

InDret

Revista para el análisis del derecho

3.24

-
Juliol de 2024

Sumario 3.24

Editoriales

- ***Legítima y conflicto familiar. No se puede abandonar a los hijos una segunda vez.***
Albert Lamarca Marquès i-vi
- ***Para muestra... el caso Boeing***
Jesús-María Silva Sánchez vii-x
- ***Más seguridad en las prisiones catalanas. Pero ¿qué seguridad?***
Cristina Güerri xi-xv
-

Derecho privado

- ***Responsabilidad civil por administración no deseada de un tratamiento de soporte vital. Wrongful living ¿un nuevo supuesto de responsabilidad civil?***
Josep Solé Feliu 1-51
- ***Encaje de los sistemas de IA en la definición de producto en la legislación de productos defectuosos***
Análisis de la legislación vigente con la vista puesta en la Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo de 28 de septiembre de 2022 (COM/2022/495).
Inmaculada Herbosa Martínez 52-98
- ***Estrategias de afectación de bienes para la protección de personas vulnerables***
Sonia Martín Santisteban 99-133
- ***El scoring de Schufa***
Esther Arroyo Amayuelas 134-160
- ***Legitimación para la solicitud de títulos de propiedad industrial y actuación mediante representante ante las oficinas competentes***
Pablo Fernández Carballo Calero 161-192
-

Derecho Penal

-

Tabú y eufemismo

Acerca del nuevo delito de desobediencia del art. 438 bis CP

193-233

María del Carmen Gómez

-

Delitos contra los derechos de los trabajadores, trabajo forzoso y compliance laboral

234-260

Marta Pardo Miranda

-

La presunción de inocencia como regla de tratamiento estético

261-303

Pablo Muyo Bussac

-

Estado de necesidad agresivo justificante y Adecuación

Una interpretación a partir del Means Principle

304-337

María Lucila Tuñón Corti

-

Criminología

-

Un pie en la calle y otro en prisión

La experiencia de cumplir condena en semilibertad en una prisión abierta

338-366

Marta Martí Barrachina

-

Violencia machista en el entorno laboral del sistema penal

Factores de riesgo de las mujeres trabajadoras

367-394

Ana Safranoff y Jorge Rodríguez Menés

-

Derecho público y regulatorio

-

La prueba en los procesos de responsabilidad civil por daños causados por sistemas de inteligencia artificial. Análisis del Derecho vigente y de las propuestas normativas de la UE

395-445

Guillermo Ormazabal Sánchez

-

Personalidad jurídica y penas

Jesús Alfaro Águila-Real

446-481

-

El Impago de la pensión de alimentos de hijos menores como principal manifestación de la violencia económica y la necesaria reparación integral del daño 482-519

Alba Paños Pérez

-

La asistencia inefectiva del letrado en el proceso penal
¿Puede provocar indefensión la actuación negligente del abogado? 520-546

Alberto Rocha García

-

Actualidad

-

Corporaciones, cárteles y abuso de posición dominante 547-566
La dogmática jurídica en la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2023 Asunto C-333/21

Jesús Alfaro Águila-Real

-

Recursos governatius. Doctrina de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació (abril-juny 2024) 567-590
Comentaris a les Resolucions de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació JUS/1534/2024 i JUS/1557/2024, de 30 d'abril; JUS/1618/2024, de 8 de maig; JUS/1779/2024, de 23 de maig; JUS/2014/2024, de 4 de juny; JUS/2093/2024, de 7 de juny; JUS/2144/2024, d'11 de juny; JUS/2287/2024, de 18 de juny i JUS/2444/2024, de 28 de juny

Miriam Anderson

-

Revista Crítica de Jurisprudencia Penal 591-641
Sección coordinada por Ramon Ragués i Vallés

-

Recensiones

-

ExLibris 642-659
Sección coordinada por Pablo Sánchez-Ostiz

-

Legítima y conflicto familiar. No se puede abandonar a los hijos una segunda vez.

-
El debate sobre la legítima es un lugar común en el derecho de sucesiones. La complejidad técnica del régimen jurídico de esta institución, así como su impacto en las relaciones familiares y patrimoniales, generan controversias y opiniones encontradas, tanto en el plano teórico como en el práctico. Recientemente, entre algunos sectores profesionales y académicos, se discute su misma razón de ser: el sentido actual de una institución que limita la libertad de testar del causante sobre su patrimonio, por causa de muerte, con base en una relación familiar o de parentesco.

Todo debate sobre la legítima debe tener muy en cuenta las grandes diferencias que existen en los distintos ordenamientos en relación con esta institución. La cuestión más llamativa, y ciertamente la de más peso, es la de su cuantía. Ésta no siempre se corresponde con un porcentaje exacto de la herencia, pues resulta de unas sofisticadas operaciones de computación. En nuestro entorno, la cifra de la mitad de la herencia se presenta como una magnitud muy extendida, con variaciones tanto al alza como a la baja. En segundo lugar, se debe atender al círculo de legitimarios, que suele restringirse a los parientes en línea recta, descendiente y ascendiente, con carácter excluyente entre sí, y también al cónyuge. En algunos ordenamientos, además, el derecho a la legítima se corresponde con una porción disminuida del llamamiento en la sucesión legal o intestada. En cuanto a estos legitimarios, la diferencia más destacable pasa por el carácter colectivo o individual del derecho a la legítima, distinción que responde a concepciones antagónicas. En cuanto al cónyuge viudo, los derechos legales en la sucesión no pueden entenderse sin el régimen económico matrimonial legal, el cual puede ser objeto de modificación, como habitualmente sucede en favor de la separación de bienes, en los ordenamientos que no lo tienen como supletorio. También cabe tener muy en cuenta la naturaleza del derecho sucesorio que se atribuye con la legítima, si se trata de un derecho real, como parte de la herencia, a título de heredero o de legatario, o bien tan solo de un derecho de crédito, del que responde personalmente el heredero, sobre una cantidad monetaria calculada a la apertura de la sucesión. Por último, la posibilidad de una renuncia unilateral, de pactos sobre la legítima, los plazos de prescripción, las complejas normas sobre imputación, preterición e inoficiosidad, y singularmente las causas de desheredación, completan un vasto panorama que en cada ordenamiento adquiere características propias. Así, las propuestas de reforma que se puedan hacer no son predicables del mismo modo para todos los sistemas jurídicos.

Sin embargo, y a pesar de toda la diversidad existente, en la legítima existe un elemento común a todos los ordenamientos jurídicos: su fundamento objetivo está en una relación familiar o de parentesco entre el causante, que ve limitada su libertad de testar, y los legitimarios beneficiarios de esta atribución legal. Los legitimarios son parientes del causante, y tienen este derecho singular en su sucesión por razón de la relación familiar existente entre ellos. Sin parentesco no hay legítima. Sin relación familiar conforme a la ley la legítima no tiene razón de ser.

En el debate más reciente sobre esta institución milenaria se cuestiona que la legítima deba subsistir cuando la relación familiar de hecho entre el causante y el legitimario no subsiste, es decir, cuando ésta se ha roto y es inexistente en la vida social. Por mucho que legalmente causante y legitimario sigan siendo parientes, realmente esta relación se ha roto. La relación familiar de derecho se mantiene, pero la relación de hecho ya no existe. Es una obviedad reconocer que la inmensa mayoría de las herencias tienen carácter familiar: los testadores disponen casi siempre a favor de sus parientes más próximos, sean éstos cónyuges o convivientes, descendientes, ascendientes o colaterales. Esposos, parejas de hecho, hijos, nietos, padres, abuelos, hermanos, sobrinos, tíos, primos, y hasta otros parientes más lejanos, de designación difícil, constituyen la *dramatis personae* de los centenares de miles de testamentos que cada año se otorgan en España. La fiscalidad sucesoria lo pone altamente difícil para hacer otra cosa.

Asumido lo anterior, puede bien decirse que cuando hay buena relación familiar, en la práctica, la legítima es irrelevante y no juega ningún papel efectivo en la sucesión. En las familias felices o bien avenidas la legítima es superflua. Esta afirmación, con todo, debe matizarse para aquellos ordenamientos en que la legítima supera un tercio de la herencia, puesto que plantea dificultades de otro orden, y coarta en cierto modo la libertad de configurar la sucesión. Pero sí que parece totalmente apropiada para aquellos ordenamientos en que la legítima no supera una cuarta parte del caudal hereditario. En cualquier caso, la existencia de la legítima puede plantear dificultades de gestión, como serían las derivadas de la falta de liquidez del heredero obligado al pago, singularmente el cónyuge viudo, supuesto que merecería una disposición específica como la del *Stundung* del § 2331a del BGB alemán.

No cabe duda de que la legítima, como todas las instituciones jurídicas, puede ser objeto de revisión y de mejora en su régimen jurídico. También su cuantía puede revisarse si es preciso. Así se ha hecho en España con la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia y la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, en que se redujo, respectivamente, a una cuarta parte y a un tercio para los hijos, sin que se hayan planteado más conflictos que los derivados de las dificultades de adaptación del derecho transitorio. También en el derecho suizo se ha llevado a cabo la reforma de la legítima en 2021, con entrada en vigor el 1 de enero de 2023, habiéndose reducido a la mitad de la herencia. Quizá sería razonable que ello también se hiciera para el derecho del Código civil. Con todo, está generalmente admitido que los ordenamientos de nuestro entorno mantienen la legítima, y no ha habido ningún paso dado en aras de su supresión, como en ocasiones apresuradamente se afirma de forma poco rigurosa. Sobre el particular es de gran interés el *Rapport* francés de 2019, el cual ha servido de base para la reforma de 2021 del *Code Civil*, con el objetivo de reforzar la protección del derecho a la legítima, de acuerdo con los principios de la República. Es más, para el derecho alemán, el *Bundesverfassungsgericht*, en su sentencia de 19 de abril de 2005, ya manifestó su postura favorable a este instituto, al entender que está protegido constitucionalmente por la garantía del derecho a la herencia, así como por la protección constitucional de la familia, de la cual la legítima es expresión de la solidaridad

familiar que dura de por vida, y de la que resultan derechos y deberes, no sólo con un contenido patrimonial sino también espiritual.

En la práctica, la legítima sólo tiene impacto en la vida jurídica cuando el testador no quiere dejarla a sus hijos. Es entonces cuando su carácter de atribución legal cobra toda su fuerza. El supuesto más habitual en que ello sucede es el del progenitor que perdió la relación familiar con sus hijos con ocasión del divorcio cuando aquéllos eran todavía menores de edad. Si el divorcio provocó de hecho la ruptura de esta relación familiar, se comprende que, en contemplación a la muerte, y por disposición sucesoria de los bienes, el testador no quiera dejar nada a sus hijos, ni tan siquiera lo que la ley les reserva en la sucesión. El punto de vista de estos testadores es claro: la legítima no debería existir para casos como el suyo. ¿Qué sentido tiene para un padre o una madre tener que dejar algo a unos hijos con los que no tiene relación alguna? A esta opinión se suman algunos de los operadores jurídicos que les asesoran, y participan en la redacción de sus testamentos, como también los académicos que, proclamando la vigencia de un principio omnímodo de libertad, no ven ninguna razón para mantener la vigencia de la legítima de los descendientes, y mucho menos todavía la de los ascendientes. La cuestión, además, tiene un marcado sesgo de género: los testadores que mayoritariamente desheredan a sus hijos en estos casos suelen ser padres, es decir, hombres, frente a unas madres que se ocuparon de criar y tirar adelante en solitario a estos hijos cuando eran pequeños.

Al argumento de la libertad -difícil de rebatir en abstracto- se suele añadir que, a día de hoy, los hijos ya «no necesitan» la legítima, por razón de la edad a la que la reciben, atendida la esperanza de vida actual, además de por el patrimonio que ellos ya han acumulado, o por la existencia de prestaciones sociales que hacen innecesaria la solidaridad intergeneracional que aquélla representa. Se esgrime, también, que los padres ya han hecho suficientemente en vida por los hijos, quizás mucho más de lo que por ley les correspondería dejarles por legítima en su herencia. Estos argumentos, que claramente reflejan un punto de vista vertical, de arriba hacia abajo, reducen esta solidaridad entre generaciones, que señaliza la legítima, a una cuestión monetaria, y no tienen en cuenta a la familia como núcleo en que las personas han nacido, vivido y, seguramente, muerto, y en el que han sido cuidadas y atendidas. Por supuesto que no tienen en cuenta la voluntad de los futuros legitimarios, y basan estas propuestas de política jurídica de gran alcance en preferencias personales y alguna evidencia anecdótica, además de basarse en una concepción individualista de la sociedad. La supresión, para la totalidad del conjunto de la sociedad, de una atribución patrimonial que se recibe lucrativamente por ministerio de la ley, exige algo más que una propuesta académica rompedora basada en una opinión individual, por muy cualificada que esta sea. La perspectiva es siempre la de algunos causantes, los cuales, a pesar de haber nacido en un seno familiar y haber sido cuidados por sus ascendientes, y quizás también por sus descendientes en momentos de zozobra, quieren morir libres, sin obligación familiar alguna que les limite. Como si la idea de la libertad que proclaman fuera contradictoria con la de la solidaridad que resulta de la familia.

La legítima es determinante cuando existe un conflicto familiar. Y estos conflictos pueden reconducirse a la ruptura entre padres e hijos por razón del divorcio, así como a los supuestos en que un hijo pretende captar totalmente la voluntad de su progenitor, para que le deje la herencia por entero sin tener que compartirla con sus hermanos. También los supuestos de recomposición familiar pueden plantear situaciones en que la legítima debe exigirse, pero siempre que haya habido una ruptura familiar previa. Si la legítima existe legalmente, y es una atribución que opera como un límite forzoso a la libertad de testar de los progenitores, también lo deberá ser en los casos en que la relación entre padres e hijos se ha roto. Aquí la legítima señaliza claramente la

existencia de la familia, como relación de larga duración de afectos, compromisos, solidaridad y cuidados, y cumple una función equitativa frente decisiones reactivas al fracaso de esta relación. Otra cosa muy distinta es que la relación familiar se haya roto por una causa reconducible a la voluntad exclusiva de los hijos legitimarios, lo que puede haber provocado un gran sufrimiento para los progenitores. Si llegado el caso éstos optan por no dejarles lo que por legítima les corresponde, parece que el ordenamiento debería ser sensible a ello y cabría poder privar de la legítima a los hijos, en supuestos muy cualificados.

Así lo ha entendido el Tribunal Supremo en su jurisprudencia reciente al aplicar el artículo 853.2 del Código civil, relativo a la causa de desheredación consistente en haber maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra el legitimario al causante. Para el Tribunal Supremo la mera falta de relación familiar no constituye un maltrato del causante que dé lugar a desheredación, ésta debe ser imputable al legitimario y además debe haber causado un menoscabo físico o psíquico al testador con entidad bastante para permitir privarle de la legítima. Según el alto Tribunal, el tenor de esta causa legal de desheredación permite entender que comprende «el comportamiento de los hijos que, de manera injustificada, y por causa imputable a ellos, han desarrollado una conducta incompatible con deberes elementales del respeto y consideración que derivan de la filiación, a través del menosprecio o el abandono de sus progenitores». Por su parte, el legislador catalán optó en 2008 por introducir una nueva causa de desheredación que da razón de este supuesto de hecho, de manera que, según la letra e) del artículo 451-17.2 del Código civil de Cataluña, constituye causa de desheredación «la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario.» Nada parecido se ha recogido expresamente en nuestros ordenamientos más próximos, quizá con la excepción del legislador austríaco en el § 776 del ABGB.

Una sentencia reciente del Tribunal Supremo, de 5 de junio de 2024 ([ECLI:ES:TS:2024:3300](#)), aborda esta cuestión de nuevo, precisando lo establecido en la jurisprudencia precedente. A su vez, también la [Resolución de 15 de enero de 2024 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública](#) trata de esta causa de desheredación, cuando afecta a menores de 14 años. En el caso resuelto por el Tribunal Supremo, el causante se había divorciado de la madre de su hija legitimaria, cuando ésta apenas tenía siete años. Su relación se resintió fuertemente de esta crisis matrimonial, de manera irreversible e irrecuperable, hasta el punto que llegó a ser inexistente durante un plazo de treinta años. El Tribunal Supremo analiza las circunstancias de hecho del caso, para llegar a la conclusión que esta falta de relación no es imputable a la hija legitimaria y, por ello, no se puede imputar a ésta un maltrato al padre causante que permita privarle de la legítima. La desheredación es injusta y la legítima debe subsistir. Para el Tribunal «En este caso, no es la hija la que libremente rompió un vínculo afectivo o sentimental, sino que tal vínculo no ha existido desde su niñez, sin que sea reprochable a la hija, que tenía siete años cuando se produjo la separación de los progenitores, la ausencia de contacto y relación con el padre. Si tal relación no se dio a partir de la separación matrimonial realmente la que fue abandonada por el padre fue la niña, que ha desarrollado toda su vida, incluidas las etapas cruciales para la crianza y formación personal de la infancia y la adolescencia, sin contar con la presencia de un padre que cumpliera todos los deberes, incluidos los afectivos, propios de la relación paternofilial.» En palabras del Tribunal Supremo, no se puede reprochar a la hija que no acudiera a visitar al padre en su última enfermedad, puesto que «No es la hija quien, rompiendo normales y exigibles normas de comportamiento abandona al padre enfermo (quien, por otra parte, no precisaba ayuda para su cuidado), sino que es el padre quien, tras haber abandonado a la hija siendo una

niña, pretende hacer recaer sobre ella el reproche y las consecuencias de que no sintiera afecto por él, pese a haberla abandonado siendo una niña.»

La conclusión es clara: quien abandona a sus hijos en vida cuando son pequeños, aunque ello se haya producido por el divorcio del otro progenitor, no puede pretender volverlos a abandonar a su muerte privándoles de sus derechos legitimarios en la sucesión. No es posible este segundo abandono de los hijos a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La indignidad que supone haberse desentendido de los hijos en vida no puede validarse con un último acto indigno de desheredarlos a la muerte.

En Cataluña, desde la introducción de la causa de desheredación de la falta de relación familiar se cuentan por decenas las sentencias en que los tribunales han tenido que ocuparse de recordar esta doctrina en relación con los testamentos en que esta cláusula se ha invocado. Ello no es de extrañar, puesto que los divorcios suponen un porcentaje muy alto en la actualidad en relación con los matrimonios -prácticamente uno de cada dos que se celebran- y los conflictos que acaban en ruptura familiar entre padres e hijos no son extraños. La introducción de esta nueva causa de desheredación ha añadido conflictividad y sufrimiento a una situación de por sí ya conflictiva y lamentable, y los tribunales han tenido que ocuparse en precisar su sentido, con una mayoritaria estimación del carácter injusto de la desheredación de los hijos legitimarios. Seguramente habría sido más prudente que el legislador recondujera estos supuestos exclusivamente a los de maltrato grave del testador, tal como ha sucedido en la jurisprudencia referida al Código civil y de los ordenamientos de nuestro entorno, y que ya prevé la letra c) del mismo artículo 451-17.2 del Código civil de Cataluña. La introducción expresa de esta causa ha animado a muchos padres, que se han sentido ultrajados por los hijos que tuvieron que tomar partido por la madre con ocasión del divorcio, y que han visto rota la relación con ellos por su ruptura con la madre, a abandonarles de nuevo con ocasión de su muerte. Al sufrimiento por un primer abandono con el divorcio, muchos hijos deben añadir ahora el sufrimiento por un segundo abandono a la muerte del padre en forma de desheredación, el cual les obliga a acudir a los tribunales de justicia para reclamar lo que les corresponde, y no sentirse abandonados de nuevo. Si el derecho debe contribuir al bienestar de los ciudadanos, este es un caso claro en que el legislador ha contribuido a todo lo contrario. La desheredación expresa de los hijos por causa de falta de relación familiar ha proliferado exponencialmente en los testamentos otorgados en Cataluña. Ni el perdón ni la reconciliación, a los que cándidamente se refiere el artículo 451-19 del CCCat, parece que tienen mucho efecto en la mente de algunos testadores, ni de los juristas que les aconsejan en la redacción del testamento que recoge su última voluntad.

