bien que se pretende realizar. En cuanto a los segundos, en cambio, en su fundamentación se otorga prioridad argumentativa a los deberes correlativos al derecho de defensa o necesidad. De este modo, la especificación del derecho gravita sobre el grado de exigibilidad en relación con los afectados por el hecho potencialmente justificado. Esto explica, por un lado, que solo respecto de estos últimos pueda establecerse como requisito de su ejercicio la estricta necesidad de realizar la acción justificada. Por el otro, que un requisito como el de la falta de provocación tampoco tenga sentido en relación con los primeros, sino solamente respecto de los segundos. El concepto de abuso de derecho, aunque como se ha dicho ya se entiende aquí erróneo, ciertamente solo puede relacionarse con los primeros, pero en realidad se trata de una falta de

existencia de éste y, ciertamente, se plantearía la alternativa de ejercerlo lícitamente o abusando de él, lo que no ocurre con la legítima defensa[55]. A mi juicio, hablar de *abuso de derecho* es, en todo caso, incorrecto. En los supuestos así calificados se trata, en realidad, de la inexistencia de un derecho subjetivo[56], una vez especificada la pretensión –que no da lugar a posición jurídica alguna– de ejercer un derecho. No obstante, el argumento presentado puede igualmente aducirse desde este punto de vista. La provocación de la agresión no hace inadecuada la defensa, no la convierte en una pretensión desviada de ejercer una facultad, esto es, dirigida a un fin distinto al que fundamenta su reconocimiento legal. Esto lo evidencia el que las causas de justificación se rigen por el criterio de la necesidad, por lo que su ámbito de protección se define conforme a él y no de acuerdo con la adecuación de la acción a un determinado bien que quisiera perseguirse con su reconocimiento[57] –por lo demás, de ser así solo estaría permitida la acción de defensa idónea. Mientras la defensa resulte necesaria, no puede verse en ella una pretensión deshonesta que impida la justificación[58].

En cuanto al recurso a las ideas fundamentales que subyacen al derecho a la legítima defensa a fin de descartarlo en relación con el provocador, cabe objetar a esta tesis que el provocado realiza una agresión ilegítima frente a una provocación que no puede hacerse equivaler a aquélla. Como expone RENZIKOWSKI, «[e]l ordenamiento jurídico se protege por su propia voluntad a sí mismo admitiendo la legítima defensa», siendo las circunstancias personales del defensor irrelevantes a estos efectos[59]. Puede añadirse, en la línea de lo que BOCKELMANN ha sostenido contra este argumento[60], que el Derecho no puede calificar ambas acciones como ilícitas, equiparando estos

---

adecuación de la acción en lo que hace a la consecución del bien perseguido con el reconocimiento del correspondiente derecho.

[55] KIEFNER, *Die Provokation bei Notwehr (§ 32 StGB) und Notstand (§ 34 StGB)*, 1991, p. 46. En el mismo sentido, ya HASSEMER, «Die provozierte Provokation oder über die Zukunft des Notwehrrechts», *FS-Bockelmann*, 1979, p. 242.

[56] Lo expresó con gran claridad FINNIS: «"Abuso de derecho" es un concepto jurídicamente impropio. Si significa algo jurídicamente irrelevante es *ausencia* de derecho [...]. La introducción de la frase "abuso de derechos" es una señal de que el orador está desinflando encubiertamente una pretensión exagerada de ejercer un derecho». Cfr. Finnis, «Some Professional Fallacies About Rights», *Adel. L. Rev.*, (377), 1972, p. 387.

[57] No cabe objetar a este argumento que también con las causas de justificación se persigue la consecución de un bien porque, en ese caso, se estaría haciendo referencia a cosas distintas. El reconocimiento de derechos subjetivos derivados de la declaración de derechos fundamentales tiene como fin promover determinadas condiciones que se consideran óptimas para el desarrollo integral del ser humano, por lo que a través de aquél se promueve jurídicamente la consecución del bien subyacente. En ciertos supuestos, esto último requiere la interferencia fáctica en el ámbito de vida de terceros. El reconocimiento de los referidos derechos subjetivos implica otorgarles un ámbito de libertad garantizado jurídicamente, quedando fuera de éste las conductas que desvirtuarían la naturaleza del derecho en cuestión –por lo demás, la vinculación de esta posición con la teoría de los límites inmanentes de los derechos es clara–. El reconocimiento de derechos subjetivos derivados de las causas de justificación, en cambio, persigue la preservación de la integridad de bienes básicos para el desarrollo de la actividad humana. En su raíz, por lo tanto, se trata de la protección de derechos pasivos. Que estos se protejan a través del reconocimiento derechos subjetivos activos –las causas de justificación– y que los primeros –derivados de la declaración de derechos fundamentales– puedan ser objeto de protección reconociendo derechos subjetivos pasivos –por ejemplo, a través de la prohibición de impedir el ejercicio del derecho de manifestación es irrelevante, por cuanto se trata aquí de su fundamentación y el objeto de ésta.

[58] Destacando, contra quienes aducen el argumento del *abuso de derecho*, que la defensa del provocador resulta igualmente necesaria y que, por ende, el presunto abuso sería relativo únicamente a la conducta previa, no a la acción defensiva, véase PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 244, n. 534 *in fine*. Que el abuso de derecho solo puede referirse a la acción previa de provocación y no a la acción defensiva, lo pone de manifiesto, también, BOCKELMANN, *FS-Honig*, 1970, p. 28.

[59] RENZIKOWSKI, *Notstand und Notwehr*, 1994, p. 112. En el mismo sentido, BERTEL, «Notwehr gegen verschuldete Angriffe», *ZStW*, (84), 1972, p. 12.

[60] BOCKELMANN, *FS-Honig*, 1970, p. 29.

supuestos a los denominados como riña mutuamente aceptada. Ciertamente, cabe preguntarse si la provocación de la agresión puede concebirse como expresión de consentimiento respecto de un intercambio de golpes, de modo que, efectivamente, ambos contendientes se agredan mutuamente de forma ilegítima. Sin embargo, esto último depende de la concurrencia de los elementos necesarios para afirmar el consentimiento de las partes, esto es, del concepto de consentimiento y la adecuación del supuesto a su configuración[61]. No cabe, por ende, asimilar la provocación al acto de otorgar consentimiento, partiendo de que, quien provoca, tiene intención de que dé inicio un intercambio de golpes, sino que deben tratarse como conceptos excluyentes[62]. Por lo demás, lejos de constituir este supuesto un ejemplo de *ámbito de afectación regulada*[63], como lo es el ejercicio de actividades deportivas en el marco de las que está permitido afectar la integridad física de los participantes, se trata, en mi opinión, solamente de un supuesto fáctico particular que debe comprenderse como un caso más de agresión ilegítima, si bien por ambas partes. Puesto que a ambos agresores les es posible renunciar a la mutua agresión, no puede hablarse de necesidad de defensa alguna, por lo que no cabe que su conducta se ampare en el derecho a la legítima defensa.

c. El examen de los modelos de solución a la luz de los casos de legítima defensa de terceros

Algunos de los autores que niegan el derecho de defensa al provocador, sin embargo, sostienen a su vez que un tercero puede ejercer el derecho a la legítima defensa en su favor[64]. A esta conclusión –que, por lo demás, se explicita sin mayor detalle habitualmente, si bien puede deducirse del fundamento de la legítima defensa mayoritariamente defendido– debe oponérsele la naturaleza accesoria del derecho de defensa de terceros, que ha sido insistentemente defendida en el desarrollo doctrinal de la institución de la legítima defensa[65]. De acuerdo con este punto de vista, la limitación –o negación– del derecho de defensa del agredido se extiende al tercero defensor[66]. Asumir la tesis de la accesoriedad implicaría que, de negarse la legítima defensa en caso de provocación, el provocador agredido no pueda ser defendido por un tercero, pero que el provocador sí pueda defender a un tercero agredido a causa de su provocación. Por lo demás, a esta tesis no cabe objetarle que, coherentemente, habría que negar también que los

[61] Distinguiendo ambos casos, LUZÓN PEÑA, *ADPCP*, (47-3), 1994, p. 63.

[62] En este sentido, RÜCKERT, *Effektive Selbstverteidigung und Notwehrrecht*, 2017, p. 481.

[63] WEISSINGER emplea, para describir el mismo objeto, el concepto de espacio de competencia recíproca permitida. Cfr. WEISSINGER, *Content and Competence. A Descriptive Approach to the Concept of Rights*, 2019, pp. 133-160.

[64] Entre otros, CEREZO MIR, *PG*, 6ª ed., 1998, p. 243: «de lo que se trata únicamente es de que no puede erigirse en defensor del ordenamiento jurídico el que provocó la agresión ilegítima con una acción u omisión antijurídica»; DÍEZ RIPOLLÉS, *PG*, 5ª ed., 2020, p. 315; VIZUETA FERNÁNDEZ, en ROMEO CASABONA *et al.* (coords.), *PG*, 2013, p. 217; LACRUZ LÓPEZ, en GIL GIL *et al.*, *Curso de Derecho penal*. *Parte General*, 2011, p. 440.

[65] Entre otros, véase KIOUPIS, *Notwehr und Einwilligung. Eine individualistische Begründung*, 1992, p. 86; RENZIKOWSKI, *Notstand und Notwehr*, 1994, p. 296; ENGLÄNDER, *Grund und Grenzen der Nothilfe*, 2008, p. 91; EL MISMO, «Vor § 32», *Matt/Renzikowski-StGB*, 2ª ed., 2020, p. 454, nm. 35; KUHLEN, «La restricción de las facultades de actuación en la legítima defensa de terceros», *LH-Gimbernat*, 2008, pp. 1099-1119 (concretamente, sobre la legítima defensa de terceros en caso de provocación, pp. 1110-1115); ROXIN/GRECO, *AT*, 5ª ed., 2020, p. 830, nm. 15/116.