La sentencia de 5 de junio de 2024 del Tribunal Supremo supone un importante hito para tratar esta cuestión tan compleja y controvertida en la práctica, y reconducir los supuestos puntuales de maltrato de los hijos a los padres a sus justos términos, y no a toda ruptura de la relación familiar derivada del divorcio. Si las cosas fueran así, tal como pretendía el causante en el caso resuelto, la legítima perdería todo su sentido como institución de derecho necesario. Si realmente han sido los hijos los que han abandonado a los padres, a pesar de los esfuerzos de éstos para que ello no sucediera, entonces quizás sí que la desheredación se podrá considerar justa, a pesar del dolor que ello también pueda suponer para el progenitor testador que la invoca. En lo que se refiere a la prueba de esta realidad, que justifica la desheredación, el testador habrá tenido tiempo suficiente en vida para preconstituirla cumplidamente en descargo de su heredero, sin que deban alterarse las reglas generales de la carga de la prueba de la desheredación, la cual compete a este último.

Esta causa de desheredación también se proyecta, en ocasiones, sobre los nietos del testador, a los que, por razón de la ruptura con los hijos, los abuelos quizás ni siquiera conocen. La desheredación justa de los hijos legitimarios provoca que los nietos tengan derecho a la legítima por derecho de representación. Aquí la cuestión está en resolver si se puede considerar que estos nietos, en la mayoría de las ocasiones menores de edad, han maltratado a sus abuelos. En otras palabras, si la culpa de los padres se hereda por los hijos que les representan en la sucesión, en este caso, en relación con los abuelos. De nuevo, jurídicamente se plantea si la falta de relación familiar de hecho es compatible con el fundamento objetivo de la legítima que está en la relación familiar de derecho. La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en la mencionada resolución de 15 de enero de 2024, ha concluido que no parece razonable hacer responder a los menores de 14 años, como mínimo, de una falta de relación familiar con sus abuelos. La resolución es igualmente muy relevante para la práctica del derecho de sucesiones. De hecho, en muchos testamentos los causantes omiten desheredar a los nietos expresamente. Ello quizás sucede por falta de previsión o de asesoramiento oportuno, en unos casos, por voluntad deliberada, en otros, pero también por lo enojoso que supone tener que afirmar por escrito que estos nietos, a su tierna edad, les han maltratado.

Volviendo al principio, es razonable que la legítima, como toda institución jurídica, sea sometida a revisión y crítica, y que para ello se lleven a cabo estudios académicos y empíricos detallados sobre las distintas opciones de reforma, si es que éstas proceden, las cuales deben ajustarse a la realidad de cada ordenamiento jurídico. Puede reducirse su cuantía, flexibilizar su forma de pago o modificar su plazo de prescripción, entre otras medidas plausibles. Con todo, no sería razonable convertir este derecho cierto y fácilmente determinable, propio de los derechos civiles continentales, en una pretensión de alimentos incierta frente a una persona ya fallecida, a obtener discrecionalmente, caso por caso, según decisión judicial, por imitación del *Common Law* inglés. En cualquier caso, lo que no es coherente ni razonable es mantener vigente esta institución del derecho de sucesiones sólo para aquellos supuestos en que las relaciones familiares existen sin conflicto, y permitir que se prive por completo cuando se ha producido un conflicto que ha llevado a una ruptura de la relación familiar, sin tener en cuenta la causa de la misma.

Albert Lamarca Marquès

Para muestra... el caso Boeing

El 23 de diciembre de 2023, en la Comisión de Justicia del Senado de los Estados Unidos se iniciaba la sesión con una llamativa declaración de su presidente: «*No puede haber dos sistemas de justicia – uno para las ricas compañías y sus ejecutivos y otro para los americanos de a pie*»¹. Esta manifestación puede resultar extraña en el país que “inventó” la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sin embargo, encierra una gran verdad. En efecto, en el Derecho penal económico norteamericano las cosas funcionan del siguiente modo. De entrada, cuando se dan indicios de la comisión de un delito económico, estos son investigados por la Fiscalía –por los *Public Prosecutors* del *Department of Justice*–. Ahora bien, tan pronto como se obtiene un material incriminatorio suficiente, el caso no se judicializa sin más, ni siquiera se inicia una negociación –un *plea bargaining*– encaminada a obtener una sentencia –un *guilty plea*– de conformidad. Lo más frecuente es que se ofrezca a la empresa en cuestión un acuerdo de no persecución –*nonprosecution agreement*– o de posposición condicionada de la persecución –*deferred prosecution agreement*–². Cabe discutir sobre las razones de esta práctica. Se diría que es la forma de obtener una solución eficiente del caso. En efecto, en el marco de los acuerdos (i) las empresas abonan cantidades muy importantes en concepto de «sanciones pecuniarias» –sin castigo–, adquieren determinados compromisos en cuanto a su reorganización y entregan algunos «chivos expiatorios» de entre los integrantes de la dirección media y baja; (ii) la respectiva persona jurídica no es condenada; y (iii) el Fiscal gana el caso. Sin embargo, no hace falta ser muy perspicaz para advertir además que, de este modo, los administradores –*directors*– y los altos directivos de las compañías –los *officers*– quedan al margen de cualquier riesgo de punición. Ello condujo en su día a la Vicefiscal General *Sally Q. Yates* a ordenar un cambio de estrategia –en el denominado *Yates Memo*–, de modo que se persiguiera a las personas físicas que se encuentran en la cima de las grandes compañías³. Simultáneamente, ha dado lugar a que algunos autores hayan señalado que el Derecho penal corporativo senci-

¹ «*There cannot be two systems of justice – one for wealthy corporations and executives, and one for everyday Americans*».

² Al respecto, matizadamente, TURIENZO FERNÁNDEZ, «¿Oportunidad procesal en las causas penales seguidas contra personas jurídicas? Una reflexión a la luz de la práctica de los NPAs y DPAs en Estados Unidos», *InDret*, (2), 2020, pp. 508 ss.; crítico, UHLMANN, «Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements and the Erosion of Corporate Criminal Liability», *Maryland Law Review*, (72), 2013, pp. 1995 ss.

³ YATES, *Memorandum for Assistant Attorney Generals and United States Attorneys, Individual Accountability for Corporate Wrongdoing*, (Sept. 9), 2015. Al respecto, SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, 2ª ed., 2016, pp. 421 ss.

llamente no existe en los Estados Unidos, o que existe, pero «en broma»⁴.

Según parece, Boeing seguía una política de aceleración del ritmo de la producción, deslocalización de la fabricación de los componentes de los aviones y reducción de costes. Así las cosas, en 2018 y 2019 tuvieron lugar dos accidentes de su aparato 737 Max, en concreto en el vuelo 610 de *Lion Air* y en el vuelo 302 de *Ethiopian Airlines*, que dieron lugar a centenares de muertos. De forma extrañamente inteligible para un observador no norteamericano, la Fiscalía le imputó a la compañía solo una conspiración para defraudar a la autoridad aérea norteamericana. Ahora bien, pese a las admoniciones efectuadas pocos años antes por Sally Yates, volvió a las andadas y en 2021 acabó ofreciendo a Boeing un *deferred prosecution agreement*, esto es, un acuerdo de no persecución condicionado al pago de ciertas sumas millonarias y la realización de mejoras en sus sistemas de seguridad y de *compliance*. En el contexto del acuerdo, Boeing «entregó» a dos empleados de segundo nivel, abonó 2.500 millones de dólares –243,6 millones de «sanción pecuniaria», 1.700 millones de compensación a sus clientes empresariales y 500 millones de compensación a los centenares de víctimas de los accidentes–. En 2024, al hilo de la producción de nuevos fallos en otros aviones, se ha constatado que Boeing infringió el acuerdo, de modo que podría parecer que ahora sí se la perseguirá. Sin embargo, según lo publicado en estos últimos días, todo parece indicar que ha alcanzado un nuevo acuerdo –ahora un *plea deal*–, admitiendo su responsabilidad por fraude –solo por fraude– en el que se integran nuevas sanciones pecuniarias, así como la monitorización de su seguridad por parte de un tercero independiente.

¿Y qué está pasando con los administradores y directivos de Boeing? Nada. La Fiscalía norteamericana sostiene que llevar a juicio a la compañía y a sus ejecutivos es demasiado arriesgado, pues podría haber absoluciones. A este respecto, se alude a que, de los dos empleados que «entregó» en su día, solo uno fue juzgado y, por cierto, absuelto. Lo que no se añade es que la absolución tuvo lugar porque el acusado convenció al jurado de que era un chivo expiatorio. Por lo demás, en otro orden de cosas –muy significativo–, no deja de haber comentarios en el sentido de que una acusación –y no digamos una condena– podría hundir a Boeing, que es una compañía estratégica en Estados Unidos desde muchos puntos de vista. A este respecto, lo cierto es que el nuevo acuerdo no establece ninguna restricción para Boeing. En concreto, no limita que pueda acceder a la contratación pública. En definitiva, la lógica de los acuerdos parece favorecer a todo el mundo... salvo a la justicia y los derechos de las víctimas.

A propósito de las grandes empresas, todo indica que sigue vigente la máxima lapidaria establecida hace una década por Brandon GARRETT⁵. Son demasiado importantes en el tejido social –*too big*–..., no solo para ir a la cárcel –*to jail*–, sino también para que el Estado pueda asumir que un proceso penal provoque su quiebra –*to fail*–, ya sea por el impacto directo de la condena, ya por el impacto reputacional indirecto de esta, que podría hundir la cotización. Así pues, el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas existe para que aquellas no respondan efectivamente, sino que alcancen acuerdos con las Fiscalías que se salden con una multa y un compromiso de mejoras del sistema de cumplimiento. Por su parte, los

⁴ LAUFER, «The Missing Account of Progressive Corporate Criminal Law», *New York University Journal of Law & Business*, (14), 2017, pp. 71 ss., 79-80; DIAMANTIS/THOMAS, «But We Haven't Got Corporate Criminal Law!», *The Journal of Corporation Law*, (47), 2022, pp. 991 ss., 1008.

⁵ GARRET, *Too Big to Jail: How Prosecutors Compromise with Corporations*, 2014.

administradores y altos directivos suelen quedar al margen de la persecución. En este punto, no deja de ser llamativo que los únicos altos directivos en los que supuestamente se daban los elementos para ser llevados a juicio en Estados Unidos fueran... los del grupo Volkswagen en relación con el asunto del fraude en las emisiones: ¿casualidad, especial perfidia del competidor germano o irrelevancia de este para el tejido económico y social norteamericano?

Una tesis doctrinal, crítica con la orientación del *Yates Memo*, sostiene que en las grandes corporaciones resulta imposible imputar responsabilidad a los administradores y altos directivos. El argumento con el que se sostiene tal punto de vista es que las conductas de estos sujetos son omisiones en las que no cabe advertir un título suficiente de imputación subjetiva –al menos, una imprudencia grave– que permita fundamentar su responsabilidad por un hecho concreto⁶. Así las cosas, sólo habría dos mecanismos para afrontar el problema: por un lado, (i) generalizar el modelo de una responsabilidad sin imputación subjetiva (el modelo norteamericano del *Responsible Corporate Officer*, que rige en algunos sectores concretos, como el de la contaminación del aire y de las aguas y el de la producción de alimentos y medicamentos)⁷; por el otro, (ii) establecer únicamente la responsabilidad de los subalternos y de la propia persona jurídica. Pero entonces estos últimos pueden aparecer como chivos expiatorios⁸. En efecto, en un contexto así, la responsabilidad de la persona jurídica aparecería en el mejor de los casos como una especie de sucedáneo de la auténtica responsabilidad personal de los administradores y directivos en un doble sentido. Por un lado, en términos de retribución expresiva; por el otro, en términos de prevención general intimidatoria⁹. Sin embargo, no está claro en términos empíricos cuál es el impacto de la responsabilidad de la persona jurídica sobre sus administradores y directivos, de manera que produzca efectos expresivos y/o intimidatorios sobre estos¹⁰. Además, un problema adicional es que tal repercusión pueda ser aleatoria, es decir, que paguen justos por pecadores.

En definitiva, todo parece indicar que la responsabilidad penal de las personas jurídicas desde una perspectiva *ex post* no solo no ayuda a la persecución de los auténticos responsables de los delitos que se hayan cometido en las grandes compañías, sino que, más bien, se opone a ello. En efecto, obliga a abrir una negociación –por las graves repercusiones económicas y financieras que tendría una condena– y ese marco negociador permite incluir en el objeto de la transacción la acusación contra los administradores y los altos directivos. Al final, estos quedan fuera del procedimiento penal.

Ciertamente, esto no quiere decir que, desde una perspectiva *ex ante*, el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas no desempeñe un efecto preventivo como incentivo –más poderoso que las sanciones administrativas– para implantar medidas de

⁶ BUELL, «The Responsibility Gap in Corporate Crime», *Criminal Law and Philosophy*, (12), 2018, pp. 471 ss.

⁷ TURIENZO FERNÁNDEZ, «Algunos apuntes sobre la *responsible corporate officer doctrine*», en SANTANA VEGA *et al.* (dirs.), *Una perspectiva global del Derecho Penal: Libro homenaje al profesor Dr. Joan J. Queralt Jiménez*, 2021, pp. 375 ss.

⁸ GARRETT, «The Corporate Criminal as Scapegoat», *Virginia Law Review*, (101), 2015, pp. 1789 ss.

⁹ BUELL, *Criminal Law and Philosophy*, (12), 2018, pp. 488-489: «Por lo tanto, la responsabilidad penal corporativa tiene una función de culpabilización, una que está conectada a una práctica social de culpar a las empresas y sus gerentes cuando ocurre un desastre».

¹⁰ GARRETT/LI/RAJGOPAL, «Do Heads Roll? An Empirical Analysis of CEO Turnover and Pay When the Corporation is Federally Prosecuted», *Virginia Law and Economics*, (11), 2017.

compliance que ayuden a evitar la comisión de delitos en su seno o, al menos, a facilitar la prueba de los que se cometan. Sin embargo, se convendrá que con ello el nuevo Derecho penal –administrativizado, sin juicio, sin garantías, pero también sin condenas– pasa a adoptar una curiosa faz...

En Alemania, en el marco del procedimiento administrativo sancionador previsto para las personas jurídicas en las que se cometen delitos, a Volkswagen se le impuso una sanción pecuniaria no criminal –*Geldbuße*, no *Geldstrafe*– de 1.000 millones de euros¹¹. Paralelamente, se ha seguido el proceso penal contra administradores y directivos, de modo que el próximo 3 de septiembre se inicia el juicio oral contra Martin Winterkorn, expresidente de su Consejo de Administración. Como diría un alemán: *Kristallklar* o, si se prefiere, *crystal-clear*...

Jesús-María Silva Sánchez

PD. Por cierto, el pasado mes de junio, como se auguraba en el pasado editorial¹², el Tribunal Supremo de los Estados Unidos anuló –*overruled*–¹³ la doctrina Chevron¹⁴, de deferencia interpretativa del poder judicial con respecto a las agencias administrativas.

¹¹ De conformidad con los §§ 30 y 130 OWiG (*Ordnungswidrigkeitengesetz*).

¹² SILVA SÁNCHEZ, «Editorial. Leyes penales, reglamentos administrativos y aplicación judicial. Una mirada desde los Estados Unidos», *InDret*, (2), 2024, pp. viii-ix.

¹³ En sus resoluciones *Loper Bright Enterprises v. Raimondo*, *Secretary of Commerce*, y *Relentless, Inc. v. Department of Commerce*, ambas de 28 de junio de 2024.

¹⁴ *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U. S. 837 (1984).

Más seguridad en las prisiones catalanas. Pero ¿qué seguridad?

-

El pasado 13 de marzo era asesinada una cocinera del CP Mas d'Enric a manos de un preso, quien inmediatamente después se suicidaría. Durante los meses previos, los sindicatos de funcionarios de prisiones de Cataluña habían venido denunciando un aumento de las agresiones que sufren¹⁵ y pidiendo más seguridad, más personal, más medios materiales y el reconocimiento como agentes de la autoridad, demandas que no hicieron más que acentuarse a raíz del trágico incidente. Así, los funcionarios de prisiones iniciaron diversas jornadas de protestas y movilizaciones con las cuales bloquearon los accesos a los centros penitenciarios y provocaron que, en algunos de ellos, los presos tuvieran que permanecer confinados en sus celdas. Con estas protestas, exigían las soluciones que habían venido demandando y la dimisión de los responsables políticos.

La presión ejercida por trabajadores y sindicatos llevó a que el 26 de abril se llegase a un acuerdo entre la administración penitenciaria catalana y el comité de huelga sobre las condiciones de trabajo y las medidas de seguridad del personal penitenciario. Este acuerdo, el cual actualiza el convenio laboral de los funcionarios penitenciarios, también incluye diversas medidas cuya finalidad es mejorar la seguridad en los centros penitenciarios catalanes para prevenir y mejorar la capacidad de reacción a los incidentes que puedan poner en riesgo la seguridad del personal penitenciario.

Así, en el apartado relativo a la seguridad, se acuerdan numerosas medidas como la formación en gestión del riesgo y seguridad del personal externo (servicios sanitarios y educativos, voluntariado, CIRE), cursos de defensa personal, revisión de la regulación de acceso a destinos y talleres productivos donde se realicen tareas con instrumentos potencialmente peligrosos y reubicación de los internos que se encuentren en dichos puestos, sujeción de cuchillos y compra de productos alimentarios ya cortados, sustitución de los internos que trabajen en las cafeterías de los centros penitenciarios, revisión del procedimiento de reparto de la medicación psicotrópica, garantizar que todos los profesionales que tengan contacto con internos dispon-

¹⁵ CSIF Presons, «Agressions a les presons catalanes: l'història interminable», 28 de febrero de 2024. Recuperado de: <https://www.csif.es/uploads/articulo/archivosAdjuntos/dossier-informe-agresiones-2023-1709109725.pdf>
Fecha de consulta: 17/07/2024.

gan de un sistema de alerta, prueba de sistemas de inhibición de drones y teléfonos móviles, valoración de la introducción de escáneres corporales y asignación de personal de régimen interior a la vigilancia de las áreas de servicios, educacionales y polideportivas en todos los centros penitenciarios. Es decir: nos encontramos ante medidas orientadas a incrementar el control y la vigilancia sobre las personas presas, reduciendo sus posibilidades de acceso a objetos considerados potencialmente peligrosos (objetos cortantes, medicación psicotrópica, teléfonos móviles) y aumentando la capacidad de reacción frente a posibles incidentes.

La literatura internacional nos muestra que el orden en prisión se puede alcanzar de diferentes maneras y que ello tiene distintas consecuencias para las personas presas y para la conflictividad en las prisiones. Las medidas anteriormente mencionadas posibilitan y nos acercan a un mantenimiento del orden basado en el control,¹⁶ el cual proporciona a los funcionarios de interior una «seguridad reconfortante» (*reassurance safety*)¹⁷ al permitirles mantener el orden desde la distancia, implementando rutinas, empleando los medios de seguridad estática y reaccionando coercitivamente cuando hay una alteración del orden.

Ahora estamos más seguros, te sientes seguro la mayor parte del tiempo. Ahora estamos tratando con los internos de un modo diferente. Estamos tratando con los internos de un modo en el que no pueden esconderse de nosotros. La forma en la que les hablamos ahora... les miras y les dices cómo son las cosas y que tú tienes el control de la situación. Ya no te sientes intimidado; yo no he sentido temor desde hace mucho, lo cual es bueno. (*Prison officer* de una prisión inglesa)¹⁸

El modelo opuesto es la consecución de un «orden social acordado», en el cual los funcionarios de interior construyen el orden mediante un trabajo relacional y de atención a las personas presas.¹⁹ Los funcionarios de interior que trabajan con esta aproximación al mantenimiento del orden logran sentir una «seguridad relacional» (*relational safety*)²⁰ pues confían en que los internos cumplirán las normas y sus indicaciones porque les respetan, por la autoridad que se han ganado.

Si te tienen respeto, cuando hay una pelea multitudinaria tú puedes acercarte y decirles que paren. Muchas veces te hacen caso y luego te vienen y te dicen: «He parado porque era usted, señorita». Yo por la fuerza no puedo entrar contra estos mastodontes, pero si te ganas su respeto como persona... (Funcionaria de interior de una prisión catalana)²¹

Como se ha anticipado anteriormente, las investigaciones internacionales han mostrado que, en entornos penitenciarios donde el orden se basa en el control, la calidad de vida y el bienestar psicológico de las personas presas son peores²² y que un mayor uso de la coerción se relaciona

¹⁶ DRAKE, «La contribución del personal de prisiones al mantenimiento del orden», *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 3/2016, 2016, pp. 1-15.

¹⁷ LIEBLING, «Distinctions and distinctiveness in the work of prison officers: Legitimacy and authority revisited», *European Journal of Criminology*, 8(6), 2011, pp. 493-495.

¹⁸ DRAKE, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 3/2016, 2016, pp. 10.