[66] En este sentido se pronuncian, entre otros, ENGLÄNDER, «Notwehr», *Matt/Renzikowski-StGB*, 2ª ed., 2020, nm. 53; RÖNNAU/HOHN, «Notwehr», *LK-StGB*, 13ª ed., 2019, nm. 259.

agentes de policía pudieran impedir la agresión del provocado[67], puesto que la acción de aquéllos está amparada por el cumplimiento de su deber policial y no por la legítima defensa de terceros[68].

MOLINA FERNÁNDEZ, a fin de eludir las indeseables consecuencias a las que conduce negar la defensa del provocador asumiéndose la tesis de la accesoriedad de la defensa de terceros, aboga por una «valoración independiente» de los dos momentos relevantes en estos supuestos, el de la provocación y el de la defensa, recurriendo a la estructura de la *actio illicita in causa*[69], Esta solución evita, a su juicio, los problemas que la tesis de la exclusión del derecho de defensa –es decir, que la provocación conlleva la inexistencia de un derecho de defensa y, por ende, también la punibilidad de la acción defensiva– tiene con la defensa de terceros. Cuando el provocador es agredido, pero no defensor, sino que es un tercero quien le defiende de la agresión del provocado, su tesis hace posible que la acción del tercero defensor sea lícita. El provocador, por su parte, «responde como autor mediato, a través de un instrumento justificado, de la lesión». Por otro lado, si el provocador es defensor de un tercero agredido por el provocado, la tesis de la exclusión del derecho de defensa –de nuevo, asumiéndose la tesis de la accesoriedad de la defensa de terceros– permitiría la acción del provocador, pero debería sostener su impunidad. Con la tesis de la *actio illicita in causa*, en cambio, se permitiría su acción defensiva, pero se le castigaría en «autoría mediata a través de uno mismo como instrumento justificado en *actio illicita in causa*». Por último, si el provocador no es ni agredido ni defensor, con la primera se dejaría impune la provocación. Con la tesis de la *actio illicita in causa*, por el contrario, podría castigarse al provocador, de nuevo, por «autoría mediata a través de un tercero justificado»[70].

Si la tesis de la accesoriedad es correcta, negar el derecho de defensa al provocador conduciría, por lo tanto, a conclusiones materialmente desacertadas. La tesis de la *actio illicita in causa*, por el contrario, manteniendo la posibilidad de reprochar penalmente al provocador su conducta, permite que el Derecho se imponga frente a quien, en todo caso, está realizando una agresión ilegítima. El problema de esta teoría, como se ha expuesto brevemente *supra*, es que quien la sostenga debe enfrentarse a múltiples objeciones de carácter dogmático de gran entidad. Sin perjuicio de que se lleve a cabo una amplia defensa de la teoría en ese sentido, cabe sugerir aquí que el problema principal de la doctrina mayoritaria está en la confusión de los planos de la determinación de posiciones jurídicas y de la determinación del merecimiento de pena de una conducta. En mi opinión, elementos integrados en la configuración de las causas de justificación como la ausencia de provocación previa y el elemento subjetivo –conocimiento de la situación justificante, si no ánimo de realizar la acción justificada– son elementos relativos al merecimiento de pena. No dan cuenta de si se produce o no un estado de cosas que el Derecho debe tener a preservar, sino que indicarían que una conducta debe recibir una sanción como respuesta. Que se exija su concurrencia para la justificación responde, a mi juicio, a una confusión de planos que trae causa del reconocimiento del paradigma del necesario paralelismo entre la fundamentación y la exclusión del injusto en una concepción de éste como injusto personal. Para el finalismo la tipicidad implicaba ya antinormatividad[71] y, por ende, la

---

[67] Este argumento aduce MITSCH, «Nothilfe gegen provozierte Angriffe», *GA*, 1986, p. 534.

[68] Respondiendo en este sentido al argumento de MITSCH, RÖNNAU/HOHN, «Notwehr», *LK-StGB*, 13ª ed., 2019, nm. 259.

[69] MOLINA FERNÁNDEZ, en EL MISMO (coord.), *Memento práctico*, 2023, nm. 1730.

[70] MOLINA FERNÁNDEZ, en EL MISMO (coord.), *Memento práctico*, 2023, nm. 1731.

[71] WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 50; ARMIN KAUFMANN, «Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht», *FS-Welzel*, 1974, p. 395; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte General*, 1984, p.

justificación solamente impedía que de la infracción de la norma en abstracto derivara un deber dirigido, en concreto, al agente. Tipicidad y justificación se erigían en juicios independientes entre los que, sin embargo, debía darse una correspondencia[72]. Así, la justificación sería completa de concurrir valor de resultado y valor de acción. También la teoría de los elementos negativos del tipo partía, en realidad, de un primer juicio relativo al tipo positivo[73], que no permitía confirmar la relevancia jurídico-penal de la conducta si, tras él, se constataba la concurrencia de una causa de justificación –no se realizaba el tipo negativo–[74]. A mi juicio, la primera tesis confunde los planos de la antijuridicidad objetiva –determinación de posiciones jurídicas– y el de la antinormatividad merecedora y necesitada de pena[75]. La segunda, no puede integrar el primero de los referidos planos en su esquema, convirtiendo las causas de justificación en meras causas de exclusión del injusto penal, que no pueden dar cuenta de la existencia de deberes de tolerancia. Frente a ambas, pues, entiendo razonable proponer que, antes del juicio sobre la existencia o no de un *injusto penal* –entendiendo este como antinormatividad merecedora de pena– se realice un juicio de antijuridicidad objetiva con efectos distributivos[76], que se resolvería en sentido negativo de concurrir una causa de justificación. De dicho juicio se distinguiría el de injusto –del que sería presupuesto– evitando una vuelta a concepciones objetivas. Se produciría, en definitiva, un desplazamiento en la ubicación sistemática de las causas de justificación, mientras que el injusto penal podría descartarse de concurrir causas de exclusión del injusto penal[77] –o del merecimiento de pena–[78] que sí dependerían de la concurrencia del elemento subjetivo y otros elementos como la ausencia de provocación previa.

Lo antedicho permitiría desarrollar la tesis de la impunidad –o la consistente en introducir un tipo penal que castigue la provocación previa–, por cuanto podría argumentarse que el merecimiento de pena de una conducta presupone su antijuridicidad objetiva. Si no está permitido interferir en la acción defensiva, no puede declararse ésta merecedora de pena. No obstante, cabe asimismo insistir en la posibilidad de castigar al provocador manteniendo su derecho de defensa. Esta solución pasaría, también, por distinguir los planos de la determinación

---

81; GRACIA MARTÍN, *Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, 2006, p. 267

[72] GIL GIL, *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, 2002, p. 72.

[73] GRACIA MARTÍN, *Fundamentos de dogmática penal*, 2006, p. 322, a quien le parecía un hecho que debía «llamar la atención el que los defensores de la teoría de los elementos negativos del tipo no puedan dejar de distinguir conceptualmente entre una parte positiva del tipo formada por los elementos que fundamentan lo injusto específico, y una parte negativa constituida por la ausencia de los presupuestos fácticos de las causas de justificación».

[74] Por todos, WEIGT, *Die Stellung der Rechtfertigungsgründe im Verbrechensaufbau. Ein Beitrag zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, 1969, p. 119.

[75] En mi opinión, debe distinguirse, como con tanta claridad han venido exponiendo SILVA SÁNCHEZ y ROBLES PLANAS, entre los planos de lo relativo a la (i)licitud general y de lo relativo a lo teleológico-penal. La justificación forma parte del primero, la tipicidad penal del segundo. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El riesgo permitido en Derecho penal económico*, 2022, p. 60. Asimismo, ROBLES PLANAS, *Teoría de las normas y sistema del delito*, 2021, p. 105. A mi juicio, como se referirá brevemente, con *ilicitud general* no debe hacerse referencia –al menos, solamente– a los presupuestos de la concurrencia de cualquier injusto, penal o extrapenal, sino también a la determinación de posiciones jurídicas –derechos y deberes de tolerancia correlativos–.

[76] Similar al propuesto por Armin KAUFMANN o MOLINA FERNÁNDEZ. Sin embargo, creo que ambos intentos no son capaces de superar un obstáculo, a saber, que también la conducta justificada es, en lo que hace a la propuesta del primero, antinormativa –en el sentido del finalismo– y, en relación con la del segundo, lesiva, por lo que ambas conducen a asumir que cabe repeler justificadamente una acción justificada.

[77] GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, 1983, pp. 257-260.

[78] LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996, p. 46.

de posiciones jurídicas y de la determinación del merecimiento de pena de la conducta, pero prescindiría de una vinculación a modo de juicios sucesivos escalonados entre ambos. Esta alternativa puede construirse a partir de la posición de un sector doctrinal en relación con la exigencia de un elemento subjetivo para la justificación. Como ha expuesto PAWLIK, las premisas valorativas relativas a ambos planos son distintas. Por ende, sería correcto castigar por tentativa a quien realiza una conducta que el afectado tiene deber de tolerar, lo que ocurriría, a su juicio, en los supuestos de desconocimiento de la situación justificante[79]. En los supuestos de provocación de la situación justificante, podría argumentarse que la concurrencia de los elementos que dan lugar a un deber de tolerancia del afectado es perfectamente constatable, como también lo es cuando está ausente el elemento subjetivo, por cuanto éste y el de la falta de provocación previa son considerados en un plano distinto al resto de elementos, dependiente de unas premisas axiológicas que no guardan relación con la decisión acerca de lo que se tiene derecho a hacer o se tiene deber de tolerar. La ausencia de cualquiera de estos dos, no obstante, podrá dar lugar a la sanción penal por merecer pena la conducta que debe ser tolerada.