¹⁹ DRAKE, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 3/2016, 2016, pp. 1-15.

²⁰ LIEBLING, *European Journal of Criminology*, 8(6), 2011, pp. 493-495.

²¹ GÜERRI, *De carceleros y ayudantes. El rol de los funcionarios de interior en los centros penitenciarios españoles*, Atelier, 2020, p. 198.

²² Entre otros, BIGGAM/POWER, «Social support and psychological distress in a group of incarcerated young offenders», *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 41(3), 1997, pp. 213-230; SLOTBOOM/KRUTTSCHNITT/BIJLEVELD/MENTING, «Psychological well-being of incarcerated women in the Netherlands: Importation or deprivation?», *Punishment & Society*, 13(2), 2011, pp. 176-197.

con un número de infracciones violentas y no violentas más elevado que en prisiones donde predomina un personal de vigilancia con una orientación más relacional.²³ Por tanto, en un modelo penitenciario que no quiere ser un depósito de internos y aspira a la reeducación y la reinserción de las personas presas, debería apostarse por un «orden social acordado» donde los internos perciban el ejercicio de la autoridad como legítimo y se logre una seguridad relacional.

Una de las conclusiones de mi investigación sobre los funcionarios de interior en dos prisiones españolas²⁴ es que, en el centro penitenciario de Cataluña, una de las principales estrategias de mantenimiento del orden era la «seguridad dinámica» – basada en un trabajo relacional para anticipar los problemas o gestionarlos gracias al conocimiento personal de los internos – *por la menor disponibilidad de medios coactivos y coercitivos* para lograr dicho orden. En contraste con el centro penitenciario de la Administración General del Estado, donde los entrevistados se mostraban confiados en su capacidad de usar medios coercitivos como el aislamiento provisional y los consecuentes cambios de módulo como respuesta a los incidentes, los funcionarios de interior del centro penitenciario catalán manifestaban que el umbral de uso del aislamiento provisional era demasiado elevado y no creían en la capacidad intimidatoria de las sanciones a su disposición y que, por ello, debían recurrir a otras estrategias.

En este sentido, un aumento de la disponibilidad de medios coercitivos y de control en el ámbito penitenciario catalán (y es que a las medidas acordadas el pasado mes de abril hay que sumar la Circular 1/2022 sobre el uso del aislamiento provisional y las contenciones mecánicas) reduce la necesidad de recurrir a la seguridad dinámica y la autoridad personal para el mantenimiento del orden y podría conducirnos hacia un modelo de orden basado en el control, como sucedió en el caso inglés.²⁵

Con ello no quiero decir que las medidas de control acordadas no puedan ser adecuadas o necesarias. En este sentido, HEPBURN argumentaba que, en una institución como la prisión, la disponibilidad de medios coercitivos es importante para hacer saber que, en caso de necesidad, existen los medios para imponer la autoridad formal. No obstante, añadía que la capacidad de estos medios para lograr la conformidad de los internos en el día a día es limitada y, por ello, señalaba que el poder coercitivo es más efectivo cuando *está disponible pero raramente es usado*.²⁶

La cuestión es, por tanto, cómo favorecer que, en un escenario donde los funcionarios de interior disponen de numerosas herramientas para el mantenimiento del orden, opten por seguir ejerciendo un trabajo relacional que permita desarrollar estrategias de seguridad dinámica y un ejercicio de la autoridad personal. En este sentido, resulta fundamental la implementación de otra de las medidas incluidas en el acuerdo: la formación práctica del personal penitenciario.

La utilización de la autoridad personal para la desescalada de conflictos incipientes es una *tarea compleja* que requiere de habilidades interpersonales y de herramientas de resolución dialogada de conflictos y de gestión de grupos, tales como la escucha activa o la capacidad de negociación. Si se quiere restringir el uso de los medios coercitivos, es necesario capacitar a los funcionarios

²³ STEINER/WOOLDREDGE, «Prison officer legitimacy, their exercise of power, and inmate rule breaking», *Criminology*, 56(4), 2018, pp. 750-779.

²⁴ GÜERRI, *De carceleros y ayudantes*, 2020.

²⁵ DRAKE, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 3/2016, 2016, pp. 1-15.

²⁶ HEPBURN, «The exercise of power in coercive organizations: A study of prison guards», *Criminology*, 23(1), 1985, pp. 145-164.

de interior para realizar este tipo de tareas de otra manera pues, de lo contrario, les estamos pidiendo que mantengan el orden sin darles ninguna herramienta para hacerlo.

A veces hay que hacer de psicólogos y no tenemos una formación de psicología ni... te dan un par de clases cuando apruebas la oposición y ya está, y luego nada más (...) porque ya te digo que en muchos casos hay que hacer de psicólogo porque... el tío se rebota porque llama por teléfono y se le murió la madre o el padre y te monta una... empieza a romper todo y entonces tienes que ir a tranquilizarlo, razonar con él, que se tranquilice, porque tal, no sé qué... *Es que nadie me enseñó a mí... no tengo estudios para hacer eso.* (Funcionario de interior de una prisión de la Admón. General del Estado) ²⁷

Por otra parte, tanto para intervenir en situaciones complejas como para realizar actuaciones preventivas en el marco de la seguridad dinámica, es imprescindible que los funcionarios de interior *conozcan bien a las personas presas*. Para ello, es necesario, en primer lugar, que el personal penitenciario tenga contacto directo con las personas presas, algo que ya sucede en la administración penitenciaria catalana (donde suele haber un funcionario en cabina y el resto están en una oficina dentro del módulo) pero no en la Administración General del Estado. En segundo lugar, la ratio de personal por interno debe ser suficiente para que los funcionarios de interior tengan la posibilidad de interactuar con las personas presas. Por último, también es importante la habitualidad, esto es, que los funcionarios de interior tengan contacto frecuente con el mismo grupo de internos (por ejemplo, siendo asignados siempre al mismo módulo) pues, de otro modo, es difícil que lleguen a conocerlos. En este sentido, el turno laboral acordado en las nuevas medidas para los Genéricos del Servicio de Vigilancia, consistente en 2 días de trabajo y 4 días de libranza, no parece una buena medida para favorecer este contacto continuado.

Por último, no quiero concluir sin mencionar que considero adecuada la medida consistente en la constitución de una comisión técnica en la que se discutan las medidas y regulaciones del ámbito de servicio interior y de rehabilitación *en la cual se cuente con el personal de los centros penitenciarios*. Como he mencionado en otras ocasiones,²⁸ los funcionarios penitenciarios son quienes, en última instancia, implementan la política penitenciaria y le dan forma. Por ello, es importante contar con su punto de vista dado que la experiencia demuestra que tratar de imponer reformas *a pesar de ellos* difícilmente funciona.²⁹ Ello no significa que deba cederse a todas sus pretensiones, pero sí es necesario conocer su perspectiva, tomar en consideración los efectos que las reformas que se quieran implementar puedan tener en su forma de trabajar y asegurarnos de ofrecerles alternativas con las que se puedan alcanzar un modelo de mantenimiento del orden y de seguridad acorde a los fines de nuestra institución penitenciaria.

Cristina Güerri

²⁷ Extracto de entrevista a una funcionaria de un centro penitenciario de la Administración General del Estado. GÜERRI, *De carceleros y ayudantes*, p. 175.

²⁸ GÜERRI, «La reforma penitenciaria será con los funcionarios o no será. Acerca de la necesidad de contar con el personal para lograr el cambio en la institución penitenciaria», *Papers. Revista de Sociologia*, 104(3), 2019, p. 558.

²⁹ Un ejemplo reciente de ello en el contexto nacional es precisamente el intento de modificación de la circular catalana 2/2021 sobre el uso de contenciones mecánicas, la cual, a pesar de su efectividad para lograr la reducción del uso de dichas contenciones, tuvo que ser modificada de nuevo en menos de 1 año debido a presiones de los funcionarios de interior. Para ejemplos en el contexto internacional, véase GÜERRI, *Papers. Revista de Sociologia*, 104(3), 2019, pp. 557-558.

Referencias

BIGGAM, Fiona H. y POWER, Kevin G., «Social support and psychological distress in a group of incarcerated young offenders», *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 41(3), 1997, pp. 213-230.

DRAKE, Deborah, «La contribución del personal de prisiones al mantenimiento del orden», *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 3/2016, 2016, pp. 1-15.

GÜERRI, Cristina, *De carceleros y ayudantes. El rol de los funcionarios de interior en los centros penitenciarios españoles*, Atelier, 2020.

GÜERRI, Cristina, «La reforma penitenciaria será con los funcionarios o no será. Acerca de la necesidad de contar con el personal para lograr el cambio en la institución penitenciaria», *Papers. Revista de Sociologia*, 104(3), 2019, pp. 553-559.

HEPBURN, John R., «The exercise of power in coercive organizations: A study of prison guards», *Criminology*, 23(1), 1985, pp. 145-164.

LIEBLING, Alison, «Distinctions and distinctiveness in the work of prison officers: Legitimacy and authority revisited», *European Journal of Criminology*, 8(6), 2011, pp. 484-499.

SLOTBOOM, Anne Marie; KRUTTSCHNITT, Candace; BIJLEVELD, Catrien y MENTING, Barbara, «Psychological well-being of incarcerated women in the Netherlands: Importation or deprivation?», *Punishment & Society*, 13(2), 2011, pp. 176-197.

STEINER, Benjamin y WOOLDREDGE, John, «Prison officer legitimacy, their exercise of power, and inmate rule breaking», *Criminology*, 56(4), 2018, pp. 750-779.

Responsabilidad civil por administración no deseada de un tratamiento de soporte vital. *Wrongful living* ¿un nuevo supuesto de responsabilidad civil?

Sumario

Este trabajo estudia la eventual responsabilidad civil del profesional sanitario por la administración no deseada de tratamientos de soporte vital. Se trata de supuestos en los que un paciente capaz manifiesta su voluntad, por regla general -aunque no exclusivamente- en un documento de instrucciones previas, y declara que, bajo ciertas circunstancias, no desea que le sean aplicadas medidas dirigidas a mantener su vida de manera artificial. Sin embargo, llegado el momento, un profesional sanitario incumple esta voluntad y aplica unas medidas que alargan indeseadamente la vida del paciente. El trabajo aborda el conflicto entre el derecho a la vida del paciente y su derecho a la libre autodeterminación personal, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la experiencia de los tribunales alemanes y norteamericanos en las llamadas acciones de wrongful living. También dirige la mirada al derecho español y, en previsión de posibles demandas, argumenta soluciones que puedan cubrir la actual ausencia de criterios jurisprudenciales.

Abstract

This paper analyzes the liability in tort of health providers for the unwanted administration of life-sustaining treatments. In these cases, a competent patient drafts an advance directive or similar documentation expressing his refusal, under certain circumstances, to artificial life-sustaining treatments. Despite this, the health provider breaches the directive and applies a non-wanted life-prolonging medical treatment. This article addresses the conflict between the patient's right to life and his right to self-determination, from the perspective of the European Court of Human Rights case-law and the experience of German and US courts in the so-called action for wrongful living. It also looks at Spanish law and proposes solutions covering the current lack of criteria in Spanish case-law.

Title: Tort liability for unwanted administration of life-sustaining treatment. Wrongful living. A new ground for tort liability?

Palabras clave: Responsabilidad civil médica, Derecho a la autodeterminación personal, Wrongful living.

Keywords: Medical negligence, Right of self-determination, Wrongful living.

DOI: 10.31009/InDret.2024.i3.01

3.2024

Recepción
09/05/2024

-

Aceptación
09/07/2024

-

1. La responsabilidad civil por administración no deseada de un tratamiento de soporte vital: un caso alemán

2. Los argumentos a favor y en contra de la indemnización en cada una de las instancias jurisdiccionales alemanas que afrontaron el caso anterior

2.1. La indemnización del daño moral por parte del *Oberlandesgericht*

2.2. El rechazo de la indemnización por parte del *Bundesgerichtshof (BGH)*

a. La negativa a indemnizar el daño moral

b. La negativa a indemnizar el daño patrimonial

2.3. El Auto del Tribunal Constitucional Federal (*BVerfG*)

3. Las demandas de wrongful living en la jurisprudencia norteamericana

4. El rechazo al argumento de la vida como daño indemnizable: el paralelismo con las demandas de wrongful birth y wrongful life

5. La relación entre el derecho a la vida y el derecho a la autodeterminación en la fase final de la vida: la jurisprudencia del TEDH

6. La lesión del derecho a la autodeterminación personal como interés jurídico lesionado

6.1. Principio de dignidad y autodeterminación del paciente.

6.2. Voluntad conocida del paciente en relación con la retirada de tratamientos de soporte vital

a. La jurisprudencia relativa a transfusiones de sangre en pacientes testigos de Jehová

b. Voluntad del paciente contenida en un documento de instrucciones previas o voluntades anticipadas

c. Voluntad del paciente en ausencia de documento de instrucciones previas o voluntades anticipadas

6.3. Voluntad desconocida del paciente en relación con la retirada de medidas de soporte vital

7. La responsabilidad civil y el daño indemnizable

8. Conclusiones

9. Jurisprudencia

10. Bibliografía

-

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

1. La responsabilidad civil por administración no deseada de un tratamiento de soporte vital: un caso alemán*

La sentencia del *Oberlandesgericht* de Munich de 21 de diciembre de 2017¹ resolvió el siguiente caso: El padre del demandante había nacido en 1929 y falleció el 19 de octubre de 2011. Desde 1997 sufría demencia y estaba sujeto a una institución de guarda (*Betreuung*) que ejercía un abogado con facultades en la esfera personal y sanitaria. En 2003, la demencia estaba muy avanzada y el paciente tenía dificultades de movilidad. A partir de 2006, pasó a residir en un centro geriátrico. A causa de un trastorno de mutismo, empezó a tener dificultades de comunicación, la cual devino totalmente imposible a partir de 2008. En junio de ese mismo año, se le diagnosticó tetraparesia espástica y rigidez de nuca. Desde noviembre de 2008 y hasta la fecha de su fallecimiento recibió tratamiento con analgésicos opioides. Entre enero de 2010 y octubre de 2011 experimentó fiebre periódica, dificultades respiratorias, úlceras por presión y sufrió neumonía hasta cuatro veces. Desde finales de mayo y hasta mediados de junio de 2011, el paciente estuvo hospitalizado por una inflamación de la vesícula biliar, aunque no pudo realizarse ningún tratamiento quirúrgico debido a su estado de salud general. El 8 de octubre de 2011 fue hospitalizado de nuevo a causa de una neumonía por aspiración, pero se decidió no administrar ningún tratamiento de medicina intensiva. El paciente falleció en el mismo hospital el día 19 de octubre de 2011.

En septiembre de 2006, con ocasión de un ingreso hospitalario y, debido al estado general de desnutrición y deshidratación, el *Betreuer* había consentido la inserción de un tubo de alimentación artificial (sonda PEG), que el paciente mantuvo hasta el momento del fallecimiento.

El paciente no había otorgado ningún documento de instrucciones previas o voluntades anticipadas y no pudo establecerse su voluntad en lo relativo a la aplicación de eventuales medidas de soporte vital.

Tras el fallecimiento, el hijo y heredero único del paciente, residente en los Estados Unidos, interpuso demanda de responsabilidad civil contra el médico generalista que había atendido a su padre desde la primavera de 2007. Reclamaba, *iure hereditatis*, la indemnización de los daños materiales e inmateriales derivados del mantenimiento de la alimentación artificial durante los años 2010 y 2011, hasta el momento del fallecimiento. En opinión del demandante, desde principios de 2010, la alimentación mediante sonda gástrica dejó de estar indicada médicamente y su mantenimiento tampoco podía ampararse en la voluntad del paciente, que no estaba acreditada. Mantener la nutrición artificial -alegaba- alargó inútilmente el sufrimiento de su padre cuando ya no existían perspectivas de mejora, como puso de manifiesto el cambio de terapia finalmente decidida por el médico al interrumpir la alimentación por sonda y permitir el fallecimiento del paciente bajo cuidados paliativos.

* Josep Solé Feliu (josep.sole@udg.edu). Esta publicación ha sido realizada en el marco del proyecto de investigación PID2022-136571NB-I00, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, con el título «Dificultades y Retos de la reforma de la responsabilidad extracontractual», cuyos IP son los profesores Miquel Martín-Casals y Josep Solé Feliu. Agradezco la lectura y los comentarios del profesor Jordi Ribot Igualada al original de este trabajo, así como las valiosas aportaciones sugeridas por los evaluadores externos.

¹ OLG Munich, sentencia de 21.12.2017-1 U 454/17 (FamRZ 2018, 723). El texto de la sentencia del *Oberlandesgericht* puede consultarse en <https://openjur.de/u/970218.html> [Fecha de consulta: 12.12.2023].

El demandante también alegaba que el profesional demandado no había proporcionado información suficiente al *Betreuer* sobre la ausencia de indicaciones médicas que justificasen mantener la alimentación artificial. Con esta decisión, se alargó el sufrimiento del paciente, lesionando su integridad física y su derecho general de la personalidad. Además de la indemnización de los daños inmateriales, el demandante reclamaba el reembolso de los gastos derivados del tratamiento y las atenciones sanitarias durante los años 2010 y 2011; estos últimos, por un importe de 52.925 €. En su opinión, estos gastos no habrían tenido lugar si la interrupción del tratamiento y el consiguiente fallecimiento de su padre se hubieran producido con anterioridad.

El *Landesgericht* desestimó la demanda. La citada sentencia del *Oberlandesgericht* de Munich concedió una indemnización de 40.000 € por el daño inmaterial y desestimó el resto de la demanda². La sentencia fue recurrida por ambas partes ante el *Bundesgerichtshof* (BGH). Mientras que el demandado solicitaba la desestimación total de la demanda, el demandante recurrió la desestimación de la indemnización de los perjuicios económicos. En su sentencia de 2 de abril de 2019³, el BGH estimó el recurso de casación del demandado y rechazó la indemnización del daño inmaterial. Al mismo tiempo, desestimó los recursos interpuestos por el demandante y rechazó indemnizar el daño material consistente en los gastos y cargas económicas derivadas de la continuación no consentida de la vida. El hijo del fallecido interpuso recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional Federal (*BVerfG*), que fue inadmitido por el Auto de 7 de abril de 2022⁴.

2. Los argumentos a favor y en contra de la indemnización en las distintas instancias jurisdiccionales alemanas que afrontaron el caso anterior

Como se acaba de ver, las distintas instancias jurisdiccionales que se pronunciaron sobre el caso anterior no vieron la cuestión de la indemnización desde el mismo prisma. Todas las instancias rechazaron indemnizar tanto el daño material como el inmaterial, excepción hecha del *Oberlandesgericht* de Munich, que admitió indemnizar el daño inmaterial. A pesar de ello, el Tribunal Supremo Federal y el Tribunal Constitucional Federal entreabren la puerta a una posible indemnización, si se diesen determinadas circunstancias.

2.1. La indemnización del daño inmaterial por parte del *Oberlandesgericht*

La sentencia del *Oberlandesgericht* de Munich⁵ fue la única instancia que reconoció al hijo, *iure hereditatis*, una indemnización por el daño inmaterial sufrido por su padre. Para justificar tal decisión, el tribunal afirmaba que, en el marco de su deber de información sanitaria, el demandado estaba obligado a debatir detenidamente con el *Betreuer* las medidas médicamente indicadas en relación con el paciente, según resulta del § 1901b BGB. En el caso, esto significaba

² OLG Munich 21.12.2017, cit.

³ BGH 2. April 2019. VI ZR 13/19. El texto de la sentencia puede consultarse en: <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=95016&pos=0&anz=1> [Fecha de consulta: 18.3.2024].

⁴ El texto del Auto puede consultarse en: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2022/04/rk20220407_1bvr118719.html [Fecha de consulta: 08.07.2023].

⁵ OLG Munich 21.12.2017, cit.

discutir sobre la continuación o interrupción de la alimentación por sonda, cosa que no hizo. La sentencia concluía que el alargamiento de la vida del paciente y el sufrimiento asociado a él resultaban del incumplimiento de un deber del médico y constituían un daño moral indemnizable derivado de la «lesión del interés de integridad del paciente, que recibió alimentos a través de una sonda gástrica durante un largo período de tiempo sin consentimiento efectivo»⁶.