4. Conclusión

La discusión acerca de la posibilidad de ejercer el derecho a la legítima defensa por parte del provocador es ostensiblemente compleja. Una de las propuestas más intrincadas es la que recurre a la estructura de la *actio illicita in causa* para tratar de hacer compatible el ejercicio del referido derecho y el castigo del provocador por la provocación previa que da lugar a la situación justificante. El Tribunal Supremo, en la sentencia comentada, menciona expresamente la estructura de la *actio illicita in causa* para afirmar la concurrencia de provocación suficiente del provocador agredido. Sin embargo, no solo no se pronuncia sobre la cuestión nuclear en torno a aquélla –si se mantiene el derecho de defensa pese a imponérsele una pena por la acción provocadora previa–, sino que contradice manifiestamente la que debería ser su principal consecuencia. La posición del Tribunal Supremo, por lo tanto, –y como se hace patente con sus sucesivas referencias al concepto de abuso de derecho– consiste en negar completamente la defensa del provocador intencional agredido, mientras que reduce las facultades defensivas del provocador imprudente. Si bien, como ha tratado de mostrarse, no son pocas las objeciones a las que se ha sometido a la tesis de la *actio illicita in causa*, tampoco lo son las que se dirigen a la completa privación del derecho de defensa del provocador agredido, que suelen gravitar sobre consideraciones con una débil configuración dogmática o incorrectamente fundadas en conceptos generales del Derecho, como ocurre con la doctrina del abuso de derecho. Los supuestos de legítima defensa de terceros ayudan a dar cuenta de la relevancia de la discusión, dando fuerza a las tesis que tratan de distinguir, a mi juicio acertadamente, entre dos planos que vienen confundiéndose en el marco de la teoría de la justificación, el de la determinación de posiciones jurídicas y el de la determinación de la antinormatividad merecedora de pena.

[79] PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 206 s. Asimismo, RINCK ha sostenido que también de conductas no justificadas pueden surgir deberes de tolerancia, entre ellas, la conducta solo objetivamente justificada por desconocimiento de la situación justificante. Cfr. RINCK, *Der zweistufige Deliktsaufbau*, 2000, pp. 189, 475. También STERNBERG-LIEBEN ha defendido que la existencia de "un derecho de intervención [*Eingriffsrecht*] –con el correspondiente deber de tolerancia [*Duldungspflicht*] del afectado– es también independiente de si el autor conoce la situación fáctica que lo origina". Cfr. STERNBERG-LIEBEN, «Vorbermerkungen zu den §§ 32 ff.», *Schönke/Schröder-StGB*, 30ª ed., 2019, nm. 10b, 13.

InDret
2.2024

ExLibris

Sección coordinada por *Pablo Sánchez-Ostiz*

Recensiones:

Recensión a Elena NÚÑEZ CASTAÑO, *Libertad de expresión y Derecho penal: La criminalización de los discursos extremos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, 294 páginas, por Gustavo DELGADO MORALES

Recensión a Enara GARRO CARRERA, *Paso del tiempo y respuesta penal. Derecho comparado y propuestas de lege ferenda para la regulación española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 252 páginas, por Leopoldo PUENTE RODRÍGUEZ

Recensión a Carlos VIVEIROS, *Delitos de posesión: una investigación dogmática y político-criminal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 328 páginas, por Juan Pablo COX LEIXELARD

-

InDret
2.2024

Elena Núñez Castaño, Libertad de expresión y Derecho penal: La criminalización de los discursos extremos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, 294 páginas*

Gustavo Delgado Morales
Universidad de Navarra
gdelgadomor@alumni.unav.es

-

La obra que NÚÑEZ CASTAÑO nos presenta es una de las últimas producciones científicas de su extensa y rigurosa carrera académica a lo largo de varios lustros en la Universidad de Sevilla. En esta ocasión, se centra en un exhaustivo análisis del régimen jurídico de la libertad de expresión y de las eventuales limitaciones de las que puede ser objeto este derecho. Su estudio se sitúa en el marco de determinados tipos de discursos o expresiones consideradas hostiles, ofensivas o hirientes para algunos colectivos, para la sensibilidad social o, incluso, para el propio sistema del Estado, cuya proliferación ha supuesto paralelamente un notorio incremento de los llamados «delitos de expresión». NÚÑEZ CASTAÑO pretende delimitar el contorno de la libertad de expresión sobre la base de que todo lo que efectivamente pertenece a este concepto no debiera ser considerado delito y, menos aún, que el Derecho penal sea el arma indicada para luchar contra manifestaciones de intolerancia u hostigamiento. Este texto constituye así no solo una herramienta de índole expositiva, sino que, además, permite afrontar la siempre compleja tarea de aplicar el Derecho penal.

Tras un breve prólogo, la obra se divide en cuatro amplios capítulos: el primero que versa sobre cuestiones básicas referidas a la libertad de expresión y los discursos extremos; el capítulo segundo referido a los contornos del derecho a la libertad de expresión; el tercero, sobre la libertad de expresión ante los discursos extremos, el discurso terrorista y el discurso de odio. Finalmente, a modo de conclusión el cuarto capítulo sobre la interpretación de los discursos extremos desde los parámetros de la libertad de expresión. La bibliografía, muy abundante, por cierto, está referida principalmente a autores de lengua española y con alguna referencia a autores norteamericanos que escriben sobre el tema en cuestión desde su particular visión Entre la bibliografía, destacan autores españoles cuyas líneas de investigación les llevó a analizar en muchos casos los diferentes conflictos de la persecución y represión penal de determinadas conductas y su colisión con algunos de los derechos fundamentales más básicos, por lo que sus aportes son muy valiosos para el presente trabajo. Se proporciona además una descripción detallada de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español y la Audiencia Nacional.

En el capítulo 1, se aborda la actual tendencia político-criminal en España y en otros países, que deriva en la imparable expansión de los delitos de expresión y del discurso de odio con el consecuente retroceso de la protección de la libertad de expresión. Esta tendencia criminalizadora, por regla general se caracteriza por la tolerancia de la difusión y expresión de toda clase de ideas u opiniones; no obstante, según el criterio actual, excluye a quienes son intolerantes y mantienen un discurso contrario y peligroso para los fundamentos del propio sistema democrático (p. 31). Este discurso intolerante, en el fondo, no es otra cosa que una

opinión contraria a la línea de pensamiento y/o actuación que se entiende como «correcta» o «normal» por la generalidad de la sociedad (p. 35). Posteriormente, la autora se centra en las perspectivas de configuración de la libertad de expresión y plantea dos modelos: el norteamericano, en el que la libertad de expresión es un derecho absoluto e intangible (p. 52) y el europeo, en el que la libertad de expresión es un derecho limitable (p. 59). Ambos convergen parcialmente en su regulación normativa para convertirse en antagónicos en su desarrollo legislativo y aplicación jurisprudencial (p. 66). Para el caso español se propone, antes que pensar en eventuales sanciones, determinar qué es y qué no es libertad de expresión, de modo que, cuando lo sea, nunca pueda ser considerado delito (p. 71).

Se hace un intento de delimitación de la libertad de expresión en el capítulo 2, y para ello se debate entre la restricción y la regulación como posibles caminos, siempre dentro de lo que ha resuelto previamente el Tribunal Constitucional (pp. 79-92). Se opta inicialmente por uno y posteriormente por el otro. Se decanta la autora en su planteamiento por lo sostenido en el modelo norteamericano de permitir todo tipo de discurso con relevancia pública siempre que no exista un «*clear and present danger*» (p. 100). Igualmente, considera que esa fue la tendencia del Tribunal Constitucional inicial hasta que optó por la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sin considerar que el sistema político español al no estar configurado como una democracia militante, debería permitir cualquier tipo de discurso con relevancia pública (p. 100).

El análisis de las figuras del discurso de odio y del discurso terrorista como dos de las principales razones para restringir la libertad de expresión es la materia sobre la que versa el capítulo 3, el más extenso de todos. Por un lado, en el discurso de odio se reflexiona si el «odiar» puede estar en efecto prohibido, y, más aún, sancionado en un ordenamiento jurídico, en donde al aceptarlo se caería en la práctica de sancionar sentimientos (p. 124). Se estima que la esencia de qué tipo de expresiones constituyen delito no radica en identificar cuáles son los elementos que componen el tipo penal, sino en identificar qué circunstancias deben concurrir en el discurso difundido para considerar que este ya sobrepasó las barreras del derecho a la libertad de expresión y solo en ese caso puede ser prohibido (p. 128). Seguidamente, se analizan los ejes fundamentales sobre los que gira la interpretación de las distintas figuras que forman los discursos extremos: i) la incitación indirecta para la creación de un riesgo genérico (pp. 134-138); y ii) la producción o favorecimiento de un clima de hostilidad (pp. 138-148). Por otro lado, se hace referencia al enaltecimiento del terrorismo, en donde se señala que el Código Penal de 1995 no hacía mención a ningún tipo penal relativo a la provocación o justificación del terrorismo, pero uno de sus objetos fue el de «frenar el terrorismo» impulsado por ETA (p. 150). Posteriormente, a la luz de la jurisprudencia, se analiza esta figura penal desde su tipo base, es decir, como mero acto comunicativo (p. 160). Asimismo, se confirma la incorporación que hace la sentencia del Tribunal Constitucional 112/2016 de requisitos tales como elemento tendencial, incitación, riesgo para otros derechos y clima social (pp. 164-168). Finalmente, se hace una reflexión sobre la propuesta de tipificar la exaltación del franquismo, en donde se reafirma que la mayor manifestación de intolerancia es la criminalización de los intolerantes (p. 247). Además, se agrega que su incorporación, por más nefasto que le resulte a muchos el régimen franquista, constituye una violación a la libertad de expresión, salvo que a ello se una un plus de afección directa de otros bienes o derechos ajenos (p. 251), como desencadenar conductas violentas, además de las que atenten el honor (p. 254).