En opinión del tribunal regional, el demandado no podía ser responsable por la «destrucción generalizada de la personalidad del paciente como consecuencia de la enfermedad cerebral degenerativa ni de las complicaciones de salud descritas», pero sí podía serlo por el hecho de que el paciente continuase viviendo y tuviera que hacerlo en el estado de salud expuesto. Eso era lo que, en opinión del tribunal, justificaba indemnizar un daño moral, que no podía limitarse, además, a una simple indemnización simbólica. Desde el punto de vista de la fundamentación jurídica, la sentencia aludía a la dignidad humana, reconocida en el Art. 1 de la *Constitución Alemana*, y a la jurisprudencia relativa a las demandas sobre el nacimiento de hijos con graves malformaciones congénitas (*wrongful life*), que consideraba no aplicable al caso, porque, «no se trata de calificar de "indigna" la vida de un paciente gravemente enfermo, sino más bien de si sería mejor para su bienestar continuar con la alimentación por sonda o permitirle morir»⁷. La cuestión era, pues, si, en comparación con la muerte, continuar la vida con la salud gravemente menoscabada constituye un daño jurídicamente indemnizable.

Trasladada la cuestión al caso, se trataba de discernir si mantener el tubo gástrico a partir de 2010 y hasta la fecha del fallecimiento suponía una lesión a la integridad física del paciente que requería el consentimiento suficientemente informado del *Betreuer*. De ser así, la falta de dicho consentimiento debería tener, como consecuencia lógica en el terreno de la responsabilidad civil, el reconocimiento del derecho a percibir una indemnización, tal y como admitió el *Oberlandesgericht* en su sentencia⁸.

2.2. El rechazo de la indemnización por parte del *Bundesgerichtshof* (BGH)

Por su parte, el *Bundesgerichtshof* (BGH) acogió el recurso interpuesto por el demandado, anuló la sentencia del *Oberlandesgericht* y rechazó indemnizar los daños inmateriales. Al mismo tiempo, desestimó el recurso interpuesto por el demandante en el que reclamaba la indemnización del daño material consistente en las cargas y gastos económicos generados por la continuación no deseada de la vida.

a. *La negativa a indemnizar el daño inmaterial*

El Alto Tribunal Federal rechaza indemnizar el daño inmaterial con el argumento de que la vida no constituye un daño indemnizable, ni siquiera cuando se trata de una vida enferma. El argumento entronca con la jurisprudencia relativa a las demandas de *wrongful birth* y *wrongful life*. Por un lado, señala que, para apreciar un daño, es preciso «comparar la situación global

⁶ Véase el pár. 8 de la sentencia.

⁷ Pár. 6.1 de la sentencia.

⁸ Pár. 6.1 de la sentencia («[E]l suministro de nutrientes a través de un tubo sonda a un paciente que, como consecuencia de un daño cerebral severo e irreversible, ya no puede comer de forma natural, a pesar de la ayuda, es precisamente una intromisión antinatural en el curso normal de la vida, que incluye también el morir») y pár. 6.3 de la sentencia.

existente con la que habría existido si no hubiese tenido lugar el evento dañoso». A partir de ahí, «cualquier menoscabo que resulte de esta comparación solo se considera daño si el ordenamiento jurídico lo reconoce como tal»⁹, lo que no ocurre en el presente caso, en el que «la continuación de la vida con sufrimiento vinculada a la enfermedad, posible gracias a la alimentación artificial, se contrapone a la situación que existiría si se hubiera suspendido la alimentación artificial, es decir, la muerte. No existía la opción de continuar viviendo sin -o con menos- sufrimiento». Y continúa con un razonamiento que ya es conocido en las demandas por *wrongful life*: «la vida humana es un bien jurídico supremo y absolutamente digno de ser preservado. Ningún tercero tiene derecho a juzgar su valor. Por consiguiente, está prohibido considerar la vida -ni siquiera la continuación de la vida llena de sufrimiento como un daño», con cita de los Arts. 1(1) y 2(2)1 de la Constitución alemana, relativos a la dignidad y a los derechos a la vida y a la integridad física, respectivamente¹⁰.

En coincidencia con el *Oberlandesgericht*, el BGH opina que existen similitudes y diferencias entre los casos relativos a demandas interpuestas por hijos que nacen con malformaciones o enfermedades congénitas y el grupo de casos actual. Mientras que, en aquellos, «se trataba de una vida llena de sufrimiento, cuyo comienzo no se había impedido mediante un aborto, ahora se trata de la continuación de una vida llena de sufrimiento, que no finalizó con la interrupción del tratamiento». Sin embargo, «ambas constelaciones de casos difieren principalmente por el hecho de que, a diferencia del *nasciturus*, a los seres humanos se les reconoce fundamentalmente el derecho a decidir de manera autodeterminada con respecto al tratamiento médico, incluida la interrupción de las medidas dirigidas a mantener la vida». Ahora bien, según el BGH, esta diferencia no significa necesariamente «que pueda apreciarse un daño en el sufrimiento derivado de la continuación de la vida»¹¹.

Por un lado, el Tribunal Supremo Federal admite que el reconocimiento del derecho a la autodeterminación sanitaria de los pacientes implica que éstos «tienen derecho a decidir por sí mismos, en cada etapa de la vida, incluido el final de la misma, si quieren solicitar ayuda médica»; que este derecho a la autodeterminación halla protección constitucional y se extiende igualmente a los pacientes «que pierden la capacidad para consentir», en cuyo caso, «la voluntad realmente expresada, o la voluntad presunta del paciente, sigue siendo decisiva en relación con la decisión de adoptar o no las medidas médicas», incluidas aquellas dirigidas a no alargar la vida y permitir, así, la muerte. En tales casos, afirma el Tribunal, «*el deber de protección del Estado en relación con la vida, previsto en el Art. 2(2)1 de la Constitución queda relegado frente al derecho del paciente a la autodeterminación, incluso si hubiera posibilidades de recuperación o de seguir viviendo en caso de no interrumpir el tratamiento*»¹² [énfasis añadido].

Mas, por otro lado, el Tribunal también admite que «ni siquiera en este caso, la continuación de la vida, con la inevitable continuación del sufrimiento asociado a la enfermedad, debe considerarse como un daño». Aunque el propio paciente considere que su vida no es digna de ser vivida, «el ordenamiento constitucional prohíbe a todos los poderes del Estado, incluida la jurisprudencia, valorar la vida del paciente en el sentido de concluir que esta vida constituye un daño» en caso de no respetarse su voluntad de poner fin al tratamiento, puesto que «está más

⁹ BGH, sentencia de 02.04.2019 - VI ZR 13/18, párr. 20.

¹⁰ Ibidem, párr. 21.

¹¹ Ibidem, párr. 25.

¹² Ibidem, párr. 26, con referencia a la sentencia del propio BGH, 17.09.2014 - XII ZB 202/13 y a reiterada doctrina.

allá de la capacidad humana determinar si una vida llena de sufrimiento constituye un perjuicio en comparación con la muerte»¹³. Y concluye, el Tribunal, con la siguiente afirmación: «[E]l sufrimiento inherente a la vida relacionado con la enfermedad, el cual se prolonga como consecuencia de la aplicación de medidas de soporte vital, no puede considerarse en sí mismo un daño, porque no puede separarse de la vida»¹⁴.

Finalmente, tras rechazar que hubiese lugar a una indemnización por la lesión del derecho general de la personalidad (*Allgemeinen Persönlichkeitsrechts*) del paciente, el BGH abre la puerta, en cambio, a una eventual indemnización del daño moral derivado de la infracción del derecho a la autodeterminación personal, si hubiese podido demostrarse que las medidas de soporte vital se hubiesen aplicado en contra de su voluntad. El hecho de que, en el caso resuelto por la sentencia, esta voluntad contraria del paciente no hubiera podido acreditarse, impide al Tribunal pronunciarse sobre la cuestión y deja abierta la pregunta¹⁵.

b. *La negativa a indemnizar el daño patrimonial*

En relación con la cuestión relativa a la indemnización del daño patrimonial, el tribunal de apelación había desestimado la demanda al considerar que el demandante no había demostrado adecuadamente que el patrimonio de su padre fallecido hubiese experimentado una disminución como consecuencia del incumplimiento del deber de información por parte del médico. El demandante recurrió esta decisión ante el BGH, que mantuvo el rechazo, aunque con argumentos distintos basados, esta vez, en la ausencia de una vinculación entre el fin de protección del deber del médico de informar al *Betreuer* y el daño patrimonial.

Por un lado, el BGH reconoce que la prohibición de equiparar la existencia de un ser humano con un daño indemnizable, cuya base se encuentra en el Art. 1(1) *Grundgesetz*, no es incompatible con la posibilidad de calificar las cargas económicas asociadas a la existencia humana como daño material susceptible de indemnización. Así lo ha venido reconociendo la jurisprudencia del propio BGH en las sentencias relativas al nacimiento de hijos inicialmente no deseados (*wrongful conception*)¹⁶; jurisprudencia que ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional Federal¹⁷. Sin embargo, para que estas cargas económicas puedan ser indemnizadas, es preciso que pertenezcan al ámbito de riesgos que la norma infringida o el deber jurídico lesionado tienen el fin de evitar. Eso es lo que ocurre en la jurisprudencia relativa al nacimiento de hijos a resultas de una esterilización fallida o de un diagnóstico prenatal incorrecto. En ella, los tribunales conceden indemnizaciones asociadas a las cargas económicas derivadas del nacimiento de un

¹³ Ibidem pár. 27.

¹⁴ Ibidem pár. 28.

¹⁵ Como declara la sentencia, «[Q]ueda todavía abierta la cuestión relativa a si dicha reclamación podría basarse en una lesión del derecho a la autodeterminación del paciente en el caso de que las medidas de soporte vital se hubiesen mantenido en contra de su voluntad», para concluir que «este no es el caso aquí. El tribunal de apelación no pudo demostrar que la alimentación por sonda se realizó en contra de la voluntad del paciente, lo que tendría que probarse por el demandante» (pár. 30).

¹⁶ Véase pár. 38 de la sentencia, con cita de varias sentencias del propio BGH (sentencias de 16 de noviembre de 1993 - VI ZR 105/92, BGHZ 124, 128, de 4 de marzo de 1997 - VI ZR 354/95, NJW 1997, 1638, 1640, juris Rn. 16, del 18 de junio de 2002 - V I ZR 136/01, BGHZ 151, 133, 145, juris Rn.28).

¹⁷ BVerfG 96, 375.

hijo no deseado «solo en la medida en que las obligaciones asumidas [por el médico] en el contrato de asesoramiento o tratamiento estuvieran dirigidas a proteger frente a tales cargas»¹⁸.

Sin embargo, en el caso resuelto, el BGH consideró que los deberes de información sanitaria infringidos por el médico en relación con el *Betreuer* de un paciente no capaz de consentir «no se dirigían a proteger al paciente frente a las cargas económicas asociadas a la continuación de su vida, ni siquiera cuando se trata de una vida llena de sufrimiento», sino «sólo a dar cumplimiento al derecho a la autodeterminación del paciente, que el *Betreuer* debe ejercer» en relación con el proceso de morir¹⁹. Adicionalmente, añadía el Tribunal que los deberes de información sanitaria «no sirven para garantizar que el patrimonio del paciente se conservará de la manera más íntegra posible para los herederos». Por todo ello, la conclusión resultaba clara: «las cargas económicas que reclama el demandante no pueden indemnizarse»²⁰.

2.3. El Auto del Tribunal Constitucional Federal

Contra la sentencia del Tribunal Supremo Federal, el hijo del fallecido interpuso recurso de inconstitucionalidad, que fue inadmitido por el *Bundesverfassungsgericht* en su Auto de 7 de abril de 2022²¹.

Más allá de poner en duda la legitimación activa del recurrente para hacer valer, en un proceso de inconstitucionalidad, derechos personalísimos de su padre fallecido²², el Tribunal Constitucional Federal confirma la sentencia del BGH al entender que el rechazo a indemnizar los daños morales y patrimoniales no planteaba problemas de inconstitucionalidad²³.

En primer lugar, considera que, de acuerdo con la Ley Fundamental Alemana, la vida humana es el bien jurídico de mayor rango, digno de protección. No obstante, también reconoce que el mandato del Estado para proteger la vida encuentra su límite en el ejercicio del derecho a la autodeterminación. Aludiendo a su propia jurisprudencia, el *BVerfG* declara que «*la decisión de poner fin a la propia vida tiene un significado existencial para la personalidad, constituye una manifestación del sentido de uno mismo y [es] una expresión fundamental de la capacidad de autodeterminarse y de responsabilidad personal*»²⁴. Sin embargo, el propio Tribunal Constitucional Federal recuerda que, en el caso que le ocupa, no pudo determinarse cuál fue la voluntad real o

¹⁸ Pár. 40 de la sentencia, con cita de reiterada jurisprudencia.

¹⁹ *Ibidem*. pár. 41-42.

²⁰ *Ibidem*. pár. 42.

²¹ *BVerfG*, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 07. April 2022. El texto puede consultarse en: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2022/04/rk20220407_1bvr118719.html [Fecha de consulta: 18.3.2024].

²² Pues, como dice el Auto, en relación con el recurso de inconstitucionalidad en Alemania, «el recurso de inconstitucionalidad debe servir para hacer valer los propios derechos», de modo que «un recurso de inconstitucionalidad decae, por regla general, cuando el recurrente fallece», toda vez que «la sucesión jurídica en el proceso tampoco es una opción en el caso de derechos personalísimos» (pár. 15). Al mismo tiempo, el Tribunal Constitucional Federal se remite a la jurisprudencia del TEDH al afirmar que «los recursos no pueden interponerse, por regla general, por familiares próximos o herederos después de la muerte (así, TEDH, *Sanles Sanles c. España*, sentencia de 26 de octubre de 2000, núm. 48335/99). Esto solo cambia si el recurrente participó, por sí mismo y en su propio interés, en el proceso inicial (cf. TEDH, *Koch c. Alemania*, sentencia de 19 de julio de 2012, n.º 497/09, §§ 47 y siguientes, 54)» (pár. 16 del Auto).

²³ Véanse los pár. 17 a 20 del Auto.

²⁴ Pár. 18 del Auto.

presunta del paciente en tanto que expresión de su derecho a la autodeterminación, motivo que impedía apreciar la existencia de los presupuestos determinantes de la responsabilidad civil, contractual o extracontractual²⁵.

Lo anterior no supone menoscabar la protección constitucional del derecho a la autodeterminación frente a la vida²⁶ porque -como también recuerda el *BVerfG*- la sentencia impugnada abría la puerta a una eventual responsabilidad por lesión del derecho a la autodeterminación, en el caso de que la voluntad del paciente contraria a las medidas de soporte vital hubiese sido clara. En tal supuesto, afirma el Tribunal, «el deber del Estado de proteger la vida en virtud del Art. 2(2)1 de la Ley Fundamental pasa a un segundo plano por detrás del derecho a la propia autodeterminación»²⁷. Por consiguiente, «no puede excluirse de entrada que una medida dirigida a mantener la vida en contra de la voluntad del interesado pueda tener consecuencias en materia de responsabilidad»²⁸, aunque no hubiese sido este el caso en la sentencia impugnada.

3. Las demandas de *wrongful living* en la jurisprudencia norteamericana

La cuestión relativa a la eventual responsabilidad civil del prestador de servicios médicos que impone al paciente un tratamiento no deseado en contra de su voluntad también ha sido discutida en la doctrina y la jurisprudencia norteamericanas. A diferencia del supuesto alemán que daba inicio a este trabajo, muchos de los casos resueltos por los tribunales norteamericanos se refieren al incumplimiento de una voluntad manifestada en un documento previo de voluntades anticipadas (*advanced directive*). Con frecuencia, los autores se refieren a estos casos con la expresión *wrongful living*²⁹, por oposición a las conocidas demandas de *wrongful conception*, *wrongful birth* y *wrongful life*. Mientras que, en éstas, la responsabilidad civil se plantea en relación con el nacimiento de un hijo inicialmente no deseado, en las demandas por *wrongful living*, la responsabilidad se anuda a la prolongación no deseada de la vida de un paciente como consecuencia de la imposición de unas medidas de soporte vital que había rechazado expresamente³⁰.

Sin embargo, conviene precisar que el uso de la expresión *wrongful living* no se refiere al reconocimiento de un *tort* o ilícito civil de nuevo cuño, autónomo o independiente. La expresión se utiliza, más bien, como categoría descriptiva de un concreto grupo de supuestos³¹, cuyo ejercicio judicial se reconduce a los tradicionales *tort of battery*, *tort of assault* o al más general *tort of negligence*³². Mientras que los dos primeros requieren una actuación intencional por parte del causante del daño, el último tan solo exige que se demuestre la falta de la diligencia debida.

²⁵ Pár. 20 del Auto.

²⁶ Pár. 21 del Auto.

²⁷ Pár. 20 del Auto.

²⁸ Pár. 20 del Auto.

²⁹ Según parece, la expresión «*wrongful living*» fue acuñada por primera vez en un artículo publicado en 1986 por ODDI, A. Samuel, «The Tort of Interference with the Right to Die: The Wrongful Living Cause of Action», 75 *Geo. L.J.* 625 (1986).

³⁰ FERNANDEZ LYNCH, Holly / MATHES, Michele / SAWICKI, Nadia N., «Compliance With Advance Directives: Wrongful Living and Tort Law Incentives», 29(2) *Journal of Legal Medicine* 133 (2008), pp. 141-142.

³¹ Insisten particularmente en esta idea FERNANDEZ LYNCH / MATHES / SAWICKI, «Compliance With Advance Directives: Wrongful Living and Tort Law Incentives», cit., p. 141.

³² *Ibidem*.

Por su parte, la diferencia entre los *torts* de *battery* y de *assault* se encuentra en el contacto físico con el perjudicado. Si hay contacto físico, se está en el terreno del *tort of battery*, mientras que, en ausencia de él, existe *assault*, aunque hubiera habido intención de contacto³³. El *tort of assault* protege la mera aprensión -fundada- de que va a producirse un contacto físico, sin que este se produzca finalmente, en cuyo caso se entraría en el terreno del *battery*³⁴. En cuanto al *tort of battery*, no es necesario que se produzca un perjuicio corporal efectivo (lesión corporal) ni que exista intención de causarlo; el mero contacto intencional no deseado por el perjudicado ya es suficiente para acreditar la existencia del *tort*, el cual se configura como una suerte de interferencia corporal no deseada³⁵.

En el contexto de la información sanitaria y del consentimiento informado, la posición actual de la jurisprudencia norteamericana considera que existe *battery* en casos en los que el profesional sanitario practica una intervención sin consentimiento alguno del paciente; o bien cuando administra un tratamiento distinto del que éste había consentido. En cambio, cuando se alega falta de información o información insuficiente, suele acudir al *tort of negligence*, en el que la falta de la diligencia debida no se predica del procedimiento médico ejecutado, sino de la información relativa a los riesgos, alternativas o consecuencias que derivan de él³⁶. Esta diferencia explica que la mayoría de demandas por *wrongful living* se planteen bajo la forma de *tort of battery* (tratamiento administrado en contra de la voluntad y sin consentimiento del paciente) o *tort of negligence* (tratamiento administrado sin información o sin la información suficiente), y no tanto bajo la cobertura del *tort of assault*³⁷. Cuestión distinta es que la mayor parte de estas demandas prosperen, porque, para ello y, entre otros requisitos, resulta imprescindible acreditar la existencia de un daño, que ha sido el verdadero caballo de batalla de la jurisprudencia norteamericana. También es la principal razón que explica la reticencia de los tribunales a la hora de conceder una indemnización³⁸.

Así, según admite la doctrina norteamericana, tanto el derecho federal como los derechos estatales reconocen el derecho de los pacientes a expresar sus deseos en relación con las atenciones sanitarias en la fase final de sus vidas, ya sea en un documento de instrucciones previas (*advance directive*), en otra documentación jurídica o por medio de un representante

³³ FLEMING, John G., *The Law of Torts*, 9th., Sydney, The Law Book Co., 1998, pp. 29-30.

³⁴ DOBBS, Dan B. / HAYDEN, Paul T. / BUBLICK, Ellen M., *The Law of Torts*, 2nd., vol. 1, St. Paul, Minn., Thomson Reuters-West, 2011, § 38-40, pp. 97-102, para quienes las simples palabras no son suficientes, sino que se requiere acompañarlas de una acción que permita generar una aprensión razonablemente fundada (p. 99).

³⁵ DOBBS / HAYDEN / BUBLICK., *The Law of Torts*, 2nd., vol. 1, cit., §§ 33-37, pp. 80-97. Como matiza FLEMING, *The Law of Torts*, 9th., cit., p. 30, debe tratarse de un contacto que sea ofensivo más allá de los usos aceptados de la vida diaria, de modo que no constituye *battery* el mero hecho de tocar la espalda de una persona para llamar su atención, o rozar a alguien cuando se está en una multitud o un pasaje estrecho; salvo que este contacto se haga de forma hostil.