A modo de conclusión, el capítulo 4 se centra en la interpretación de los discursos extremos desde los parámetros de la libertad de expresión. La autora considera que centrarse en la sanción y

erradicación de un discurso hostil lleva a varias consecuencias. La primera, el retorno a un puritanismo social y jurídico extremo y carente de fundamento en un Estado democrático de Derecho, que implica que se confunda lo ético y moral con el ámbito jurídico. Todo esto en razón del miedo a lo diferente (p. 256). La segunda, la afección a la libertad de expresión que podría implicar el castigo de determinado tipo de ideas, que al ser comunicadas pueden tener influencia o seguimiento en aquellos que las escuchan (p. 257). Se considera que ha sido tal la afectación a la libertad de expresión, que la jurisprudencia ha llegado a avalar la legitimidad del castigo del simple acto comunicativo (p. 259). La autora reafirma su posición de que el ejercicio legítimo de la libertad de expresión no admite límites ni sanciones, y el castigo de tal comportamiento solo será lícito cuando la sanción no alcance a ese derecho fundamental (p. 265). Por último, se aboga por la supresión de los delitos de expresión o del discurso de odio, ya que se considera al Derecho penal como inadecuado para luchar contra la intolerancia. Se afirma que dichos discursos solo podrán ser combatidos desde el propio discurso que los rebata; de lo contrario, se pone en riesgo la tolerancia y el pluralismo, principios rectores de un Estado de Derecho (p. 283).

La autora se centra en esta obra en investigar la criminalización de los discursos extremos y su posible colisión con el derecho a la libertad de expresión. Su visión en este aspecto es enriquecedora para el debate actual sobre el tema. Seguidamente, expongo las reflexiones a las que la lectura de su obra me llevó.

En principio, resulta sumamente interesante, dado el debate actual, saber hasta qué punto pueden ejercer las personas el derecho a la libertad de expresión; en vista de que cada vez más se tipifican nuevas figuras de delitos, en donde se busca sancionar algunas manifestaciones de este derecho; los cuales pueden revestir violencia o incitación a esta contra determinadas personas, grupos de ciudadanos, colectivos, instituciones, seguridad pública, la moral misma o el ensalzamiento de actitudes o posiciones que se consideran contrarias al Estado de Derecho, entre varios otros. La autora analiza las dos perspectivas existentes de configuración de la libertad de expresión. Por un lado, el modelo europeo que considera la libertad de expresión como un derecho limitable (pp. 59-66), en donde se encuentra España (pp. 66-71). Por el otro lado, el modelo norteamericano, que establece la libertad de expresión como un derecho absoluto e intangible (pp. 52-59), que es la posición por la que se decanta la autora. El libro, a lo largo de todo su desarrollo, expone esta posición y esboza razones que la sostienen. Al hablar de derechos ilimitados, se entiende que no pueden ser dotados de barreras, porque en su naturaleza misma son absolutos. Sin embargo, desde mi punto de vista, resultaría importante analizar el alcance de lo que implicaría realmente el cambio de paradigma europeo hacia la adopción de un derecho a la libertad de expresión ilimitado que es en el fondo lo que se propone. El creer que existen derechos que en su ejercicio son ilimitados esconde un riesgo, que es justamente desconocer que hay circunstancias que demuestran que el ejercicio de los derechos, aun dentro de un estado democrático, a veces no impide que colisionen entre sí y que, por lo tanto, si existe un derecho absoluto a la libertad de expresión, en contraposición, se podría alegar igualmente la existencia de un derecho al honor también absoluto. Estos derechos «inconmensurables» van a terminar por entrar en tensión en algún momento, puesto que caminan juntos por la misma vía y se les sobredimensiona de tal manera que, al afirmar su indeterminación, no van a poder existir sin encontrarse frontalmente en un determinado momento. Una solución aparente a la afirmación de existencia de derechos totalmente absolutos sería el establecimiento de algunos derechos más relevantes que otros, para que en el momento de su colisión resulte más sencilla la solución del dilema; no obstante, esto resultaría en un despropósito jurídico ciertamente. Parece que la autora es consciente de este hecho cuando manifiesta que no existe prelación entre los derechos

fundamentales (p. 100), pero no es clara del todo en las consecuencias de lo que implica el carácter absoluto de la libertad de expresión.

Asimismo, para la colisión de derechos que es innegable y que NÚÑEZ CASTAÑO en el fondo no contradice, construye una figura distinta a la colisión de derechos, a la que denomina «intromisión de un derecho en el espacio de otro» (p. 271), por la que en el ejercicio de la libertad de expresión, este puede exceder el ámbito de derecho fundamental y consiguientemente afectar (por peligro o por lesión) otro derecho fundamental, de manera que la conducta realizada ya no constituye el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en sí mismo, sino que pasa a ser una intromisión en el núcleo esencial de otro derecho y ya no encuentra amparo constitucional (p. 100). A efectos prácticos resulta lo mismo, pero con denominación diferente. Es evidente que, en esta intromisión de un derecho en el espacio de otro, aquello que se contraponga a un derecho o que impida su ejercicio pueda ser sancionado o se establezca un mecanismo para evitar dicha injerencia. En este caso, la legislación utiliza la sanción penal, y podría ser discutible si es la vía idónea; pero sea esta o cualquier otra, la sanción (pena), resulta necesaria al menos por su efecto disuasivo y preventivo. Esta sanción se da justo en el marco de intento de protección de otros derechos fundamentales, que eventualmente se verían vulnerados por el derecho a la libertad de expresión y no necesariamente motivados por el miedo a la discrepancia o al pensar distinto que afirma la autora (p. 108): en determinadas circunstancias puede darse, pero no siempre. Ni mucho menos con la finalidad de imponer una moral social dominante que nos acerque a épocas pasadas de restricción de derechos y de censura (p. 23), sino que es simplemente un intento de protección, contra un bien tan preciado como es el honor, por ejemplo.

Finalmente, una observación respecto a las conclusiones. A pesar de ser lo suficientemente claras como en el último capítulo puede notarse (pp. 255-283), resultan reiterativas, toda vez que a lo largo del desarrollo del texto se han desarrollado y continuamente remarcado tanto al final de cada capítulo como en el desarrollo de estos. Siempre se espera que la parte final contenga un desenlace aunque no inédito, puesto que puede inferirse del desarrollo del texto, pero cabe confiar en que al menos se evitará la frecuente narración de estas conclusiones a efectos de hacer menos previsible la lectura.

No cabe duda que NÚÑEZ CASTAÑO ha tratado un tema relevante con una visión académica muy clara y pertinente. Con ello busca evitar la actual proliferación de figuras penales para cada tipo de discurso de odio (p. 247); las cuales, prometen seguir creciendo, debido al surgimiento cada vez mayor de nuevos grupos que reclaman sentirse ofendidos y que estiman que cada opinión que discrepe de la suya deba ser proscrita definitivamente.

Con los abundantes ejemplos jurisprudenciales aportados por la autora, puede verse que, si bien existen atentados en los que se cabe demostrar una efectiva lesión a la dignidad y que realmente afecta la autonomía personal, debe exigirse –en opinión de la autora– una directa afectación de otros bienes jurídicos (p. 282). En la línea de un sector doctrinal cada vez más numeroso que aboga por la supresión de muchas figuras penales que se dan en la actualidad (p. 280), se requiere también un mejor control para apreciar qué configura un delito de odio y qué no. Obras como la presente investigación pueden aportar mucho, y con seguridad ha de hacerlo. El contenido del libro es muy rico y presenta de forma frontal su defensa de la libertad de expresión con rigor, profundidad y precisión.

InDret
2.2024

Enara Garro Carrera, Paso del tiempo y respuesta penal. Derecho comparado y propuestas de *lege ferenda* para la regulación española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 252 páginas*

Leopoldo Puente Rodríguez
Universidad Autónoma de Madrid
leopoldo.puente@uam.es

-

La Profesora Enara GARRO acaba de publicar un interesantísimo libro en el que aborda, desde una perspectiva amplia y original, el problema de la prescripción del delito en nuestro ordenamiento jurídico. El enfoque resulta amplio no solo por la estructura que a continuación se explicará, sino también porque su contenido se expande más allá de lo que suele ser habitual. El planteamiento merece también ser valorado como original dado que, simplificando ahora su posición, aboga por invertir los términos en los que la discusión ha transcurrido por lo general. Lo que habría que legitimar no es por qué algunos delitos no deberían prescribir, sino por qué podrían hacerlo otros. Ya solamente un planteamiento de esta clase, con independencia de las importantes aportaciones que la obra contiene (de las que luego se destacarán algunas), amerita una valoración muy positiva del trabajo.

Este se articula, más allá de la necesaria «Presentación» y de una «Reflexión final», en tres partes diferenciadas. La primera de ellas se centra en la discutida cuestión del fundamento de la prescripción. La segunda aporta, por su parte, un importante estudio de Derecho comparado en el que se da cuenta de las principales notas (legales y doctrinales) de la prescripción en Alemania, Austria y Suiza. La tercera parte, finalmente, expone la toma de posición de la autora y sus valientes propuestas de *lege ferenda* (que luego discutiré). El objeto central que inspirará todo el trabajo, señala GARRO CARRERA, «no reside en presentar en detalle las particularidades que la prescripción adopta en uno u otro ordenamiento jurídico, sino en analizar y tomar postura sobre su esencia y razón de ser dentro del entramado penal» (pp. 12-13).

Una cuestión previa que quizás valga la pena hacer notar es que el objeto de esta monografía encaja perfectamente (en contra de lo que quizás una apresurada aproximación pudiera sugerir) con buena parte de las investigaciones previas de su autora, fundamentalmente con su estudio del comportamiento postdelictivo y su incidencia en la pena. Y es que, como la Profesora GARRO señalará en más de una ocasión, pretende conceder relevancia al paso del tiempo en nuestro orden penal en el marco de un sistema algo más amplio. Ese será, precisamente, el punto de partida que confiesa la autora al señalar que «se sostendrá que la prescripción puede integrarse en un sistema que asuma que la necesidad de reaccionar ante un delito no se corresponde con una medida estanca que dependa sólo de la gravedad del injusto culpable, sino que fluctúa también en función de las circunstancias postconsumativas, incluido el paso del tiempo» (p. 13).

El primero de los apartados «sustantivos» («II. Fundamento de la prescripción») presenta de manera clara y sucinta la discusión que en la doctrina se ha producido sobre el fundamento de esta institución y lo hace, además, aportando valiosas consideraciones críticas. Así, expone

alguna fundamentación ya caída, *en parte*, en el olvido (en concreto, la «teoría del poder del tiempo», pp. 16-20), que entiende que el paso del tiempo, por sí mismo, es capaz de «destruir por su propia fuerza la relación entre el delito y la pena» (p. 17) y lleva a cabo una cierta puesta en valor de estos postulados. Así, considera la autora que las críticas que se han dirigido a esta concepción, en parte, «resultan equivocadas» y que «esta teoría coloca el tiempo en la centralidad de la discusión» (p. 20). Tras ello, presenta posibilidades más ampliamente conocidas por nuestra doctrina. Por un lado, ofrece una exposición y crítica de las llamadas «fundamentaciones procesales» (pp. 21-30) y que se sustentan, principalmente, en la idea de que la prescripción se podría erigir sobre las previsibles dificultades probatorias que acompañarían al paso del tiempo o en razones de economía procesal que explicarían la renuncia a perseguir sucesos acaecidos demasiado tiempo atrás. Estas fundamentaciones resultan para la Profesora GARRO insuficientes (pp. 24-26, 28-29). Tales planteamientos, aun contando con algunos puntos a su favor, no serían, a juicio de la autora, aptos para explicar por sí mismos la razón de este instituto.

Las «fundamentaciones materiales» (pp. 31-57), por las que la autora muestra algo más de simpatía, no corren, sin embargo, mucha mejor suerte. Se defiende que la prescripción no se podría sustentar en el decaimiento de las necesidades de prevención especial, ni en la «mutabilidad de la psique humana» del autor, pues «el enfoque preventivo especial como referencia única para fundamentar el castigo (y la renuncia a él que supone la prescripción) resultaría incompatible con el sentido y fines de la intervención penal» (p. 40). Además, reputa cuestionable que el paso del tiempo influya sobre el autor del delito de manera tan intensa como para legitimar la prescripción de su delito (p. 37). Por su parte, la prevención general positiva partiría de un núcleo cierto, dado que «es difícil negar que la actualidad de un suceso explica gran parte del impacto que crea y la importancia general que se le confiere (...) la conmoción que ocasiona una noticia suele ser inversamente proporcional a su antigüedad» (p. 41). Expone convincentemente la autora que «hay elementos posteriores al hecho que inciden en el juicio de su carácter desestabilizador, de modo que la decisión sobre la reacción penal tiene que atender e integrar los elementos que van más allá de la unidad de significado que constituye el injusto culpable. El comportamiento postdelictivo positivo (...) es uno de esos elementos (...) En el caso de la prescripción no se aprecia ninguna conducta meritoria en quien cometió el delito, solo el paso del tiempo. Y, sin embargo, la imposición de una pena ajustada al injusto culpable (...) décadas después de cometido un hecho sin tener en cuenta el tiempo transcurrido se antojaría perturbadora» (p. 44). No obstante, «precisamente porque el paso del tiempo no lo zanja todo, hay casos en los que al transcurso de los años no debiera reconocérsele el mismo efecto de extinción de la responsabilidad que se anuda al cumplimiento de la condena. Casos en los que (...) una intervención tardía no resulta perturbadora e incomprensible, sino imprescindible» (pp. 52-53). En cualquier caso, rechaza GARRO CARRERA que esta clase de consideraciones conduzca a una reducción del injusto (pp. 54-57). Como cierre del capítulo se aborda un también discutible entendimiento de que la prescripción del delito pueda constituir un «derecho humano», que la autora también rechaza (pp. 57-61). El balance para quien simpatice con la institución no puede ser, en definitiva, más negativo: la prescripción no contaría con un fundamento sólido.

La segunda parte sustantiva del trabajo es la que se centra en el estudio del Derecho comparado («III. Derecho comparado»). Como explica la Profesora GARRO, un estudio de esta naturaleza «resultará útil sobre todo a efectos de visibilizar que, pese a la inercia de consagrar la prescripción de la inmensa mayoría de los delitos, concurre una considerable relatividad respecto a las excepciones que se contemplan en cada país» (p. 64). El contenido de este capítulo es, como sucede en el anterior, muy rico y no se puede dar debida cuenta de él en este breve espacio. Me

limitaré a señalar dos aportaciones que me parecen especialmente llamativas. Por un lado, al explicar el proceso legislativo que siguió a la caída del régimen nacionalsocialista en Alemania, GARRO CARRERA pone de manifiesto como un buen puñado de reformas legislativas se dirigieron precisamente a extender una y otra vez los plazos de prescripción para evitar la impunidad de muchos de los delitos cometidos en aquel periodo (pp. 64-68). Igualmente, se destaca que en la literatura alemana predomina la fundamentación procesal de la prescripción y su consideración como una institución de naturaleza eminentemente también procesal, con las consecuencias que, en Alemania, ello conlleva (especialmente en lo relativo a la aplicación retroactiva de plazos desfavorables de prescripción, pp. 68-76). La duda que le puede quedar al lector es si la combinación de ambos factores es casual u obedece a un caso más de «contaminación política» (no necesariamente reprochable) de la pretendidamente pura y aséptica «ciencia» penal alemana. Otro aspecto de este capítulo que quisiera destacar ahora es la evidencia (tras el estudio ofrecido en el trabajo, no antes) de lo complejo que resulta comparar los regímenes de prescripción de distintos ordenamientos jurídicos. No importan solo los plazos y la lista de delitos imprescriptibles, sino también cuándo empiezan a computarse, cuáles son las causas de suspensión del plazo, las de su interrupción, o, incluso, lo que se dispone en legislación penal especial (algo muy relevante en los países que la autora analiza).

El último capítulo sustantivo («IV. La respuesta penal ante el paso del tiempo») resulta el más provocador y discutible. Este comienza con una dura crítica a las fundamentaciones mixtas de la prescripción. Allí se señala que «la extinción de la pena transcurrida cierta cantidad de tiempo suele justificarse aduciendo una serie de fundamentos, que habitualmente se invocan de forma unitaria o yuxtapuesta, sin excesiva matización, quizá entendiendo que en el cajón de sastre que constituyen todos ellos, siempre podrá rescatarse alguno que en el caso concreto explique el decaimiento de la pretensión punitiva (...) A menudo se constata una especie de popurrí argumentativo en el que la indeterminación no parece resultar demasiado molesta» (pp. 181-182). Tras ello, se presenta brevemente la regulación de la prescripción del delito en España para que sirva de contexto a sus inminentes propuestas de *lege ferenda* (pp. 185-190). Dichas propuestas de *lege ferenda* (que la autora ha calificado antes, de forma algo «engañosa», como «de mínimos», p. 183) son dos: la generalización de la imprescriptibilidad en delitos que supongan ataques graves (castigados con penas de cinco o más años de prisión) frente a importantes bienes jurídicos de carácter personal (pp. 190-203) y la inclusión expresa en nuestro Código de una «atenuante de paso del tiempo» (pp. 204-222). Lo primero constituye un corolario lógico de que no se hayan encontrado «motivos convincentes que expliquen la total irrelevancia penal de ciertas conductas por el mero paso del tiempo» (p. 191) y de que la clase de delitos escogidos presente evidentes especialidades (pp. 192-202). Lo segundo se desprende con facilidad de que «si se admite que el paso del tiempo despliega un efecto sobre la necesidad de pena, es razonable reconocer también, por la propia naturaleza de la circunstancia, que dicho efecto sea graduable» (p. 204). De la combinación de ambas propuestas concluye que la persecución tardía de delitos graves podría dar lugar a atemperaciones de pena tan relevantes que impidieran el ingreso en prisión del autor del delito, lo que, en cualquier caso, no sería algo necesariamente reprochable, habida cuenta de que la declaración de responsabilidad de un autor, aunque tardía, puede desempeñar un papel muy importante (pp. 222-231).

La monografía concluye, como se ha indicado, con una «Reflexión final» destinada a confirmar la tesis esencial de la obra.

El trabajo hasta ahora descrito cuenta con un valor muy destacable tanto por su profundidad, como por su heterodoxia. Un planteamiento radical (como en el fondo se esconde en la obra, aunque trate siempre de «camuflarse» con apelaciones a «propuestas de mínimos») permite la existencia de discusiones que, con planteamientos más moderados, pueden resultar imposibles. Creo, además, que todo lo propuesto en el trabajo se encuentra razonado y no hay nada que se sostenga sin una sólida base detrás. Sin embargo, mi discrepancia con varias de sus consideraciones no puede ser más profunda. Por razones de espacio, me limitaré a enunciar mis divergencias en tres puntos concretos: su crítica a una fundamentación mixta de la prescripción, mi rechazo hacia la generalización del régimen de imprescriptibilidad y mi oposición al establecimiento en nuestro Código de una atenuante por el paso del tiempo.

En cuanto a la primera discrepancia, manifiesto directamente mi opinión (que trataré de desarrollar brevemente): el instituto de la prescripción sí que cuenta con un fundamento suficiente, pero este, necesariamente, ha de ser plural. De esta primera disconformidad nacerán, lógicamente, dos caminos muy diferentes (que son el que recorre GARRO CARRERA y el que recorro yo mismo). Si la prescripción carece de fundamento, es razonable defender la imprescriptibilidad generalizada y si existe una imprescriptibilidad generalizada, se necesita un instrumento (la atenuante de cuasi-prescripción) que permita alcanzar resultados materialmente satisfactorios. Por el contrario, si la prescripción presenta sólidos fundamentos, la imprescriptibilidad será la excepción y una atenuante por el paso del tiempo será menos necesaria y evidenciará, de paso, algunas de las disfunciones que podría generar.