³⁶ DOBBS / HAYDEN / BUBLICK., *The Law of Torts*, 2nd., vol. 1, cit., §308, pp. 217-219.

³⁷ SAWICKI, Nadia N., «A New Life for Wrongful Living», 58 *N.Y.L. Sch. L. Rev.* 279 (2014), 279-302, p- 280, nota 3; LOPEZ, Alberto B. & VARS, Fredrick E., «Wrongful Living», *Iowa L. Rev.*, Vol. 104:1921 (2019), pp. 1966-1967, para quienes, en la práctica, los demandantes también pueden combinar argumentos propios de *battery* y del *tort of negligence*, con el fin de reclamar la indemnización de los daños intencionales y los de carácter no intencional.

³⁸ Crítica, con esta posición jurisprudencial, se manifiesta una parte de la doctrina norteamericana: por todos, FERNANDEZ LYNCH / MATHES / SAWICKI, «Compliance With Advance Directives: Wrongful Living and Tort Law Incentives», cit., pp. 133-178; SAWICKI, «A New Life for Wrongful Living», cit., pp. 279-302; LOPEZ & VARS, «Wrongful Living», cit., pp. 1921 y ss.

designado a tales efectos³⁹. Sin embargo y, a pesar de que estos documentos resultan vinculantes jurídicamente para los profesionales sanitarios, en la práctica ocurre que, cuando un profesional impone un tratamiento en contra de lo manifestado por el paciente en la citada documentación, los tribunales rechazan conceder una indemnización, bien por falta de prueba del nexo causal, o bien, en la mayoría de los casos, por considerar que la vida humana no constituye un daño indemnizable desde el punto de vista del derecho de la responsabilidad civil⁴⁰. Esta es la razón por la que algunos autores hablan, críticamente, de la existencia de «un derecho sin remedio».⁴¹

Ejemplifica bien esta jurisprudencia la sentencia *Anderson v. St. Francis-St. George Hospital*⁴², dictada por la Corte Suprema de Ohio en 1996 y una de las más citadas por la doctrina. El paciente era un hombre de ochenta y dos años que ingresó en el hospital aquejado de un dolor en el pecho. Después de hablar con su médico de familia sobre posibles tratamientos, éste entendió que el paciente no deseaba que se le aplicaran medidas extraordinarias dirigidas a salvar su vida en caso de enfermedad grave, y así lo registró en la historia clínica al anotar «no código azul»⁴³. Poco después, el paciente experimentó una insuficiencia cardíaca y, a pesar de la indicación registrada, una enfermera lo revivió mediante la aplicación de un desfibrilador cardíaco. Dos días más tarde, el paciente sufrió un infarto cerebral que le produjo una parálisis permanente en el lado derecho. Ello provocó en el paciente gastos médicos considerables debido a la necesidad de atención médica constante, que precisó hasta el momento de su fallecimiento, dos años después. Tras su muerte, los herederos interpusieron demanda de responsabilidad civil contra el hospital, reclamando la indemnización de los daños derivados del dolor, sufrimiento, *emotional distress*, incapacidad, lesiones y gastos sanitarios posteriores a la reanimación cardiopulmonar no deseada.

La Corte Suprema de Ohio concluyó que «no existe ningún fundamento para una demanda por *wrongful living* frente a un hospital por el hecho de no seguir la orden de no resucitación de un paciente». Aludiendo a la conocida sentencia *Cruzan* -la primera en la que la Corte Suprema de los Estados Unidos reconoció la constitucionalidad del derecho de una persona capaz para rechazar un tratamiento médico, aunque esta decisión pudiera tener efectos fatales⁴⁴- también la Alta Corte de Ohio reconoce que el paciente tenía «un derecho a hacer cumplir una decisión informada, competente, dirigida a rechazar un tratamiento de soporte vital». Por un lado, el tribunal admite que «en una acción de *wrongful living*, el demandante ejerce un interés de libertad al rechazar un tratamiento médico no deseado» y que el personal hospitalario debe respetar⁴⁵. Mas, por otro lado, la Corte Suprema de Ohio acaba rechazando la indemnización al centrar su

³⁹ SAWICKI, «A New Life for Wrongful Living», cit., p. 280

⁴⁰ SAWICKI, «A New Life for Wrongful Living», cit., p. 289.

⁴¹ WILBORN, S. Elizabeth, «The Right to Refuse Medical Treatment: Where There Is a Right, There Ought to Be a Remedy», 25 *N. Ky. L. REV.* 649 (1998); WILBORN MALLOY, S. Elizabeth, «Beyond Misguided Paternalism: Resuscitating the Right to Refuse Medical Treatment», 33 *Wake Forest L. Rev.* 1035 (1998), pp. 1035-1091.

⁴² *Anderson v. St. Francis-St. George Hospital*, 671 N.E.2d 225 (Ohio 1996).

⁴³ «Código azul» es un sistema de alarma para el manejo de pacientes en situación de parada cardio-respiratoria, por parte de un grupo transversal y entrenado de profesionales sanitarios, que se coordina a partir de unas funciones previamente establecidas en protocolos. El objetivo es lograr una respuesta rápida, coordinada y eficaz, que permita la constatación de una insuficiencia cardiorrespiratoria y la aplicación de medidas de resucitación del paciente (compresión, ventilación y desfibrilación) en el menor tiempo posible. El registro «no código azul» significa la no ejecución del sistema de alarma y reanimación cardiopulmonar.

⁴⁴ *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*, 497 U.S. 261 (1990).

⁴⁵ *Anderson v. St. Francis-St. George Hosp.*, 227.

razonamiento, no en la autonomía del paciente, ni tampoco en la negligencia del personal sanitario, sino en la dificultad para identificar el daño indemnizable en los supuestos de *wrongful living*, dada la imposibilidad de calificar la «continuación de la vida» o la «preservación de la vida» como un daño indemnizable⁴⁶. Esta es, con muy escasas excepciones, la posición dominante en la jurisprudencia norteamericana⁴⁷.

4. El rechazo al argumento de la vida como daño indemnizable: el paralelismo con las demandas de *wrongful birth* y *life*

En el caso alemán que inicia este trabajo, el BHG rechazó indemnizar el daño moral derivado del mantenimiento artificial de la vida del paciente, en contra de la opinión que había sostenido el *Oberlandesgericht* en la instancia anterior. Desde el punto de vista del derecho a la vida, el Alto Tribunal Federal opina que «la vida humana es un bien jurídico supremo y absolutamente digno de ser preservado. Ningún tercero tiene derecho a juzgar su valor. Por consiguiente, está prohibido considerar la vida -ni siquiera la continuación de la vida llena de sufrimiento como un daño». El fundamento normativo lo hallaba en la protección constitucional de la dignidad humana (Art. 1(1) GG) y los derechos a la vida y la integridad física (Art. 2(2)1 GG)⁴⁸.

Como se ha apuntado anteriormente, el argumento contrario a calificar la prolongación de la vida como daño indemnizable encuentra un paralelismo claro en las demandas de *wrongful conception*, *wrongful birth* y *wrongful life*, particularmente en las dos últimas, relativas al nacimiento de un hijo con malformaciones o enfermedades congénitas, ya sean los progenitores quienes interponen la demanda (*wrongful birth*), ya la interponga el propio hijo -o los progenitores en su nombre y representación- (*wrongful life*). La conexión entre uno y otro grupo de casos se reconoce también en las sentencias del *Oberlandesgericht* y del BGH relativas al caso que da inicio a este trabajo.

Como observa la sentencia norteamericana *Fulton-DeKalb Hospital Authority v. Graves* (1984), cuando se trata del nacimiento de hijos no previstos o con defectos o malformaciones congénitos, parece que «instintivamente rechazamos la idea de que los padres puedan sufrir una lesión indemnizable por el hecho del nacimiento de un niño»⁴⁹. En la misma línea, también el BGH alemán, en su sentencia de 18 de enero de 1983 (caso de la rubeola)⁵⁰, había rechazado indemnizar a un hijo nacido con malformaciones no detectadas por el médico durante el embarazo, con el argumento de que la vida no constituye un daño indemnizable y que no puede hablarse de un supuesto derecho a no existir cuya lesión de lugar a una indemnización⁵¹. Esta

⁴⁶ Ibidem, 227. Críticamente, WILLBORN MALLOY, «Beyond Misguided Paternalism: Resuscitating the Right to Refuse Medical Treatment», cit., p. 1066, opina que al considerar el tribunal que la vida siempre es preferible a la muerte, el resultado es el socavamiento de un derecho fundamental como es el derecho a la autonomía del paciente para rechazar el tratamiento.

⁴⁷ FERNANDEZ LYNCH / MATHES / SAWICKI, «Compliance With Advance Directives: Wrongful Living and Tort Law Incentives», cit., pp. 142 y ss; SAWICKI, «A New Life for Wrongful Living», cit., pp. 284-285.

⁴⁸ BGH, sentencia de 02.04.2019, cit., párr. 21.

⁴⁹ *Fulton-DeKalb Hospital Authority v. Graves*, 314 S.E.2d 653, 654 (Ga. 1984).

⁵⁰ BGH 18.1.1983 - VI ZR 114/81. Aunque la jurisprudencia alemana sí admite la indemnización de los gastos de manutención que experimentan los progenitores, sobre la base del incumplimiento del contrato de servicios médicos que vincula al médico con la madre y cuyo efecto protector se extiende al padre (OMLOR, Sebastian, «Haftung wegen Lebenserhaltung durch künstliche Ernährung», *JuS* 6/2019, 577-579, p. 577).

⁵¹ En idéntico sentido, también, la sentencia BHG 16.11.1993 (VI ZR 105/92, BGHZ 124, 128, 139).

jurisprudencia ha sido reiterada después por el mismo BGH⁵² y por el Tribunal Constitucional Federal alemán⁵³, al señalar que no tiene cabida constitucional considerar la existencia de un niño como fuente de daño (Art. 1, párr. 1 GG), ni desde el punto de vista del derecho contractual, ni tampoco desde el derecho de la responsabilidad civil extracontractual.

Del mismo modo, la negativa a calificar la vida humana como daño indemnizable se encuentra consolidada en la jurisprudencia española relativa a supuestos de esterilizaciones fallidas (*wrongful conception*), en cuyo ámbito no es infrecuente encontrar declaraciones como que «la vida humana es un bien precioso en cualquier sociedad civilizada, cuyo ordenamiento jurídico la protege ante todo y sobre todo. No puede admitirse que el nacimiento de hijos no previstos sea un mal para los progenitores» (STS 5.6.1998 [ECLI:ES:TS:1998:3675]; o que «no puede estimarse dañoso el nacimiento de un hijo» (SAP Navarra 26.1.1999 [AC 1999\3020]) o «tampoco puede considerarse como daño moral el derivado del nacimiento inesperado de un hijo, pues nada más lejos del daño moral, en el sentido ordinario de las relaciones humanas, que las consecuencias derivadas de la paternidad o maternidad» (STSJ Aragón 12.7.2012 [ECLI:ES:TSJAR:2012:919])⁵⁴. Lo cual no significa que no pueda existir otro interés, cuya lesión justifique una indemnización, vinculado, por lo general, a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad o a la autodeterminación personal⁵⁵, como se verá más adelante.

A pesar de estos paralelismos, las sentencias del *Oberlandesgericht* y del BGH destacan acertadamente las diferencias entre una demanda de *wrongful life* y la reclamación del daño moral derivado de la continuación no deseada de la vida (*wrongful living*). Mientras que, en las primeras, «se trataba de una vida llena de sufrimiento, cuyo comienzo no se había impedido mediante un aborto, ahora se trata de la continuación de una vida llena de sufrimiento, que no finalizó con la interrupción del tratamiento⁵⁶». En uno y otro caso, está en juego la misma «vida llena de sufrimiento»⁵⁷, pero «ambas constelaciones de casos difieren principalmente por el hecho de que, a diferencia del *nasciturus*, a los seres humanos se les reconoce fundamentalmente el derecho a decidir de manera autodeterminada con respecto al tratamiento médico, incluida la interrupción de las medidas dirigidas a mantener la vida»⁵⁸. En efecto, a diferencia del *nasciturus*, que carece

⁵² BVerfG, 28.05.1993 - 2 BvF 2/90.

⁵³ BGH, sentencia de 16.11.1993 – VI ZR 105/92, BGHZ 124, 128, 139, Rn. 35.

⁵⁴ Sobre esta cuestión, véase Miquel MARTÍN-CASALS / Josep SOLÉ FELIU, «Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos», *Indret* 03/2001, pp. 1-16.

⁵⁵ *Ibidem*. Para las demandas de *wrongful birth* y *wrongful life*, puede verse, entre otros, MARTÍN-CASALS, Miquel / SOLÉ FELIU, Josep, «Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar (*wrongful birth*). Comentario a la STS, 1ª, 18.12.2003, *Indret* 2/20024, pp. 1-12; MARTÍN CASALS, Miquel / SOLÉ FELIU, Josep, «Comentario a la STS 18 de mayo de 2006. Responsabilidad sanitaria derivada del nacimiento de un hijo con síndrome de Down», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Volumen: 73/2007, pp. 517-542. MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconcepcionales y prenatales: (las llamadas acciones de "wrongful birth" y "wrongful life")*, Tirant lo Blanch, 2005; MACÍA MORILLO, Andrea, «Una visión general de las acciones de responsabilidad por "wrongful birth" y "wrongful life" y de su tratamiento en nuestro ordenamiento jurídico», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, N.º. 10, 2006, pp. 65-94.

⁵⁶ BGH de 2 de abril de 2019, cit., p. 9.

⁵⁷ Como observa OMLOR, el caso que ahora nos ocupa sustituye el principio por el final de la vida, de modo que la cuestión relativa al «niño como daño» («*Kind als Schaden*») pasa a ser «la vida como daño» («*Leben als Schaden*»): OMLOR, «Haftung wegen Lebenserhaltung durch künstliche Ernährung», cit., p. 577.

⁵⁸ BGH, sentencia de 02.04.2019, párr. 25. ZIMMERMANN destaca todavía otra diferencia: mientras que, en el caso del niño, el nacimiento constituye el proceso natural, no intervencionista, en el caso de enfermos terminales la supervivencia es, precisamente, el resultado de una intervención artificial, sin la cual el fallecimiento sería el resultado del proceso natural de la vida (ZIMMERMANN, Anton S., «Schmerzensgeld für lebensverlängernde

de la capacidad para decidir sobre interrumpir o no el proceso de embarazo, las personas enfermas son titulares del derecho a consentir y a rechazar cualquier tratamiento médico. La misma idea se deduce, en nuestro ordenamiento jurídico, del juego de los apartados 2 y 4 del Art. Ley 41/2002), incluida la decisión relativa a la continuación o interrupción del mismo, «aun cuando pudiera conducir a un resultado fatal», según ha reconocido el propio Tribunal Constitucional español en las SSTC 37/2011, de 28 de marzo de 2011⁵⁹, FJ 6; 19/2023, de 22 de marzo de 2023⁶⁰, FJ 6⁶¹.

Estas diferencias no implican necesariamente que, en las demandas de *wrongful living*, esté justificada una indemnización por la continuación no deseada de la vida; al menos, mientras el fundamento de la responsabilidad quiera encontrarse en la consideración de la vida misma como daño. En este aspecto, resultan aplicables los mismos argumentos que se manejan para rechazar la indemnización derivada de la vida del hijo en las demandas de *wrongful wrongful life*: el principio de dignidad humana impide que la mera existencia de una persona pueda calificarse como daño indemnizable; esta dignidad es la misma para toda persona, tanto si sufre una enfermedad como si no⁶², de modo que no es menos digna la vida de una persona por el mero hecho de estar enferma o experimentar sufrimiento. La jurisprudencia del Tribunal Supremo español no es ajena a esta idea cuando, precisamente en relación con demandas de *wrongful birth* y *wrongful conception*, también concluye que «no hay nacimientos equivocados o lesivos, pues el artículo 15 de la Constitución implica que toda vida humana es digna de ser vivida» (entre otras, SSTs, 4ª, 4.11.2008 [ECLI:ES:TS:2008:5899]; 19.5.2015 [ECLI:ES:TS:2015:2494]). Por consiguiente, el fundamento de la vida no justifica reconocer una indemnización desde el punto de vista de las normas del derecho de la responsabilidad civil⁶³. Como reconoce el BGH al rechazar la indemnización concedida por el *Oberlandesgericht* en el caso que da pie a este trabajo, «[E]l sufrimiento inherente a la vida relacionado con la enfermedad, el cual se prolonga como consecuencia de la aplicación de medidas de soporte vital, no puede considerarse en sí mismo un daño, porque no puede separarse de la vida»⁶⁴.

Plantear el debate en torno a la vida misma presenta otra dificultad añadida y es que conduce a la necesidad de comparar la vida (enferma) con la alternativa de no vivir, que es el resultado al que se hubiese llegado si se hubiese interrumpido el tratamiento de soporte vital. Este parece ser el argumento al que se acogió el *Oberlandesgericht* para admitir la indemnización: «no se trata de calificar de «indigna» la vida de un paciente gravemente enfermo, sino más bien de si sería mejor

Maßnahmen aus haftungsrechtlicher Perspektive - Anmerkung zu OLG München v. 21.12.2017, Az. 1 U 454/17⁴, *Zeitschrift für Lebensrecht*, 3/2018, 104-109, p. 107).

⁵⁹ BOE núm. 101, de 28 de abril de 2011.

⁶⁰ BOE núm. 98, de 25 de abril de 2023.

⁶¹ En el mismo sentido, en la doctrina alemana, SPICKHOFF, Andreas / DEURING, Silvia, «Haftung wegen Lebenserhaltung? Zugleich Besprechung von BGH, Urteil v. 2. 4. 2019 – VI ZR 13/18», *JZ 17/2019*, 815-824, p. 820. La misma idea, también, en la doctrina y la jurisprudencia norteamericanas (por todos, WILLBORN MALLOY, «Beyond Misguided Paternalism: Resuscitating the Right to Refuse Medical Treatment», cit., pp. 1047 y ss).

⁶² Como se indica en las directrices iniciales de la propia sentencia del BGH de 02.04.2019. En el mismo sentido, SPICKHOFF / DEURING, «Haftung wegen Lebenserhaltung? Zugleich Besprechung von BGH, Urteil v. 2. 4. 2019 – VI ZR 13/18», cit., p. 820; ZIMMERMANN, «Schmerzengeld für lebensverlängernde Maßnahmen aus haftungsrechtlicher cit., pp. 104-109.

⁶³ PRÜTTING, Jens, «Lebenserhaltung als Haftungsmoment-Eine kritische Analyse», *Zeitschrift für Lebensrecht (ZfL)*, 3/2018, 94-103, p. 100.

⁶⁴ *Ibidem* pár. 28.

para su bienestar continuar con la alimentación por sonda o bien permitirle morir»⁶⁵, cuestión a la que parece responder afirmativamente al otorgar la indemnización⁶⁶. Frente a ello, la respuesta del BGH es precisamente la contraria cuando señala que «está más allá de la capacidad humana determinar si una vida llena de sufrimiento constituye un perjuicio en comparación con la muerte»⁶⁷. En efecto, es más que discutible que la «no-existencia» o el estado de «no-vida» constituyan, por sí mismos, intereses jurídicamente válidos aptos para esta comparación⁶⁸.

Sin embargo, como ya se ha apuntado, la dificultad de abordar la cuestión desde el punto de vista del derecho a la vida no significa que no puedan existir otras alternativas que hagan viable la indemnización. Se trata de encontrar un interés protegido igualmente relevante y más fácil de operar. Y este interés, en el que coinciden tanto la doctrina y la jurisprudencia norteamericanas⁶⁹ como el BGH y el BVerfG alemanes en las resoluciones que se exponen al principio del trabajo, no es otro que la autonomía del paciente y su derecho a la autodeterminación personal en relación con los tratamientos sanitarios, incluidas las medidas de soporte vital⁷⁰.

5. La relación entre el derecho a la vida y el derecho a la autodeterminación en la fase final de la vida: la jurisprudencia del TEDH

La primacía del derecho a la autodeterminación personal frente al derecho a la vida se encuentra en conexión directa con el reconocimiento de la dignidad humana, lo que resulta particularmente importante en la fase final de la vida de las personas. Como reconocen SPICKHOFF / DEURING, existe una vinculación directa entre la decisión de morir dignamente y la autonomía del paciente, de modo que «la protección de la autonomía del paciente al final de la vida suele discutirse únicamente en el marco de la protección de la dignidad humana (Art. 1.1 GG)»⁷¹. Tal vez podría añadirse que, más allá de la dignidad humana, el derecho a la autodeterminación personal también se conecta con otros principios y derechos fundamentales.

En nuestro país, reconoce de forma expresa esta conexión el Preámbulo de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, *de regulación de la eutanasia*⁷², cuando señala que «la eutanasia conecta con un derecho fundamental de la persona constitucionalmente protegido como es la vida, pero que se debe cohesionar también con otros derechos y bienes, igualmente protegidos constitucionalmente, como son la integridad física y moral de la persona (art. 15 CE), la dignidad humana (art. 10 CE), el valor superior de la libertad (art. 1.1 CE), la libertad ideológica y de

⁶⁵ Pár. 6.1 de la sentencia.

⁶⁶ Ibidem («[E]l suministro de nutrientes a través de un tubo sonda a un paciente que, como consecuencia de un daño cerebral severo e irreversible, ya no puede comer de forma natural, a pesar de la ayuda, es precisamente una intromisión antinatural en el curso normal de la vida, que incluye también el morir»).

⁶⁷ BGH, sentencia de 02.04.2019, pár. 27.

⁶⁸ PRÜTTING, «Lebenserhaltung als Haftungsmoment-Eine kritische Analyse», cit., pp. 101-102.

⁶⁹ Por todos, WILLBORN MALLOY, «Beyond Misguided Paternalism: Resuscitating the Right to Refuse Medical Treatment», cit., pp. 1043 y ss.

⁷⁰ En palabras del Auto del BVerfG de 7 de abril de 2022: «[S]i el paciente (...) realmente quiere morir de forma autónoma, el deber del Estado de proteger la vida en virtud del artículo 2, párrafo 2, frase 1 de la Ley Fundamental pasa a un segundo plano después del derecho a la autodeterminación» (pár. 20).

⁷¹ SPICKHOFF / DEURING, «Haftung wegen Lebenserhaltung? Zugleich Besprechung von BGH, Urteil v. 2. 4. 2019 – VI ZR 13/18», cit., p. 815.

⁷² BOE núm. 72, de 25 de marzo de 2021, páginas 34037 a 34049 (<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-4628> [fecha de consulta: 21.02.2024]).

conciencia (art. 16 CE) o el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE)». A continuación, el mismo Preámbulo reconoce que, en aquellos casos en los que concurren los requisitos legales que configuran el contexto eutanásico definido por la ley, «el bien de la vida puede decaer en favor de los demás bienes y derechos con los que debe ser ponderado, toda vez que no existe un deber constitucional de imponer o tutelar la vida a toda costa y en contra de la voluntad del titular del derecho a la vida».

Esta ponderación ha sido reiterada por la sentencia del Tribunal Constitucional español que confirma la constitucionalidad de la ley orgánica reguladora de la eutanasia (STC 19/2023, de 22 de marzo). En ella, el Tribunal declara que «[L]a Constitución no exige (...) una protección de la vida humana de alcance absoluto que pueda oponerse a la voluntad libre y consciente de su titular, ni tal entendimiento de la vida resulta compatible con la consideración de la persona que deriva del texto constitucional en su conjunto. *Antes bien, la decisión de poner fin a la propia vida, adoptada libre y conscientemente por quien, estando en pleno uso de sus facultades mentales, se encuentra inmerso en una situación de sufrimiento extremo por causas médicas especialmente graves, irreversibles y objetivamente contrastables, es una de las decisiones vitales amparadas por el derecho de autodeterminación de la persona que deriva de los derechos fundamentales a la integridad física y moral (art. 15 CE) en conexión con el reconocimiento de los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)*» (FJ 6)⁷³ [énfasis añadido].

El propio Tribunal Constitucional vincula este enfoque con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual ha abordado la cuestión de la prioridad entre el derecho a la vida y la autodeterminación personal en el ámbito sanitario en diversas sentencias relativas, entre otros, a los asuntos *Pretty c. Reino Unido (sentencia de 29 de abril de 2002)*⁷⁴ *Lambert y otros c. Francia (sentencia de 5 de junio de 2015)*⁷⁵ o, de forma más reciente, en la sentencia *Mortier c. Bélgica (sentencia de 4 de octubre de 2022)*⁷⁶.

En particular, la sentencia *Lambert* tenía su origen en una demanda planteada en Francia por algunos parientes de Vincent Lambert quien, como consecuencia de un accidente de circulación en septiembre de 2008, había sufrido un traumatismo craneal que lo había dejado tetraplégico, en estado vegetativo crónico y en situación de completa dependencia. El paciente se encontraba ingresado en un centro hospitalario de la ciudad de Reims, donde se le mantenía con vida mediante hidratación y nutrición artificiales. Al amparo de los requisitos previstos en la *Loi n°*

⁷³ Antes, la misma sentencia, en su FJ 4, también reconoce que «[E]l "derecho de prestación de ayuda para morir" configurado por el legislador para personas que lo demandan en contextos eutanásicos ha de ser considerado teniendo en cuenta la evolución cultural, moral y jurídica que se ha producido en las últimas décadas en nuestra sociedad y en las de nuestro entorno. Se trata de una evolución que ha afectado a los valores asociados a la persona, a su existencia y a su capacidad de decidir en libertad sobre su vida, sobre su salud y sobre el final de su existencia, y que a partir de ciertas ideas fuerza como la de autonomía del paciente y el consentimiento informado ha propiciado una ampliación de los contenidos del derecho fundamental a la integridad física y moral y de los principios de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad».

⁷⁴ <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22:%5B%222346/02%22%5D%2C%22itemid%22:%5B%22001-60448%22%5D%7D> [Fecha de consulta: 28.02.2024].

⁷⁵ <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22:%5B%22246043/14%22%5D%2C%22itemid%22:%5B%22001-155352%22%5D%7D> [Fecha de consulta: 15.12.2023].

⁷⁶ <https://hudoc.echr.coe.int/spa#%7B%22fulltext%22:%5B%22Mortier%20c.%20Belgique%20decision%202022%22%5D%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%5D%2C%22itemid%22:%5B%22001-219559%22%5D%7D> [Fecha de consulta: 4.04.2024].

2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie (Loi Leonetti [2005])⁷⁷, vigente en enero de 2014⁷⁸, el médico a cargo de Vincent Lambert decidió suprimir la alimentación y la hidratación del paciente. La decisión se tomaba con el acuerdo de la esposa del paciente pero sin informar a los demás familiares. Los padres y dos de los hermanos del paciente impugnaron la decisión ante el tribunal administrativo de Châlons-en-Champagne, solicitando que se prohibiera al médico y al hospital interrumpir el tratamiento de soporte vital. El tribunal dictó sentencia suspendiendo la decisión médica.

La esposa de Vincent Lambert y uno de sus sobrinos recurrieron la sentencia ante el *Conseil d'État*. En su testimonio, la esposa declaró que, puesto que ambos esposos eran enfermeros, habían hablado en reiteradas ocasiones de pacientes en situación de dependencia. Con respecto a ello, el Sr. Lambert había expresado de forma clara su deseo de no ser mantenido artificialmente con vida en caso de encontrarse en un estado de alta dependencia, lo que fue corroborado por uno de sus hermanos. Tras solicitar opinión pericial a un panel de tres médicos y a relevantes instituciones de carácter médico y ético, el *Conseil d'État* dictó la sentencia de 24 de junio de 2014 en la que, a la vista de las conclusiones periciales, anulaba la sentencia del tribunal administrativo y consideraba conforme a derecho la decisión adoptada por el médico responsable de Vincent Lambert en el sentido de poner fin a la alimentación y nutrición artificiales.

Entonces, los padres y dos hermanos de Vincent Lambert acudieron al TEDH, alegando que la suspensión del tratamiento de alimentación e hidratación artificiales contravenía las obligaciones positivas del Estado francés con respecto al Artículo 2 de la CEDH, que reconoce el derecho a la vida; también con respecto al Artículo 3 de la CEDH, al considerar que interrumpir el tratamiento constituía un supuesto de malos tratos determinantes de tortura; y con respecto al Artículo 8 de la CEDH, porque consideraban que interrumpir la alimentación artificial lesionaba la integridad física del Sr. Lambert. Alegaban que las opiniones verbales del paciente sobre las condiciones relativas al final de su vida no podían aceptarse por ser demasiado genéricas⁷⁹.

Vincent Lambert no había otorgado ningún documento de instrucciones previas o de voluntades anticipadas (*directives anticipées*) en el que constase su voluntad con respecto al mantenimiento de medidas de soporte vital. En este punto, el caso se asemeja al que tuvieron que resolver los tribunales alemanes en el supuesto expuesto al principio. Sin embargo, a diferencia de este, en el caso francés existían testigos -la esposa y un hermano- que declararon que el paciente había manifestado verbalmente sus preferencias con respecto a la interrupción de las medidas artificiales de soporte vital para el caso de encontrarse en una situación parecida a la que estaba viviendo.

En su sentencia de 5 de junio de 2015, el TEDH rechazó la posibilidad de que los familiares de Vincent Lambert pudieran personarse ante el Tribunal en nombre y por cuenta del paciente, puesto que no concurría ninguna de las causas excepcionales en las que así lo permite la

⁷⁷ JORF n° 0095 du 23 avril 2005: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000446240/> [Fecha de consulta: 15.12.2023].

⁷⁸ Con posterioridad, en el año 2016, el legislador aprobó la ley actualmente vigente: LOI n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie (Loi Claeys-Leonetti): <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000031970253> (JORF n°0028 du 3 février 2016) [Fecha de consulta: 15.12.2023].

⁷⁹ Párrafos 80-81 de la sentencia *Lambert y otros c. Francia*.

jurisprudencia del mismo Tribunal. En cambio, reconoció que se encontraban legitimados para interponer una demanda en su propio nombre, como afectados directos por la vulneración de sus derechos propios⁸⁰. Tras analizar el fondo del asunto, el Tribunal europeo desestimó la demanda y rechazó que el Estado francés hubiera lesionado derechos propios de los familiares reconocidos en la Convención.

En cuanto a la protección del derecho a la vida del Art. 2 CEDH, el Tribunal recuerda que impone a los Estados signatarios tanto obligaciones positivas, dirigidas a adoptar medidas adecuadas para salvaguardar la vida de quienes se encuentran dentro de la jurisdicción de los Estados, como negativas, en el sentido de abstenerse de privarles de la vida «intencionalmente»⁸¹. Al trasladar estas obligaciones al caso planteado, el TEDH reconoce que la legislación vigente en 2014 en Francia (*Loi Leonetti*) no autorizaba la eutanasia ni el llamado suicidio asistido, puesto que el Art. artículo R. 4127-38 del *Code de Santé publique* prohibía a los médicos quitar la vida a un enfermo de manera intencional⁸². Desde este punto de vista, entiende que el Estado Francés no había violado su obligación negativa de abstenerse de quitar la vida intencionalmente. Sin embargo, en la medida en que la ley francesa permitía que los médicos pudieran interrumpir el tratamiento (abstención terapéutica) si la continuación del mismo suponía una «obstinación irrazonable»⁸³, se planteaba si el Estado había incumplido las obligaciones positivas que le imponía la Convención⁸⁴.

Con respecto a estas últimas, se trata de valorar si el Estado francés ofrecía un marco legal dirigido a los centros sanitarios, públicos o privados, que garantizase la adopción de medidas adecuadas para proteger la vida de sus pacientes⁸⁵. Al respecto y, siguiendo su propia jurisprudencia, el TEDH declara que, en el contexto de las obligaciones positivas de los Estados, especialmente cuando se trata de cuestiones complejas desde el punto de vista científico, jurídico o ético, como son las relativas al final de la vida, la ausencia de consenso entre los Estados conduce a reconocerles cierto margen de apreciación que, en el concreto ámbito objeto de análisis, califica como «considerable»⁸⁶.

En particular y, en relación con la retirada de tratamientos de soporte vital, el TEDH reconoce que, pese a la falta de consenso, la mayoría de los estados signatarios acepta dicha posibilidad. Si bien la regulación concreta varía de un país a otro, se constata cierto acuerdo en lo relativo a la importancia primordial de los deseos del paciente en el proceso de decisión. Y ello, con independencia de cómo se expresen estos deseos. En opinión del Tribunal, el margen de decisión reconocido a los Estados se refiere tanto a permitir o no la retirada del tratamiento, como a los medios dirigidos a lograr un equilibrio entre la protección del derecho a la vida de los pacientes,

⁸⁰ Párrafos 89-112 de la sentencia *Lambert y otros c. Francia*.

⁸¹ Párrafo 117 de la sentencia *Lambert y otros c. Francia*, con cita de la sentencia del propio TEDH *L.C.B. v. the United Kingdom*, de 9 de junio de 1998.

⁸² Según dicha disposición, «[L]e médecin doit accompagner le mourant jusqu'à ses derniers moments, assurer par des soins et mesures appropriés la qualité d'une vie qui prend fin, sauvegarder la dignité du malade et réconforter son entourage. Il n'a pas le droit de provoquer délibérément la mort».

⁸³ Párrafo 121 de la sentencia *Lambert y otros c. Francia*.

⁸⁴ Párrafo 124 de la sentencia *Lambert y otros c. Francia*.

⁸⁵ Párrafo 140 de la sentencia *Lambert y otros c. Francia*, con abundantes referencias jurisprudenciales.

⁸⁶ Párrafo 144 de la sentencia *Lambert y otros c. Francia*, con citas a las sentencias *Haas c. Suiza* (sentencia de 20 de enero de 2011) y *Koch c. Alemania* (sentencia de 19 de julio de 2012).

por un lado, y la protección de su derecho al respeto a la vida privada y a su autonomía personal⁸⁷, por otro, lo que tiene que ver con el Art. 8 CEDH. Este margen de decisión, sin embargo, no es ilimitado.

Como se ha dicho, el derecho francés admitía la posibilidad de retirar el tratamiento si su mantenimiento suponía una «obstinación irrazonable», la cual existe, de acuerdo con el Art. L. 1110-5 (II) del *Code de Santé Publique*, cuando el tratamiento deviene «inútil, desproporcionado o no tiene otro efecto más que mantener artificialmente la vida». En su sentencia de 24 de junio de 2014, el *Conseil d'État* identificó los factores que el médico debe considerar para establecer si se cumplen los criterios que determinan la «obstinación irrazonable»⁸⁸. En ella, además, el tribunal francés identificó dos salvaguardas importantes. En primer lugar, afirmó que «el mero hecho de encontrarse una persona en un estado irreversible de falta de conciencia o, *a fortiori*, haber perdido de forma irreversible su autonomía y, por tanto, depender de una alimentación e hidratación artificiales, no equivale por sí solo a una situación en la que la continuación del tratamiento parecería injustificada por motivos de obstinación irrazonable». En segundo lugar, declaró que «cuando se desconocen los deseos de un paciente, no se puede suponer que consistan en una negativa a ser mantenido con vida»⁸⁹.

Teniendo en cuenta lo anterior, el TEDH concluye que las disposiciones legales vigentes en el momento del tratamiento, tal y como las interpretó el *Conseil d'État* francés, «constituyen un marco jurídico suficientemente claro, a los efectos del Art. 2 de la Convención, para regular con precisión las decisiones que toman los médicos en situaciones como el presente caso». Por consiguiente, «el Estado [francés] estableció un marco regulatorio adecuado para garantizar la protección de la vida de los pacientes»⁹⁰. También considera que la organización del proceso de toma de decisiones en lo relativo a la retirada del tratamiento, incluida la designación de la persona que toma la decisión final y las medidas concretas para la toma de la decisión «caen dentro del ámbito de la competencia correspondiente al margen de apreciación del Estado» que, en el caso del Sr. Lambert, «fue largo y meticuloso, yendo más allá de los requisitos establecidos por la ley», por lo que «dicho procedimiento cumplió los requisitos que derivan del Art. 2 de la Convención»⁹¹.

Finalmente, en lo relativo a los remedios judiciales disponibles en el derecho interno para los demandantes, el TEDH también considera que el asunto fue objeto de un análisis detenido por parte del *Conseil d'État*, en el que todas las partes pudieron manifestar sus puntos de vista y todos los aspectos del caso pudieron ser considerados, tanto desde el punto de vista de los expertos, como de las más reconocidas instituciones de carácter médico y ético. Particularmente, el Tribunal europeo pone énfasis en la importancia que el *Conseil d'État* francés dio al hecho de que el médico tuviera muy en cuenta los deseos del propio paciente. Al no haber otorgado ningún documento de directivas anticipadas, el órgano jurisdiccional trató de identificar los deseos de

⁸⁷ Párrafos 147-148 de la sentencia *Lambert y otros c. Francia*.

⁸⁸ En concreto, se refería a «los factores médicos (que deben cubrir un período suficientemente largo, ser evaluados colectivamente y referirse, en particular, al estado actual del paciente, a su evolución, a su grado de sufrimiento y al pronóstico clínico) y a los factores no médicos, es decir, los deseos del paciente, cualquiera que sea su expresión, a los que el médico se había referido "conceder especial importancia", y las opiniones de la persona de confianza, de la familia o de personas cercanas al paciente» (pár. 158 de la sentencia *Lambert y otros c Francia*).

⁸⁹ Según se citan en la sentencia *Lambert y otros c Francia* del TEDH (pár. 159).

⁹⁰ Pár. 160 de la sentencia *Lambert y otros c Francia*.

⁹¹ Pár. 168 de la sentencia *Lambert y otros c. Francia*.

Vincent Lambert a partir del testimonio de su esposa y de algunos de sus hermanos. Según la esposa, tales deseos indicaban la voluntad de no ser mantenido con vida artificialmente en caso de encontrarse en un estado de alta dependencia. A partir de estos datos, el TEDH consideró que el *Conseil d'État* había cumplido suficientemente el requisito de consultar a la familia, según requería la ley francesa⁹².

La conclusión a la que llega el TEDH es que el Estado francés no incumplió las obligaciones positivas que el Art. 2 de la Convención le impone en relación con la protección del derecho a la vida. Del mismo modo, considera que, al quedar absorbida la reclamación por infracción del Art. 8 de la Convención (violación de la vida familiar) por las reclamaciones relativas al Art. 2, resulta innecesario pronunciarse separadamente con respecto a ella⁹³.

Lo relevante de todo ello es que, también en el contexto de la jurisprudencia del TEDH, el reconocimiento prioritario del derecho a la vida contenido en el Art. 2 CEDH puede ceder ante el derecho del paciente a decidir sobre el rechazo a un tratamiento de soporte vital que podría conducirle a la muerte, al amparo del derecho a la vida privada contemplado en el Art. 8 CEDH y el correlativo derecho a la autonomía personal. Con anterioridad, el TEDH ya había declarado en la sentencia *Pretty c. Reino Unido*⁹⁴ que «...en la esfera del tratamiento médico, el rechazo a aceptar un particular tratamiento podría, inevitablemente, conducir a un resultado fatal, pero imponer un tratamiento médico sin el consentimiento de un paciente adulto mentalmente competente interferiría en la integridad física de una persona en forma tal que puede comprometer los derechos protegidos en el Art. 8.1 de la Convención. Como reconoce jurisprudencia doméstica, *una persona puede elegir morir mediante la negativa a consentir un tratamiento que podría tener el efecto de alargar su vida*»⁹⁵. Y continúa: «la verdadera esencia de la Convención es el respeto de la dignidad humana y de la libertad humana. Sin negar de ningún modo el principio de la santidad de la vida protegida en la Convención, el Tribunal considera que es en el marco del Artículo 8 que las nociones de la calidad de la vida toman significación. En una era de creciente sofisticación médica, combinada con mayores expectativas de vida, a mucha gente le preocupa no ser forzada a continuar viviendo en la vejez o en estados de avanzada decrepitud física o mental que entran en conflicto con ideas fuertemente arraigadas sobre el yo y la identidad personal»⁹⁶. Aunque la sentencia *Pretty* resolvía un supuesto sustancialmente distinto a los que se abordan en este trabajo⁹⁷, la ponderación de intereses que realizaba el TEDH apuntaba en la misma dirección.

Por su parte, el Tribunal Constitucional español, con cita expresa de la jurisprudencia del TEDH, también reconoce que la «facultad de autodeterminación del paciente», como manifestación de

⁹² Pár. 176 de la sentencia *Lambert y otros c. Francia*.

⁹³ Del mismo modo, considera que, al quedar absorbida la reclamación por infracción del Art. 8 de la Convención (violación de la vida familiar) por las reclamaciones relativas al Art. 2, resulta innecesario pronunciarse separadamente con respecto a ella. La sentencia, aprobada con el voto de 12 magistrados, contó con el voto particular de 5 magistrados, los cuales criticaban el carácter excesivamente determinante que se atribuía a la voluntad presunta del paciente a la hora de configurar la valoración del médico.