Con uno de los puntos de partida en este ámbito de la autora sí que coincido: ninguno de los fundamentos que se han propuesto *aisladamente* por la doctrina legitiman por sí solos la prescripción. Nuestra divergencia reside en que, como expliqué, ella rechaza duramente la posibilidad de un fundamento plural (pp. 181-182) y yo, en cambio, la considero más que razonable. Y es que no creo que prácticamente ninguna institución compleja deje reducir su fundamento a una única razón. Si bien es cierto que, como brillantemente expone la autora, las fundamentaciones plurales pueden servir de «popurrí argumentativo» (p. 182) que sirva para legitimar cualquier opinión, la verdad es que muchas veces no está en nuestra mano reconducir dicha pluralidad a un único fundamento, sino que no podemos más que tratar de introducir «algo de orden» en ese caos. Si la crítica que realiza de la fundamentación ecléctica de la prescripción sirviera como baremo para medir la validez de la fundamentación de otras instituciones, pocas sobrevivirían. Sin ir más lejos, será difícil negar que la propia pena responde a una fundamentación, en buen grado, plural. La propia autora lo considera así al desarrollar su propuesta de imprescriptibilidad: «según Hörnle, no resulta convincente una teoría de la pena que base toda su fundamentación sobre un principio simple, "de una sola pieza". Esto es algo que resulta razonable. La complejidad y heterogeneidad de las conductas delictivas hacen muy difícil diseñar una teoría de trazo grueso que pueda aplicarse a toda la variedad de supuestos. Y si se busca esa cuadratura del círculo, es inevitable perder por el camino matices importantes» (p. 199). Coincido plenamente con ello. Simplemente considero que exactamente lo mismo es predicable con respecto de la prescripción. Si «algo de razón», aunque no toda, se esconde tras todos los fundamentos que se han ofrecido (materiales y procesales) al respecto, ello se traduce en que la prescripción cuenta con varias razones (y no que carece de ellas).

Paso, así, a la segunda discrepancia: lo (a mi juicio) insatisfactorio de su propuesta de generalizar la imprescriptibilidad. Conviene señalar que sus razonamientos son enteramente coherentes y que los detalles de la propuesta (en los que no puedo entrar ahora) se hallan perfectamente

elaborados. Sucede, sencillamente, que nuestra primera discrepancia conduce a esta segunda. Resulta llamativo, para empezar, que la califique de «propuesta de mínimos», pues supondría un cambio radical de nuestro sistema. Para justificar tal carácter, señala la autora que, al fin y al cabo, no se propone la imprescriptibilidad de cualquier delito (pp. 183-184). Sin embargo, no creo que una propuesta se pueda calificar «de mínimos» solo porque pueda haberlas más radicales todavía. Esa condición de la propuesta ha de medirse con respecto al *statu quo* y no en relación con otras hipotéticas reformas que dejaran pequeña la esbozada. En cualquier caso, esto es lo de menos, pues una propuesta puede ser radical (como lo es la de la Profesora GARRO) y resultar también correcta. Mi discrepancia más importante en este punto con el propio planteamiento de la autora (y no con su punto de partida, que ya he cuestionado) reside en que percibo una cierta «tensión interna» en su desarrollo. El razonamiento, sintetizado ahora, sería: el paso del tiempo influye en la necesidad de castigo, pero en determinados delitos no tanto como para hacerlo desaparecer, aunque deberíamos contar con una atenuante que permita, llegado el caso, disminuir tanto la pena como para evitar su imposición. Ello porque, en estos supuestos, la mera declaración de culpabilidad sería suficiente para satisfacer las necesidades sociales. Pues bien, a mi juicio, la tensión emerge cuando (para tratar de legitimar una atenuación de la pena que pueda, incluso, evitar su efectiva imposición) se defiende el trascendental papel que puede tener la mera declaración de culpabilidad (pp. 222-231). Precisamente porque coincido con la autora en que tal declaración puede ser constitutiva de un reproche, no me queda más remedio que asumir que comporta también un mal. En determinados casos, esa declaración podrá satisfacer la propia función de la pena porque equivale a ella. Y si equivale a ella es, en cierta medida, porque cuenta también con cierto componente aflictivo. La prueba más evidente de ello es que si tal veredicto de culpabilidad lo pronuncia un periodista en lugar de un tribunal, el ordenamiento jurídico pretende salvaguardar el honor de esa persona mediante la tipificación de un delito de calumnias. Frente al anciano que alcanza los últimos días de su vida y es censurado como «nazi asesino» por el Estado (por poner un ejemplo muy radical) parece difícil imaginar, de hecho, en nuestro marco jurídico, una respuesta más aflictiva. Concebida la declaración de culpabilidad como un mal (aflictivo) comparable a la pena, no se entiende bien por qué la atenuación tendría que detenerse en la imposición de la pena y no alcanzar también tal veredicto. Si lo alcanza, ya hemos llegado, en realidad, a la prescripción. «La prescripción», como explica la autora en la primera y rotunda frase de su libro, «supone el reconocimiento de un fracaso». Pero el reverso de esta frase no es, entiendo, que la imprescriptibilidad suponga un éxito, sino, solo, la negación de un fracaso que ya se ha producido.

Finalmente, GARRO CARRERA efectúa una muy valiosa propuesta de regulación de atenuante por el paso del tiempo, que cuenta con elementos muy convincentes. De hecho, aunque he sido crítico (y lo sigo siendo) con una circunstancia de esta naturaleza, debo reconocer que su articulación resulta extraordinariamente sugerente en este trabajo. De hecho, frente a lo que he sostenido en otras ocasiones, me convence ahora la idea de la Profesora GARRO de interpretar diversos preceptos suizos y austriacos como modelos (e incluso la práctica de la determinación judicial de la pena en Alemania). Muy valioso resulta también cómo acoge en su propuesta exigencias legales conectadas con finalidades preventivo-especiales (pp. 215-216). Sin embargo, en los últimos tiempos la propuesta de aplicar por vía analógica una atenuación de esta clase o reconocerla legalmente suele ofrecerse como una vía para paliar las consecuencias de plazos de prescripción desmedidos. A mi juicio, defender el ensanchamiento de los plazos de prescripción y la introducción de una atenuante de esta naturaleza recuerda a aquello de poner trono a las causas y cadalso a las consecuencias.

Con independencia de estas discrepancias, que no hubiera sido posible expresar sin la brillantez con las que son expuestas las distintas ideas del trabajo recensionado, mi valoración de la monografía de la Profesora GARRO no puede ser más positiva. Además, aventuro que el libro correrá buena fortuna, pues suministra un sustrato teórico fuerte y razonado para una reivindicación social que, aunque yo mismo no comparta, no se puede negar que se encuentra en auge. Así pues, la monografía no solo contribuye a la discusión científica, sino que ofrece herramientas para que puedan llevarse a cabo importantes reformas legislativas. Por todo ello, ha sido un lujo y un placer para mí poder llevar a cabo esta recensión y, ante todo, disfrutar de la lectura de tan apasionante libro.

InDret
2.2024

Carlos Viveiros, Delitos de posesión: una investigación dogmática y político-criminal, *Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 328 páginas*

Juan Pablo Cox Leixelard
Universidad Adolfo Ibáñez
juan.cox@uai.cl

-

El libro que tengo el agrado de recensionar combina muy adecuadamente dos ingredientes que suelen no coincidir: una desbordante energía analítica, por una parte, y prolijidad a toda prueba, por la otra. Uno de los temores que surgen frente a obras en las que el ímpetu parece inundarlo todo es encontrarse como lector sumergido en un farragoso escenario que impide ver satisfechas las correlativamente frecuentes promesas que se plantean desde las primeras páginas. Una rápida aproximación a *Delitos de posesión: una investigación dogmática y político-criminal* disipa prontamente este temor. Es una obra excelente; precisa y pulcra. Si se repara en que se trata de un texto que replica el trabajo doctoral de su autor, entonces no queda sino felicitarlo por la madurez que se exhibe en sus páginas, y que le permite controlar férreamente las variadas tentaciones que el tópico ofrece para divagar y apartarse del objetivo trazado.

Carlos VIVEIROS presenta a la comunidad jurídica una obra ambiciosa que previsiblemente será de extrema utilidad en muy variados escenarios, tanto estrictamente académicos como en otros predominantemente profesionales o prácticos. Seguramente el talante del libro se ha visto favorecido por la guía doctoral de Walter PERRON y de José Luis DÍEZ RIPOLLÉS, y aquí solo cabe, entonces, también felicitarle por la selección de sus tutores. Con todo, y como no puede ser de otro modo, se trata de un texto genuinamente personal, en el que se van presentando y analizando muy disímiles argumentos siempre desde su perspectiva particular, tanto al analizar los planteamientos ajenos como al proponer los propios, que son muchísimos. Para intentar dar cuenta de estos atributos seguiré el siguiente esquema: primero identificaré la estructura del libro, para seguidamente comentar muy sucintamente sus puntos centrales. Esos comentarios estarán orientados principalmente a exponer aspectos que estimo especialmente destacables del trabajo. Por contrapartida y en una dimensión muy menor, estarán también dirigidos a explicitar algún desacuerdo o lo que creo puede ser alguna omisión. En uno y otro extremo intento ser lo más fiel posible al texto, convencido de que es el protagonista de este ejercicio.

Delitos de posesión: una investigación dogmática y político-criminal está dividido en tres partes. La primera –*Fundamentos*– está compuesta por dos capítulos. Uno brevísimo (Capítulo 1, «Consideraciones metodológicas y terminológicas preliminares», pp. 31-36) y otro considerablemente más extenso (Capítulo 2, «Panorama general de los delitos de posesión en el ordenamiento jurídico-penal positivo español», pp. 37-79). Es mérito del primero avanzar una distinción que luego será operativa durante buena parte del texto: inspirado en HOCHMAYR, se aclara la bifurcación entre la posesión como título de imputación y la posesión como estado de cosas o resultado prohibido por los tipos de posesión. En el Capítulo 2, a su turno, se aborda justamente la noción de tipo de posesión (pp. 37 ss.) y se pasa revista, clasificándolos, a los tipos así concebidos en el ordenamiento penal español (pp. 49 ss., 60 ss.).