⁹⁴ Sentencia del TEDH de 29 de abril de 2002.

⁹⁵ Párrafo 63 de la sentencia *Pretty v. Reino Unido*.

⁹⁶ Párrafo 65 de la sentencia *Pretty v. Reino Unido*.

⁹⁷ Puesto que la sentencia trataba de la solicitud de ayuda al suicidio de una paciente que sufría una enfermedad neuronal degenerativa. Pese a los razonamientos señalados, el Tribunal Europeo rechazó en la sentencia que el Reino Unido hubiese violado los preceptos de la Convención.

sus derechos fundamentales, incluye la facultad «*de decidir libremente entre consentir el tratamiento o rehusarlo (...) aun cuando pudiera conducir a un resultado fatal*» (STC 37/2011, de 28 de marzo de 2011, FJ 6). Más recientemente, la STC 19/2023 de 22 marzo, sobre la ley reguladora de la eutanasia, también ha declarado que «escoger entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas, es "la manifestación más importante de los derechos fundamentales que pueden resultar afectados por una intervención médica", sin que se vea limitada por una previsible consecuencia de muerte. En suma, *la autodeterminación sobre el propio sustrato corporal impide que pueda activarse una protección de la vida a través de terapias salvadoras contra la voluntad del paciente*» (FJ 6).

Ahora bien, los pronunciamientos del TEDH en las sentencias *Lambert*, *Pretty* o *Mortier* asumen la existencia de una voluntad conocida del paciente dirigida a interrumpir el tratamiento de soporte vital. Nada se dice para el caso de desconocerse esta voluntad, bien porque no se ha otorgado un documento de instrucciones previas o similar, o bien porque, en su ausencia, la voluntad no ha podido establecerse de otro modo. Eso es, precisamente, lo que ocurrió en el caso alemán, con respecto al cual el BGH y el BVerfG se pronunciaron a favor del derecho a la vida, negando la responsabilidad al no quedar acreditada la voluntad del paciente.

La misma opinión parece compartir el *Conseil Constitutionnel* francés en la sentencia⁹⁸ que resolvió la constitucionalidad de la *Loi Claeys-Leonetti*⁹⁹ (2016), que sustituyó la anterior *Loi Leonetti*, vigente en el momento en el que se plantearon los hechos del caso *Lambert*. En esta sentencia, el órgano constitucional francés declaró que «cuando la voluntad del paciente sigue siendo incierta o desconocida, el médico no puede basarse únicamente en esta circunstancia, de la que no puede deducir ninguna presunción, para decidir suspender el tratamiento»¹⁰⁰.

A la vista de lo expuesto, conviene profundizar en el análisis del derecho a la autodeterminación del paciente y, en particular, en la distinción entre aquellos supuestos en los que existe constancia de la voluntad del paciente contraria a mantener el tratamiento, y aquellos otros en los que esta voluntad se desconoce.

6. La lesión del derecho a la autodeterminación personal como interés jurídico lesionado

6.1. Principio de dignidad y autodeterminación del paciente

Además de la autodeterminación del paciente, la sentencia del BGH alemán planteaba otros posibles fundamentos alternativos para una eventual responsabilidad del médico y hablaba de la lesión de la integridad física o del derecho general de la personalidad. Esta búsqueda de alternativas tiene mucho sentido en el ordenamiento alemán, cuyo sistema de responsabilidad civil circunscribe la indemnización a los perjuicios que derivan de la lesión a uno de los intereses

⁹⁸Décision n° 2017-632 QPC du 2 juin 2017: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2017/2017632QPC.htm> [Fecha de consulta: 19.12.2023].

⁹⁹ LOI n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie (JORF n°0028 du 3 février 2016).

¹⁰⁰ Décision n° 2017-632 QPC du 2 juin 2017, núm. 11. Aunque que la regla general parece quedar clara, lo cierto es que el uso de la expresión «no puede basarse únicamente en esta circunstancia» para suspender el tratamiento, no excluiría que otras circunstancias distintas pudieran conducir al médico a la decisión contraria.

jurídicos protegidos enumerados en el § 823 BGB, entre los que no se encuentra la citada autodeterminación personal. Sin embargo, puede no resultar tan necesaria en un sistema de cláusula general como el nuestro, en el que, por regla general, no existen restricciones a la indemnización de los perjuicios resultantes de la lesión de cualquier interés protegido, siempre que sean suficientemente ciertos y resulten probados¹⁰¹.

Por esta razón, vista la cuestión desde la perspectiva de nuestro ordenamiento jurídico, es probable que sean el principio de dignidad humana y el derecho a la autodeterminación del paciente los intereses que mejor permiten fundamentar la decisión del paciente en torno a si continuar o suspender las medidas de soporte vital. De forma explícita, el Art. 2.1 de la Ley 41/2002 se refiere a «la dignidad de la persona humana, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad», como principios orientadores de la actividad dirigida a transmitir la información sanitaria y a obtener el consentimiento informado con ocasión de cualquier actuación relativa a la salud del paciente. En este sentido, conviene recordar que no se demanda al médico por alargar la vida como tal, sino por lesionar el derecho a la autodeterminación del paciente en relación con los procedimientos y tratamientos dirigidos a prolongar su vida de manera artificial¹⁰².

Ello significa que la voluntad del paciente puede limitar la actuación del médico, siempre que aquella voluntad se manifieste de forma libre, consciente e informada, y no contravenga el ordenamiento jurídico o imponga al médico conductas contrarias a la *lex artis* o contraindicadas terapéuticamente. También cuando, tratándose de una persona con discapacidad necesitada de medidas de apoyo, manifiesta su voluntad con la correspondiente medida de apoyo, de acuerdo con lo previsto en el Art. 9.7 Ley 41/2002¹⁰³. Bajo estas condiciones, ignorar la voluntad del paciente supone degradarle «a la condición de mero objeto de la conducta médica que lesiona su dignidad humana»¹⁰⁴. Y si expresó esta voluntad cuando todavía poseía capacidad de

¹⁰¹ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Responsabilidad civil extracontractual*. Parte general, 9ª, Dykinson, Madrid, 2023, p. 185; MARTÍN-CASALS, Miquel / SOLÉ FELIU, Josep, «Comentario al Art. 1902», en Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO (DIR.), *Comentarios al Código Civil*, Valladolid, Lex Nova, 2010, p. 2047.

¹⁰² ZIMMERMANN, «Schmerzensgeld für lebensverlängernde Maßnahmen aus haftungsrechtlicher Perspektive», cit., p. 108.

¹⁰³ Como señala el segundo inciso del precepto, «Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento». Sobre la cuestión, véase Esther TORRELLES TORREA, «La voluntad anticipada, la voluntad hipotética y el "mayor beneficio para la vida y salud del paciente" en el consentimiento informado de las personas con discapacidad en el ámbito sanitario», *InDret 3/2022*, pp. 76-113; M^a del Carmen GONZÁLEZ CARRASCO, «La prestación del consentimiento informado en materia de salud en el nuevo sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad», *Derecho Privado y Constitución*, n^o 39, 2021, p. 220.

¹⁰⁴ En palabras de SPICKHOFF / DEURING, «Haftung wegen Lebenserhaltung? Zugleich Besprechung von BGH, Urteil v. 2. 4. 2019 – VI ZR 13/18», cit., p. 815. En nuestro país, señala Mirentxu CORCOY BIDASOLO que la dignidad humana se compone de un doble aspecto, positivo y negativo. En el aspecto positivo, la dignidad supone el «derecho a vivir en unas condiciones que sirvan a la autoestima propia de cada persona, es decir, un concepto de dignidad subjetivo», en la medida en que depende de la concepción que tenga cada persona de su vida. Sería el «derecho de cada persona a conformar sus vidas conforme a su personalidad». En cambio, «[E]n sentido negativo el derecho a la dignidad se concibe como un derecho a no sufrir indignidad, a no ser tratado como un objeto, como una cosa. Este aspecto negativo de la dignidad es objetivo y exigible en todo caso respecto de cualquier persona y en cualquier condición» (CORCOY BIDASOLA, Mirentxu, «Alzheimer y derechos de la persona», en CASADO, María (COMP.), *El Alzheimer: problemas éticos y jurídicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 65 (publicación disponible en acceso abierto, consultable en <https://www.bioeticayderecho.ub.edu/es/libro-alzheimer-problemas-eticos-y-juridicos> [Fecha de consulta: 28.02.2024]).

comprender, a través de un documento de instrucciones previas o voluntades anticipadas, entonces la expresión de esa dignidad será la manifestada en el momento de su otorgamiento, que fue cuando ejerció válidamente su libre capacidad de autodeterminación personal¹⁰⁵.

6.2. Voluntad conocida del paciente en relación con la retirada de tratamientos de soporte vital

Cuando la voluntad del paciente se muestra de forma clara, la solución es menos problemática; incluso si entre el momento en qué expresó su voluntad y aquél en el que debe aplicarse se ha producido una pérdida de la capacidad para adoptar o manifestar la decisión, puesto que es suficiente que hubiera prestado su consentimiento libre, consciente y en forma válida, en el momento en el que tuvo lugar la decisión (al otorgar, por ejemplo, el documento de voluntades anticipadas). Las dificultades surgen cuando la voluntad no es clara o se desconoce, como ocurría en el caso resuelto por las sentencias alemanas comentadas. En tales supuestos, el centro de atención se desplaza a la figura del representante sanitario -si hubiese sido designado- a los familiares y personas próximas al paciente o, en el caso de personas con discapacidad, a las personas que ejercen las medidas de apoyo¹⁰⁶, para tratar de esclarecer cual pudiera haber sido esta voluntad.

En nuestro derecho, la obligación de los profesionales sanitarios de respetar la voluntad informada del paciente manifestada válidamente encuentra su fundamento legal en el Art. 2.6 Ley 41/2002¹⁰⁷, según el cual «*todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado (...) al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente*», precepto ubicado en el Capítulo I de la Ley (Principios generales), aplicable tanto las disposiciones relativas al consentimiento informado (Arts. 8 a 10) como al documento de instrucciones previas (Art. 11). Esta voluntad incluye también la negativa al tratamiento (cfr. Art. 2.4 de la misma Ley), aun cuando sus consecuencias puedan conducir a un «resultado fatal» (SSTC 37/2011, de 28 de marzo de 2011, FJ 6; 19/2023, de 22 de marzo de 2023). En la jurisprudencia, el AAP Vizcaya 26.3.2018 [ECLI:ES:APBI:2018:564A] reconoce expresamente «el valor vinculante de la voluntad expresada en el correspondiente documento de instrucciones previas o voluntades anticipadas», con cita de los artículos 11 de la Ley 41/2002 y 2 y 3 de la ley autonómica vasca (Ley 7/2002, de 12 de diciembre, *de las voluntades anticipadas en el ámbito de la sanidad*)¹⁰⁸. Del mismo modo, la doctrina alemana reconoce la fuerza obligatoria del documento de voluntades anticipadas frente al médico, aunque precisa que dicha fuerza no deriva tanto del § 1901a BGB (actual § 1827 BGB, desde la reforma de 1.1.2023), que es el que regula el documento de voluntades anticipadas, sino

¹⁰⁵ CORCOY BIDASOA, «Alzheimer y derechos de la persona», en CASADO (COMP.), *El Alzheimer: problemas éticos y jurídicos*, cit., p. 71.

¹⁰⁶ Sobre la función de las medidas de apoyo en el ámbito sanitario, entre otros, puede verse TORRELLES TORREA, «La voluntad anticipada, la voluntad hipotética y el «mayor beneficio para la vida y salud del paciente» en el consentimiento informado de las personas con discapacidad en el ámbito sanitario», cit., pp. 76-113; GONZÁLEZ CARRASCO, «La prestación del consentimiento informado en materia de salud en el nuevo sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad», cit., pp. 213-247.

¹⁰⁷ En el mismo sentido, FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, «Naturaleza y eficacia de los documentos de instrucciones previas», *IUS ET SCIENTIA: Revista electrónica de Derecho y Ciencia*, n. 1, 2017, 150-160, p. 155.

¹⁰⁸ BOPV núm. 248, de 30 de diciembre de 2002.

del § 630e BGB, regulador del deber de información sanitaria y del consentimiento informado en general¹⁰⁹.

Criterios parecidos, aunque más desarrollados, se encuentran en el actual Art. L 1111-4 del *Code de la Santé Publique*¹¹⁰, en su versión aprobada en 2020, el cual dispone que «toda persona tiene el derecho a rechazar o a no recibir el tratamiento», para señalar, a continuación, que «*el médico tiene la obligación de respetar la voluntad de la persona, después de haberla informado de las consecuencias de su elección y de su gravedad. Si, por su voluntad de rechazar o interrumpir todo tratamiento, la persona pone su vida en peligro, debe reiterar su decisión en un plazo razonable*» [énfasis añadido]. Por su parte, las disposiciones reglamentarias del mismo *Code* disponen que «[C]uando el paciente no pueda expresar su voluntad el médico a cargo del paciente deberá respetar la voluntad expresada por aquél en las instrucciones anticipadas (...)» (Art. R4127-37-1). Además, el Art. R4127-37-2 *Code*, en su versión actualmente en vigor, reitera que «[L]a decisión de limitar o suspender el tratamiento respeta los deseos del paciente previamente expresados en las directivas anticipadas» aunque, a continuación, el mismo precepto atribuye cierto margen de decisión al médico, *si el paciente no puede expresar su voluntad*, para decidir en torno a la limitación o suspensión de los tratamientos, cuando mantenerlos suponga una «*obstinación irrazonable*»¹¹¹. Contribuye a clarificar el sentido de la expresión «obstinación irrazonable» el Art. R4127-37 del *Code*, que impone al médico el deber de «esforzarse por aliviar el sufrimiento del paciente por medios adecuados a su estado y ayudarle moralmente», de modo que «*debe abstenerse de toda obstinación irrazonable y podrá negarse a emprender o continuar tratamientos que parezcan inútiles, desproporcionados o que no tengan otro efecto que el exclusivo mantenimiento artificial de la vida*» [énfasis añadidos]. En este punto, el legislador francés atribuye al médico cierto margen de evaluación, aunque sujeto a control, puesto que solo podrá tomar la decisión al final de un procedimiento colegiado encaminado a tratar de identificar, a través de la persona de confianza o, en su defecto, de los familiares o allegados, la voluntad del paciente al respecto¹¹² [énfasis añadidos].

Pese a ello, en la práctica, el compromiso del médico en relación con el contenido de los documentos de instrucciones previas o voluntades anticipadas no siempre resulta claro. En primer lugar, por la forma en la que se recibe esta obligación en la práctica jurisdiccional. En segundo lugar, por las limitaciones y excepciones que afectan al contenido mismo de los documentos de instrucciones previas o voluntades anticipadas.

a. *La jurisprudencia relativa a transfusiones de sangre en pacientes testigos de Jehová*

¹⁰⁹ LIPP, Volker, en LAUFS, Adolf / KATZENMEIER, Christian / LIPP, Volker, *Arztrecht*, 8. Aufl, Münchener CH Beck, 2021, pp. 246-247, Rn. 152.

¹¹⁰ https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006072665/ [Fecha de consulta: 29.02.2024].

¹¹¹ El texto completo del primer apartado del Art. R4127-37-2 dispone: «I.- La decisión de limitar o suspender el tratamiento respeta los deseos del paciente previamente expresados en las voluntades anticipadas. Cuando el paciente no pueda expresar su voluntad, la decisión de limitar o suspender los tratamientos previstos, por rechazo de obstinación irrazonable, sólo podrá tomarse al final del procedimiento colegiado previsto en el artículo L. 1110-5. -1 y en cumplimiento de voluntades anticipadas y, en su defecto, después de haber sido recabado de la persona de confianza o, en su defecto, de los familiares o de uno de los allegados, el testimonio de la voluntad expresada por el paciente.»

¹¹² Véase el Art. R4127-37-2 del *Code de la Santé Publique*, reproducido en la nota anterior.

En el caso alemán comentado, tanto la sentencia del BGH como el auto del BVerfG reconocen la posibilidad de indemnizar el daño moral resultante de la «lesión del derecho a la autodeterminación del paciente en caso de que las medidas de soporte vital se hubiesen mantenido en contra de su voluntad» y siempre que esta voluntad hubiese podido acreditarse¹¹³. A pesar de ello, la propia doctrina alemana reconoce que la práctica jurisprudencial anterior no era precisamente clara al respecto¹¹⁴.

Así, al analizar este contexto jurisprudencial, SPICKHOFF y DEURING¹¹⁵ exponen una sentencia dictada en 2002 por el *Oberlandesgericht* de Munich¹¹⁶ que absolvió al médico demandado y rechazó indemnizar el daño moral reclamado por una paciente, testigo de Jehová, a quien se había practicado una transfusión de sangre en contra de su voluntad manifestada en un documento previo de voluntades anticipadas. Al comentar la sentencia, los citados autores consideran que, si bien la práctica de una transfusión de sangre podría justificar la responsabilidad del profesional sanitario cuando el paciente capaz la ha rechazado de forma expresa, los tribunales pueden acabar introduciendo excepciones, como ocurrió en el caso resuelto por la sentencia en el que, si bien en un primer momento el médico responsable había asumido que no sería necesaria ninguna transfusión, más adelante consideró que la transfusión era el único tratamiento posible para poder mantener en vida a la paciente. En tales supuestos, escriben los autores, «el médico no está obligado a cumplir lo dispuesto en el documento de voluntades anticipadas si no está realmente seguro de si el paciente en cuestión se habría opuesto a la transfusión como recurso último para mantener la vida»¹¹⁷.

Si bien la jurisprudencia relativa a transfusiones de sangre a pacientes testigos de Jehová difiere en algunos aspectos de los supuestos relativos a la interrupción de medidas de soporte vital, comparte con esta constelación de casos el conflicto entre el derecho a la vida y el derecho a la autodeterminación personal del paciente afectado. Es, desde este punto de vista, que se considera oportuno abordar la cuestión.

En realidad, el caso planteado por SPICKHOFF y DEURING introduce un elemento nuevo en el debate, relativo a la aparición de una circunstancia, con respecto a la cual existen dudas sobre si el paciente la había tenido en cuenta en el momento de otorgar el documento de voluntades anticipadas: ¿habría decidido lo mismo, el paciente, enfrentado a una situación de grave riesgo vital, si la transfusión fuese el único tratamiento posible para poder salvar su vida?

Una manifestación extrema de esta problemática se planteó en la sentencia de la Corte de Apelación de Michigan *Werth v. Taylor* (1991)¹¹⁸. En ella, la demandante era una paciente embarazada, testigo de Jehová, que registró un escrito en el hospital donde iba a dar a luz manifestando su deseo de no recibir transfusiones de sangre. Dos meses después, con ocasión

¹¹³ BGH, sentencia de 02.04.2019 - VI ZR 13/18, párr. 30;) y BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 07. April 2022, párr. 20.

¹¹⁴ SPICKHOFF / DEURING, «Haftung wegen Lebenserhaltung? Zugleich Besprechung von BGH, Urteil v. 2. 4. 2019 – VI ZR 13/18», cit., pp. 815-816.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ OLG Munich, sentencia de 31.01.2002, 1 U 4705 / 98, NJW-RR 2002, 811.

¹¹⁷ SPICKHOFF / DEURING, «Haftung wegen Lebenserhaltung? Zugleich Besprechung von BGH, Urteil v. 2. 4. 2019 – VI ZR 13/18», cit., p. 815, con cita de otras sentencias en la misma dirección.

¹¹⁸ *Werth v. Taylor*, 475 N.W.2d 426 (Mich. App. 1991).

del parto, la paciente ingresó en el hospital. El esposo gestionó los trámites de admisión, en el transcurso de los cuales firmó, en nombre y representación de su esposa, un formulario en el que volvía a rechazar la transfusión. Tras el alumbramiento y, mientras se encontraba bajo anestesia general, la Sra. Werth sufrió una hemorragia uterina que puso en peligro su vida, momento en el que los médicos ignoraron las negativas anteriores y practicaron la transfusión. La Corte de Apelación de Michigan reconoció que los pacientes tienen derecho a rechazar la atención médica, pero sostuvo que, en situaciones de urgencia, se presume un consentimiento implícito a la actuación médica, que solo puede anular un consentimiento contemporáneo y plenamente informado de los pacientes. El tribunal dudaba que estos requisitos se hubieran cumplido de forma efectiva en el caso, y consideró que el contexto en el que la paciente había expresado su rechazo tan solo contemplaba procedimientos terapéuticos rutinarios y no situaciones en las que -como era el caso- la transfusión se consideraba necesaria para sobrevivir. Conforme a ello, concluyó que el rechazo al tratamiento había sido ineficaz porque se había manifestado en unas circunstancias distintas a las que existían cuando la transfusión devino necesaria.