La segunda parte –*Delitos de posesión como delitos de estado*– se integra por un único y largo capítulo (Capítulo 3, «Sobre la teoría de los delitos de posesión como delitos de estado y su apreciación crítica», pp. 83-169), en el que luego de indagar en antecedentes históricos (pp. 84 ss.) y dar cuenta de la discusión española y alemana (pp. 97 ss.), se presentan objeciones, sobre todo constitucionales (pp. 109 ss.), a la concepción de estos delitos defendida por autores como ECKSTEIN, LAMPE y AMBOS. Todos ellos, con matices y a veces en términos puramente aparentes, sostendrían que en estos delitos se manifestaría una responsabilidad penal al menos parcialmente independiente de comportamientos humanos.

La tercera y última parte –*Delitos de posesión como delitos de comportamiento*– se estructura a partir de tres capítulos. En el primero (Capítulo 4, «¿Posesión como categoría de imputación autónoma (*tertium genus*) de la responsabilidad penal por el comportamiento? Sobre el planteamiento de Roxin», pp. 173-192) se escudriña y luego desestima el esfuerzo emprendido por ROXIN por concebir estos delitos como una tercera categoría, complementaria del binomio dogmático comisivo/omisivo como formas de imputación. El segundo capítulo (Capítulo 5, «Planteamiento propio: delitos de posesión como delitos comisivos y/u omisivos, permanentes y de resultado», pp. 193-263) representa el núcleo dogmático del libro y se construye a partir de una distinción crucial entre el establecimiento y el mantenimiento de la custodia sobre el objeto típico de que se trate (pp. 194 ss.). A partir de allí, y luego de dar pistas sobre el modo de comprender la conducta humana (pp. 199 ss.), se sostiene que los delitos de posesión podrán ser activos u omisivos (pp. 203 ss.), al tiempo que son permanentes (pp. 209 ss.) y de resultado (pp. 215 ss.). Retomando el hilo distintivo entre establecimiento y mantenimiento, se abordan controversias dogmáticas específicas, que refuerzan el músculo dogmático de la diferenciación entre las opciones por una consideración comisiva u omisiva (pp. 240 ss., 251 ss.). Cierra esta tercera parte un capítulo (Capítulo 6, «Riesgo de persecución penal de la acción debida de eliminación de la custodia, y su trascendencia político-criminal», pp. 265-304) destinado a aportar formas de comprender y tratar el escenario en el que se halla quien se encuentra obligado a poner fin a su custodia. El análisis político-legislativo y dogmático concluye aquí con una específica propuesta (pp. 290 ss.) que termina traduciéndose en un borrador de propuesta de reforma legal (p. 304).

Además de unas conclusiones que se articulan en función de la consideración de los tipos de posesión como unos en los que la literalidad del texto describe exclusivamente una relación fáctica de dominio o custodia sobre un objeto corpóreo (pp. 305-315), y que es la noción que guía todo el trabajo, el esqueleto antes esbozado se complementa también con la exposición previa (pp. 25-27) de un elenco de casos didácticos que ilustran supuestos de posesión de objetos. Este listado, compuesto por catorce casos, tres de los cuales son variaciones de otros tantos, luego servirá para poner a prueba los desarrollos que se van hilvanando a lo largo del libro. Con ello queda plasmado, desde el inicio, el talante de esta obra: el espléndido razonamiento dogmático está enfocado en brindar un soporte nítidamente visible a la solución de casos concretos. Este carácter didáctico de la obra la permea cabalmente y pone de manifiesto, también, un fuerte compromiso con la transparencia argumentativa. En su prólogo el profesor DÍEZ RIPOLLÉS alude a la honestidad intelectual del autor y aquí no puede sino estarse muy de acuerdo con esa afirmación.

Más allá del inmenso esfuerzo clarificador y clasificatorio que se despliega a lo largo de las páginas, aquí quisiera destacar solo dos ejercicios conceptuales que acaparan buena parte del texto. El primero está dirigido a rechazar la identificación de los delitos de posesión con los

delitos de estado y, seguidamente, a descartar la legitimidad de una responsabilidad penal sin comportamiento. Se trata de un esfuerzo inmenso que cubre todo el Capítulo 3, el más extenso del libro. El segundo está orientado, a su turno, a desenvolver la propia concepción de Carlos VIVEIROS, que caracteriza a los delitos de posesión como delitos activos u omisivos, permanentes y de resultado. Este trabajo, también notable, colma el Capítulo 5 y requiere como presupuesto, además del desarrollo antedicho, rechazar la posición de quienes como ROXIN defienden la posibilidad de una imputación autónoma como *tertium genus* de la responsabilidad por el comportamiento (rechazo que fundamenta en el breve Capítulo 4).

Luego de pasar revista a los orígenes de la construcción, espacio en el que se las arregla para aportar información muy valiosa –como la referida a los supuestos de *positum habens*–, VIVEIROS desdobla el análisis de los delitos de posesión como delitos de estado primero reconstruyendo las tesis de los autores más representativos y luego sometiendo a evaluación su constitucionalidad. En efecto, concentra su atención primero en ECKSTEIN, seguramente el autor más relevante aquí (pp. 99-107), quien en su reconocida monografía defiende que en los delitos de posesión se manifiesta una responsabilidad penal parcialmente independiente de un comportamiento humano. VIVEIROS ubica junto a él a DEITERS, sosteniendo que, si bien se opone a la responsabilidad por el estado así concebida, las consecuencias prácticas de sus planteamientos serían las mismas que las derivadas de la posición defendida por el discípulo de F.-C. SCHROEDER (pp. 107-108). Por contrapartida, expone que la posición sostenida por LAMPE solo en apariencia pudiera ser tenida como consistente con una verdadera responsabilidad por el estado (pp. 108-109), y en ese mismo horizonte, producto de la ambigüedad de sus planteamientos, se situaría AMBOS (p. 109).

Tomando como eje de referencia a ECKSTEIN se emprende un por momentos fascinante recorrido por la compatibilidad de la caracterización de los delitos de posesión como delitos de estado con las reglas constitucionales. La vocación comparativista del libro cobra aquí un sentido especial, pues se ofrece un panorama paralelo para el caso alemán y el español, tanto en relación con la legalidad como en relación con el principio de imputación subjetiva o de culpabilidad. Tras una introducción conjunta (pp. 110-120), se estudia la viabilidad bajo legalidad de los delitos de estado conforme a la referencia a un hecho (*Tat*) contenida en el artículo 103 apdo.2 GG (pp. 120-122). Aunque se destacan las aportaciones de LAGODNY y OĞLAKCIOĞLU en orden a negar la compatibilidad, se asume en cambio que ni según las pautas del uso corriente del lenguaje ni conforme al lenguaje especializado de corte técnico-jurídico la regulación alemana impediría la responsabilidad penal por el estado: en el contexto social germanófilo se atribuye a *Tat* un sentido más amplio que el consignado en los diccionarios (pp. 122-125). A su vez, en España el escenario constitucional demarcado por el contenido del artículo 25.1 de la Constitución sería en alguna medida equivalente (aunque aquí el texto sería en principio más acotado), pero, y esto sería determinante, el artículo 10 CP sí bloquearía tal posibilidad (pp. 126-128). El estudio emprendido es sofisticado y convincente. También es muy prolijo el emprendido en relación con el principio de imputación subjetiva o de culpabilidad (pp. 129 ss.). Aquí la revisión de los ordenamientos se funde en unos apartados comunes y se construye a partir de variadas distinciones que terminan perfilando un muy sólido bosquejo del principio de imputación subjetiva. En lo que interesa ahora, sitúa el fundamento constitucional positivo en los artículos 1, I GG y 10.1 de la Constitución española, en tanto emanación directa de la dignidad humana como «axioma fundante del Estado de derecho» (p. 142). De la mano de HOCHMAYR desmonta la tesis de ECKSTEIN en relación con un razonamiento del Tribunal Constitucional Federal alemán, según el cual un puro pensamiento del detentador no acompañado de un comportamiento

exterior constituiría igualmente un factor determinante para la existencia del proceso vital externo, de manera que habría allí también una conexión de dominación: pero, recalca HOCHMAYR, nadie controla acontecimientos externos únicamente por la fuerza de su voluntad (p. 146). Se requiere, antes bien, la capacidad de influir concretamente en los acontecimientos y ello implica considerar comportamientos humanos. Luego de enfrentar posibles objeciones (pp. 156-159), se concluye que es inadmisible constitucionalmente la tesis de ECKSTEIN (pp. 164-165). La argumentación es impecable e ilustrativa.

Creo oportuno, aquí, formular un par de comentarios evaluativos. Llama la atención, por una parte, la envergadura del esfuerzo analítico por negar la legitimidad constitucional de la responsabilidad por estado de cosas (rechazando también la identificación de los delitos de posesión con ella). Y es que se trata de una tesis que en el marco de la tradición europea continental revisada en el libro es poco relevante. En efecto, el propio autor asume que los desarrollos propuestos y publicados por ECKSTEIN en 2001 no se corresponden con las posiciones mayoritarias apreciables en la doctrina y jurisprudencia alemanas (pp. 98-99). Si bien dicha obra apareció en un momento en que la discusión era muy incipiente y representó una opción valiosísima a considerar, es evidente que ha venido perdiendo gravitación como modelo explicativo de los delitos de posesión. Destinar un tercio del libro a ponerlo de manifiesto parece un exceso, incluso asumiendo que parte de la muy acuciosa argumentación orientada a hacerle frente pueda ser también funcional a fundamentar la propia tesis defendida más adelante. ¿Digo con esto que dado que la tesis de ECKSTEIN ha devenido casi irrelevante en Alemania no vale la pena someterla a consideración y eventualmente a demolición? No, por supuesto que no. Aquí entronco con un segundo comentario evaluativo que quisiera formular. Los desarrollos de ECKSTEIN no solo permiten afinar por vía de contradicción las concepciones que aprecian en los delitos de posesión genuinos delitos de comportamiento, sino que, en mi opinión más interesante aun, abren una rendija para vislumbrar la vigorosísima discusión angloamericana sobre esta clase delictiva. En efecto, y aunque el profesor de Bochum apenas lo menciona al citar el § 2.01 (4) del Model Penal Code, la lógica de la responsabilidad por estado de cosas calza muy significativamente con algunos extremos de lo que en esa tradición se conoce como responsabilidad por un estado de cosas (*state of affairs responsibility*), emparentada con la responsabilidad estricta (*strict liability*). En ese contexto se ofrecen desarrollos teóricos notables que aportan sustento a una tesis como la de ECKSTEIN y que, más allá de que puedan igualmente ser rechazados, iluminan sus posiciones. Es en alguna medida sorprendente que en el libro de Carlos VIVEIROS no se contemple ninguna (¡ninguna!) referencia a la extensa discusión angloamericana. De haberlo hecho, su trabajo hubiera además podido enfrentar mejor la objeción que DÍEZ RIPOLLÉS le presenta en el prólogo, en orden a considerar para la ilegitimidad de los delitos de estado también aspectos de atribución objetiva bajo un principio de imputación personal, desplazando la adopción de una perspectiva únicamente basada en factores subjetivos (pp. 14-15). Como complemento, tener esos antecedentes a la vista también pudo eventualmente servir para meditar sobre la posible relevancia del principio de responsabilidad por el hecho en este plano. Nuevamente en el prólogo (p. 15), DÍEZ RIPOLLÉS celebra que en el libro no se acuda a dicho principio para objetar la visión de los delitos de posesión como delitos de estado y, consiguientemente, para rechazar su legitimidad constitucional. Entiendo que de haber enriquecido el análisis incorporando la discusión angloamericana esa referencia al mentado principio sí hubiera sido pertinente, pues marca un punto central allí. En fin, y para que no se me malentienda: la argumentación desplegada en el texto es lo suficientemente refinada y completa como para felicitar sinceramente a su autor. Pero en mi opinión es cuando menos controvertido el énfasis que la tiñe, y que descarta cualquier referencia a una tradición que ha sido

especialmente influyente tanto de cara a la explicación político-criminal de los delitos de posesión cuanto a su fundamentación dogmática y legal.

Como adelanté, el segundo ejercicio conceptual en el que quisiera detenerme en esta recensión se desarrolla en el Capítulo 5, elocuentemente rotulado como «planteamiento propio». Allí el autor reconstruye dogmáticamente a los delitos de posesión como delitos comisivos y/u omisivos, permanentes y de resultado. El argumento nuclear que se defiende presupone distinguir entre el establecimiento de la custodia sobre la cosa y su mantenimiento (pp. 194-199), lo que luego será tenido a la vista para dar cuenta de controversias dogmáticas específicas referidas a uno u otro extremo (pp. 240-251, 251-260). Una segunda distinción, también central, perfila a la posesión como estado de cosas o resultado prohibido por los tipos de posesión, que se corresponde con la noción de custodia y no daría cuenta de una conducta (pp. 199-200), y la posesión como título de imputación, que sí lo haría (pp. 200-202). Premunido de estas herramientas, y siguiendo el parecer ampliamente mayoritario en la literatura y la jurisprudencia, en el texto se defiende la consideración de los delitos de posesión como delitos permanentes (pp. 209-214), aunque recordando, junto con ECKSTEIN –y LLORIA y COX LEIXELARD–, que no basta la pura persistencia temporal del estado antijurídico para calificar un delito de tal. También se defiende, en consonancia con la posición mayoritaria en Alemania, una comprensión resultativa de estos delitos (pp. 215-219), que se aparta de la posición que en España ha predominado, y que los concebiría como delitos de mera actividad (aunque con excepciones, como las representadas por LUZÓN y por COX LEIXELARD). En este apartado se ofrece un interesantísimo tratamiento de las figuras de posesión de estupefacientes en España (pp. 220-230) y Alemania (pp. 230-240), dando muestras de la inmensa utilidad práctica que esta obra seguramente desempeñará.

De otra parte, y valiéndose de este mismo arsenal teórico, VIVEIROS articula una propuesta conductual que le permite sostener (luego de asumir, contra las posiciones minoritarias, que los tipos de posesión sí abarcan los comportamientos de establecimiento de la custodia en sentido amplio: p. 249) que el surgimiento de la custodia puede originarse tanto en una conducta activa como en una conducta omisiva (pp. 250-251), tal y como defiende ECKSTEIN al cuestionar la estricta configuración activa que defiende la mayoría. Esta misma nota integradora se materializa al revisar el mantenimiento de la custodia, que la mayoría considera como estrictamente omisiva y ECKSTEIN, en cambio, tanto activa como omisiva (pp. 254-255). Aquí nuestro autor toma también como referencia al discípulo de F.-C. SCHROEDER para, a continuación, aceptar también su calificación de la vertiente omisiva como constitutiva de una omisión propia (pp. 255-260). El argumento tenido por bueno apunta a que cuando una omisión pueda ser directamente subsumida en un tipo de la parte especial, sin necesidad de recurrir a las cláusulas del artículo 11 CP español o del § 13 StGB, entonces es una omisión propia. Lo mismo cabría predicar, entonces, respecto de aquellas que posibilitan el establecimiento de la custodia (p. 260). En estas páginas se da también brevísima cuenta de la concepción que defendí en mi monografía sobre los delitos de posesión (COX LEIXELARD), que curiosamente también refleja mi antiguo trabajo doctoral: tal como se apunta en la obra recensionada, sostengo que el establecimiento de la custodia puede ser por vía de acción o de omisión (p. 250, nota 630), y lo mismo en relación con su mantenimiento (p. 255, nota 645). Aunque en apariencia se estaría entonces ante una concepción coincidente con la del autor, ello es descartado en el texto debido a que mis planteamientos se construirían al alero de una inadecuada utilización de las reglas de imputación, que implicaría en definitiva que tanto las clasificaciones que formulo como las conclusiones a las que arribo serían inadmisibles (pp. 203-209). No quisiera transformar este

escenario en uno de disputa personal con el autor. Pero sí quisiera aprovechar este punto para plantear, sin parecer excesivamente partisano en la defensa de mi visión, un comentario evaluativo al estilo del elaborado en relación con el punto anterior.

Parto por el principio: estimo perfectamente plausible asumir que el surgimiento de la custodia puede deberse a una acción o a una omisión del agente, así como que su mantenimiento también puede estar asociado a una u otra. Por lo demás, eso sostengo en mi libro. A partir de allí, entiendo que la posición defendida por Carlos VIVEIROS en su por lo demás espléndido libro es, también, enteramente atendible. En su visión, como en la de ECKSTEIN, esas acciones u omisiones darán lugar a delitos activos u omisivos, según sea el caso. Que ellos sostengan esto, y que otros también muy reputados autores asuman que el establecimiento de la custodia es activo y su mantenimiento omisivo debiera ser indicio suficiente en orden a que no pueden estar muy descaminados al proponer una tesis diferenciada de la imputación. En esos términos, en realidad no tengo mucho que objetar. Pero la tesis no termina de convencerme. Puede ser porfía o ceguera mía, claro. El hecho es que no estaba convencido hace años y ahora sigo sin estarlo, incluso tras leer la impecable argumentación que se desenvuelve a lo largo de las páginas del libro que reseño. Y es que más allá del indudable mérito de distinguir entre la posesión como título de imputación y la custodia como resultado desvalorado (siguiendo la distinción de HOCHMAYR entre *Besitz* y *Gewahrsam*, que VIVEIROS hace suya: pp. 32-33), tengo para mí que si es aquí correcto el uso del gerundio y puede sostenerse que alguien está poseyendo –así como en el presente posee–, entonces poseer es una actividad. Por supuesto, podría negarse la corrección de la forma impersonal, como hace MAÑALICH en su brillante texto sobre las normas, la causalidad y la acción (que hubiera sido útil tener a la vista aquí no solo por esto, sino que también por la conceptualización que allí formula del resultado y de lo que denomina «normas silogísticamente opacas»). Pero no parece prudente emborronar esa posible conjunción del verbo poseer, no solo por razones lingüísticas sino que también por razones lógicas derivadas de la caracterización de la posesión como un proceso en el que interviene un agente, *à la* V. WRIGHT. Poniendo el acento en la actividad a mi juicio se diluye la gravitación de la distinción entre un mantenimiento activo y uno omisivo pues cobra primacía lo que el agente está haciendo mientras posee. Pero claro, no pretendo aquí arrogarme ni el espacio ni la importancia para desarrollar mi opinión. Con todo, me permito agregar que fijarse en la actividad posesoria pareciera encajar muy adecuadamente con la dimensión político-criminal que subyace a estas figuras típicas, y que ha orientado la discusión estadounidense.

Se me podrá objetar haberme centrado solo en dos núcleos conceptuales del inmenso trabajo de VIVEIROS. Seguramente llevarían la razón, pues dejo afuera de mis referencias muchos otros. Menciono aquí, por ejemplo, su defensa de una caracterización de la omisión de término de una custodia como una omisión propia no de garante. A mi juicio ese apartado requería alguna disquisición adicional sobre el sentido de las omisiones (y de la comisión). Reflexionar sobre esto al hilo de los planteamientos de SILVA SÁNCHEZ, que es apenas citado testimonialmente, hubiera enriquecido considerablemente la firmeza de los planteamientos y, tal vez, hubiera generado en ellos alguna modificación. En otra escala, en este mismo punto creo que el descomunal trabajo de DOPICO GÓMEZ-ALLER sobre la injerencia también pudo ser de utilidad, aunque sea para negar una posición de garante.

En fin, que sean tantos los aspectos del trabajo aquí preteridos ilustra sobre un rasgo indesmentible que lo cruza: ofrece muchísimos argumentos y hebras de las que tirar y tirar y por ello solo cabe felicitar a su autor. No se trata simplemente de que el tema me parezca

especialmente interesante, sino de que Carlos VIVEIROS lo ha analizado de manera magnífica. *Delitos de posesión: una investigación dogmática y político criminal* es, en mi opinión, un libro necesario y solo cabe esperar que sea muy leído y aprovechado.