Se trata de una sentencia que ha sido objeto de severas críticas doctrinales, no solo por socavar el derecho a la autonomía del paciente en la toma de decisiones relativas a cualquier tratamiento médico, sino porque, ante una negativa al tratamiento, el médico podría intentar eludir los deseos expresados por el paciente retrasando cualquier actuación hasta el momento en que su estado fuese lo suficientemente crítico y su falta de capacidad tan evidente que convirtieran en urgente y necesaria la transfusión¹¹⁹. Por esta misma razón, entiendo que, en nuestro ordenamiento jurídico, tampoco podría acudirse a la excepción prevista en el Art. 9.b) Ley 41/2002, el cual autoriza al médico a llevar a cabo las intervenciones indispensables «en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento» cuando «existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización». En mi opinión, esta excepción resulta aplicable cuando no es posible obtener el consentimiento del paciente previo al acto médico y se desconoce cuál es su voluntad al respecto¹²⁰. En cualquier otro caso, el médico podría retrasar intencionalmente cualquier actuación, en espera de que el paciente se viera imposibilitado para expresar su autorización y actuar entonces al amparo de la causa relativa al «riesgo inmediato y grave para la integridad física o psíquica del enfermo».

En la jurisprudencia española, es posible encontrar un cuerpo relevante de sentencias de audiencias provinciales relativas a pacientes que, por razones religiosas, rechazan la administración de transfusiones sanguíneas, incluso en caso de necesidad. Con contadas excepciones, la mayoría de las sentencias reconocen el mayor valor del derecho a la autodeterminación del paciente frente a su vida, siempre que aquél manifieste su voluntad de forma libre, consciente e informada, de acuerdo con los requisitos previstos por la ley¹²¹. Por el

¹¹⁹ FERNANDEZ LYNCH / MATHES / SAWICKI, «Compliance With Advance Directives: Wrongful Living and Tort Law Incentives», cit., pp. 143-144.

¹²⁰ Tal vez, por ello, el precepto exige que el médico consulte, cuando las circunstancias lo permitan, a los familiares o personas vinculadas de hecho con el paciente, lo que le permitirá, entre otras informaciones, conocer la hipotética opinión del paciente al respecto.

¹²¹ Sobre el consentimiento o rechazo a transfusiones de sangre en pacientes testigos de Jehová menores de edad, véase la Circular de Fiscalía General del Estado 1/2012, *sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave* y los criterios en ella establecidos. Texto accesible en: <https://www.fiscal.es/-/nueva-circular-sobre-conflictos->

momento, no se ha tenido conocimiento de ninguna sentencia que plantee la eventual responsabilidad civil de los profesionales sanitarios por incumplir la negativa expresa del paciente contenida en la documentación clínica sobre el consentimiento informado, en un documento válido de instrucciones previas o en otra documentación similar¹²².

Una de las pocas excepciones a favor de reconocer un valor preeminente a la vida, justificando la transfusión incluso en contra de la voluntad del paciente, se contiene en el Auto dictado por la Audiencia Provincial de Toledo de 8.4.2003 (ECLI:ES:APTO:2003:134A). El auto resolvía el recurso de apelación interpuesto por una paciente contra la resolución del Juzgado de instrucción que había autorizado una transfusión de sangre en una situación de riesgo para la vida de aquella. Al resolver el recurso, la Audiencia Provincial declara que *«la libertad de conciencia y de religión no se garantiza de forma absoluta e incondicionada y, en caso de conflicto o colisión, pueden estar limitadas por otros derechos constitucionalmente protegidos, y entre los que se encuentra el derecho a la vida»*. Tras señalar, citando jurisprudencia constitucional, que *«el derecho fundamental a la vida tiene "un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte"»*, concluye que *«no puede afirmarse, a priori, que una persona sea libre de arrostrar la propia muerte y que ello constituya un derecho fundamental, que es lo que parece pretender el recurrente, sino meramente una manifestación del principio general de libertad que informa nuestro ordenamiento constitucional, de modo que no puede convenirse en que la paciente goce sin matices de tanta facultad de autodisposición sobre su propio ser, lo que lleva al rechazo del recurso»* [énfasis añadidos].

Frente a esta posición, son mayoritarias las sentencias que defienden el derecho del paciente a rechazar el tratamiento, aunque ello suponga un grave riesgo para su vida. Explica bien los argumentos a favor de esta posición el AAP Vizcaya 26.3.2018 [ECLI:ES:APBI:2018:564A] cuando declara que *«no existe un estado de necesidad, como conflicto entre la autonomía del paciente y el derecho a la vida (...); es la propia Ley 41/2002, de 14 de noviembre la que resuelve el conflicto, porque ha adoptado una decisión vinculante para todos, para los cuadros médicos y para los Juzgados y Tribunales. La Ley da primacía a la autonomía del paciente, opta por su derecho a prestar el consentimiento informado a un tratamiento o, en sentido negativo -como las dos caras de la misma moneda- a rechazarlo. La decisión que se toma para salvar la vida (...) resuelve un conflicto en realidad inexistente. La sustitución de la voluntad de la paciente, que consta debidamente expresada y en la forma legalmente establecida, por la voluntad judicial, realiza una ponderación distinta a la ponderación legislativa, que es la que debe prevalecer»*. El caso trataba de una paciente testigo de Jehová que había otorgado un documento de instrucciones previas rechazando recibir

[hospitalarios-en-torno-a-transfusiones-y-otras-intervenciones-urgentes-a-menores](#) [Fecha de consulta: 08.07.2024].

¹²² A diferencia de lo que ocurre en la jurisprudencia de otros países, como es el caso de la sentencia canadiense dictada en 1990 por la *Court of Appeal* de Ontario *Malette v. Schulman* (1990), 72 O.R. (2D) 417 (C.A.), que se expone más adelante. Recientemente, sin embargo, los medios de comunicación españoles se han hecho eco de una sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Lleida, que absolvía penalmente a la doctora que atendió a un paciente testigo de Jehová, a quien había practicado cuatro transfusiones de sangre. El paciente sufría hemorragias internas y se encontraba grave, sin que hubiera tratamiento alternativo a la transfusión. La sentencia pone de manifiesto que el paciente no pidió el alta voluntaria y señala que él mismo había colaborado físicamente durante la transfusión. Tras el alta, el paciente inició un proceso penal alegando delitos de coacciones, contra la integridad moral y de lesiones. Solicitaba también una indemnización de 10.000 euros, en concepto de responsabilidad civil derivada de delito, por los daños morales sufridos. El Juzgado absolvió a la doctora demandada y, según las últimas informaciones publicadas, la sentencia acaba de ser recurrida ante la Audiencia Provincial de Lleida (https://www.segre.com/es/lleida/240609/la-transfusion-de-sangre-a-un-testigo-de-jehova-llega-a-la-audiencia_469772.html) [Fecha de consulta: 08.07.2024].

transfusiones de sangre, aunque fuesen necesarias para conservar la vida. Ante la necesidad de someterse a una intervención quirúrgica de carácter vital en la que, en opinión del equipo médico, existía una alta probabilidad de precisar una transfusión, la paciente y sus familiares reiteraron la negativa. Los médicos, sin embargo, solicitaron autorización judicial para la transfusión, que les fue concedida por el juzgado de instrucción. La Audiencia Provincial revocó tal decisión y señaló que *«la imposición del tratamiento no respeta el principio de unidad del ordenamiento jurídico. Este no puede ordenar una cosa y su contraria; esto es, no puede regular la autonomía del paciente, por un lado, dándole la prioridad máxima y protegiendo el derecho a rechazar un tratamiento, y al tiempo considerar adecuada a derecho, jurídicamente correcta, la imposición judicial del tratamiento contraria a la voluntad del paciente. La lógica del sistema es respaldar en todos los casos la autonomía del paciente, estableciendo el correlativo deber de todos de abstenerse de lesionarla; de lo contrario, no se trataría de un verdadero derecho y quedaría vacío de contenido»*. Y continúa, más adelante: *«el legislador ha decidido el conflicto aparente entre derechos en casos como el presente, y lo ha hecho en favor de la dignidad humana, conforme a la cual las personas no son objetos instrumentales, sino sujetos libres, y en esa condición, no les puede ser impuesto un tratamiento médico sin su consentimiento informado, sean cuales fueren las razones que sustenten sus convicciones -éticas, religiosas o cualesquiera otras-. Con los límites establecidos en la ley -afectación de la seguridad, de la salud o de la moral pública-, que no eran rebasados, dicha voluntad debió ser respetada, pues tampoco resultaba contraria al ordenamiento jurídico ni a la buena práctica clínica»* [énfasis añadido].

Anteriormente, había apuntado en esta misma dirección el AAP Ciudad Real 31.12.2001 [ECLI:ES:APCR:2001:86A] que, con cita de jurisprudencia anterior de la misma audiencia, declaraba que *«no existe conflicto entre la libertad personal y de conciencia frente al derecho a la vida porque la Constitución lo que garantiza es precisamente un derecho a vivir»* y *no un deber a vivir, lo que se constata con la ausencia de toda sanción por el intento de suicidio (...). Menos aún (...) existe un deber a vivir a toda costa, sacrificando las más íntimas convicciones morales, éticas y religiosas del sujeto»*. Siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en la STC 120/1990, de 27 de junio, la Audiencia recuerda que *«no se plantea conflicto entre un pretendido e inexistente deber de vivir y la libertad personal, ideológica y de conciencia»*, sino que el paciente *«desea vivir, mas aceptando el riesgo inherente a no serle administrado un tratamiento médico que colisione frontalmente con sus creencias religiosas... En definitiva, el sujeto pide que se le respeten sus creencias, asumiendo él y solo él, el riesgo inherente a esa decisión personal»*¹²³ [énfasis añadidos].

Del mismo modo, el AAP Lleida 25.1.2011 [ECLI:ES:APL:2011:32A] resolvía un recurso de apelación interpuesto contra el auto del juzgado de instrucción que había autorizado una transfusión de sangre en un paciente que, por razones religiosas, había expresado su rechazo a las transfusiones en un documento previo de voluntades anticipadas. Esta negativa se reiteró después, ante el equipo médico que iba a practicarle una intervención quirúrgica, mediante una declaración libre, consciente y tras haber recibido la información pertinente. La Audiencia Provincial revocó la decisión del Juzgado de instrucción y, después de revisar la legislación y la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional al respecto, señala que *«nos hallamos ante un derecho del paciente que puede ser ejercitado, pero también*

¹²³ A pesar de estos razonamientos, la Audiencia acabó confirmando el Auto del Juez de instrucción, que autorizaba la transfusión, por considerar que, en el momento de tomar la decisión, la paciente carecía de capacidad de expresar su voluntad al tener «mermada su capacidad completa de comprensión sobre la decisión que ha tomado, los riesgos y las consecuencias que acarrearía llevar a término esa decisión».

renunciado, negándose al tratamiento que se le prescriba por el centro de salud (...). Esta delegación de la competencia para decidir sobre los aspectos cruciales que afectan a la salud supone, no cabe duda, un reconocimiento muy importante de la autonomía personal del paciente». Por consiguiente, «se trata de un ejercicio de autodeterminación en relación con una intervención sobre el propio cuerpo amparada por la ley, no resultando justificada la imposición obligatoria de la intervención médica en contra de la clara e inequívoca voluntad expresada por el paciente» [énfasis añadido]. El posterior AAP Lleida 9.12.2021 [ECLI:ES:APL:2020:857A], en relación con un supuesto de hecho parecido, reproduce literalmente los mismos razonamientos¹²⁴.

El principal problema que plantea esta jurisprudencia es que, cuando las audiencias provinciales dictan el auto revocatorio de la autorización concedida por los jueces de instrucción, la transfusión de sangre ya ha tenido lugar y no puede retrocederse. La lesión de la libre autodeterminación personal ya se ha producido y no es posible volver atrás. Como explica el auto de la AP Guipúzcoa 22.9.2004 [ECLI:ES:APSS:2004:503A], aunque en el recurso se haya solicitado la nulidad de la resolución que autorizó la transfusión, carece de sentido decretar la pérdida de sus efectos «porque lo que no puede dejarse sin efecto son las consecuencias de la transfusión». En tal caso, la única consecuencia de la estimación del recurso es la obtención de una resolución favorable a la tesis del apelante en apoyo de sus convicciones, pero no puede modificar las consecuencias derivadas de la resolución recurrida, de modo que «el pronunciamiento de la Sala, debe efectuarse teniendo en cuenta dichas circunstancias y poniendo de manifiesto la ausencia de interés en recurrir, como no sea el mantenimiento de unos principios ideológicos, insuficiente para motivar la presente actuación judicial». En un sentido parecido el AAP Vizcaya de 26.3.2018 [ECLI:ES:APBI:2018:564A], se limitó a revocar el auto impugnado y a declarar «que no debió suplirse la voluntad de la [paciente] por la voluntad judicial, ni autorizarse al equipo médico a llevar a cabo un tratamiento médico que incluyera transfundir sangre a la recurrente».

Hasta el momento, todas las resoluciones se limitan a declarar la lesión del derecho del recurrente, sin atribuir ninguna consecuencia jurídica adicional que compense los perjuicios derivados de la lesión. Por un lado, pues, se reconoce la lesión de unos derechos de alcance constitucional, pero al mismo tiempo, se corre el riesgo de dejarlos vacíos de contenido al no reforzarlos con una protección jurídica efectiva. El reconocimiento de una indemnización por los perjuicios sufridos podría cubrir, en parte, este déficit y ofrecer una alternativa eficaz desde el derecho de la responsabilidad civil. Aunque ello presupone que la disposición contenida en el documento de voluntades anticipadas o documentación análoga es válida y respeta los límites establecidos por el ordenamiento jurídico¹²⁵.

Una solución en tal sentido la adoptó, por ejemplo, la sentencia canadiense *Malette v. Schulman* [(1990), 72 O.R. (2D) 417 (C.A.)]¹²⁶, relativa a una paciente (Georgette Malette) que ingresó inconsciente en un hospital tras un accidente de circulación. Dado que estaba perdiendo gran cantidad de sangre, el médico que la atendió (Dr. Shulman) consideró necesario practicar una transfusión de sangre, con el fin de incrementar los niveles de oxígeno y evitar la destrucción de

¹²⁴ Con argumentos distintos, aunque en la misma dirección favorable al derecho a la autodeterminación del paciente, véase también el AAP Guipúzcoa 22.9.2004 [ECLI:ES:APSS:2004:503A].

¹²⁵ FERNÁNDEZ CAMPOS, «Naturaleza y eficacia de los documentos de instrucciones previas», cit., p. 155.

¹²⁶ El texto de la sentencia puede consultarse en: <https://ctdj.ca/en/jurisprudence/malette-v-shulman-1990-72-or-2d-417-c-a/> [Fecha de consulta: 08.07.2024].

tejidos vitales. En estos mismos momentos, una enfermera descubrió en el bolso de la Sra. Malette una tarjeta que la identificaba como testigo de Jehová y en la que rechazaba las transfusiones de sangre por razones religiosas. La tarjeta, firmada por la paciente, llevaba escrita en francés la indicación: «no transfusión de sangre». A pesar de que se advirtió al médico de esta circunstancia, ante el evidente deterioro del estado de salud de la paciente, el Dr. Shulman practicó la transfusión. Una vez recuperada, la paciente interpuso demanda de responsabilidad civil contra el médico, el hospital, su director ejecutivo y cuatro enfermeras. La sentencia de primera instancia rechazó la demanda en relación con el hospital, su director ejecutivo y las cuatro enfermeras, pero condenó al Dr. Shulman porque, al ignorar la información contenida en la tarjeta de la paciente y practicar la transfusión, había cometido un *tort of battery*. Conforme a ello, le condenó al pago de una indemnización de 20.000 \$ en concepto de responsabilidad civil. El médico demandado interpuso recurso de apelación ante la *Court of Appeal* de Ontario, que lo rechazó, confirmando el fallo del juzgado de primera instancia¹²⁷.

b. *Voluntad del paciente contenida en un documento de instrucciones previas o de voluntades anticipadas*

Para que la voluntad del paciente pueda imponerse sobre la decisión del médico es preciso que aquella se haya expresado de forma libre, voluntaria e informada (Art. 8.1 Ley 41/2002)¹²⁸. Si, además, tal voluntad se expresó en un documento de instrucciones previas o voluntades anticipadas, el otorgante debe ser una persona mayor de edad, capaz (Art. 11.1 Ley 41/2002) y constar «por escrito» (Art. 11.2 Ley 41/2002), con los requisitos adicionales que, en su caso, puedan establecer las correspondientes legislaciones autonómicas¹²⁹.

Cuando no existe documento de instrucciones previas o voluntades anticipadas y el rechazo al tratamiento se lleva a cabo mediante el consentimiento inmediatamente previo al acto médico, éste deberá constar por escrito en los casos previstos en el Art. 8.2 Ley 41/2002: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente^E. El incumplimiento de dicha forma, cuando así viene impuesta por el legislador, contraviene el derecho a la vida privada reconocido en el artículo 8 CEDH, según ha declarado el TEDH en la sentencia *Reyes Jiménez c. España*, de 8 de marzo de 2022¹³⁰. En esta sentencia, el Tribunal europeo recuerda que «cuando el derecho interno

¹²⁷ Los argumentos desarrollados por la sentencia de la *Court of Appeal* son parejos a los ya expuestos en líneas anteriores, tanto con respecto al hecho que la autonomía del paciente incluye el derecho a consentir y a rechazar tratamientos sanitarios, como en relación con el la prioridad que en determinados supuestos tiene la autonomía y libertad del paciente frente al interés del estado en preservar la vida y la salud de los pacientes.

¹²⁸ AAP de Vizcaya 6.7.2001 [ARP\2001\749].

¹²⁹ DOMINGUEZ LUELMO, Andrés, *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, Valladolid, Lex Nova, 2003, pp. 345-347; NAVARRO MICHEL, Mónica, «Médicos, familia y pacientes: sobre las voluntades anticipadas», *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 106, núm. 3, 2007, pp. 687-718; ECHEVARRÍA DE RADA, Teresa, «Voluntades anticipadas: cuestiones controvertidas», *Aranzadi Civil-Mercantil. Revista Doctrinal*, nº 6, 2017, p. 13 (versión digital).

¹³⁰ Asunto *Reyes Jimenez v. Spain*, sentencia de 8 de marzo de 2022, Demanda núm. 57020/18 (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-216017> [Fecha de consulta: 08.07.2024]). El caso tenía su origen en tres intervenciones quirúrgicas que se realizaron al demandante, menor de edad, con el fin de extirparle un tumor cerebral. Los padres del menor consintieron por escrito la primera y la tercera intervenciones, pero no la segunda, para que tan solo prestaron un consentimiento verbal. Los tribunales nacionales consideraron que el consentimiento verbal de los padres no era contrario a la Ley 41/2002 porque la segunda intervención se llevó a cabo casi un mes después de la primera, de la que se consideraba continuación. Como consecuencia, entendieron que los padres, que se habían mantenido en contacto permanente con los médicos, estaban informados y que su

establece ciertos requisitos explícitos, éstos deben cumplirse» y, «a pesar de que el Convenio no exige en absoluto que el consentimiento informado se preste por escrito, siempre que sea inequívoco, la normativa española exige consentimiento escrito»¹³¹, de modo que la falta de cumplimiento de esta forma supone una lesión del derecho a la vida privada protegido en el artículo 8 CEDH, tanto más cuando los tribunales nacionales «no explicaron suficientemente porqué consideraron que la ausencia de dicho consentimiento escrito no lesionaba el derecho del demandante»¹³².

La relevancia constitucional de la información sanitaria y del propio consentimiento informado como presupuestos de validez de la actuación de los profesionales sanitarios ha sido puesta de relieve por el propio Tribunal Constitucional, entre otras, en la sentencia de 28 de marzo de 2011 (STC 37/2011, de 28 de marzo), vinculándola a derechos fundamentales como la integridad física y moral del paciente, su propia libertad, así como al principio de autonomía de la voluntad: «(...) *el consentimiento y la información se manifiestan como dos derechos tan estrechamente imbricados que el ejercicio de uno depende de la previa correcta atención del otro. (...) La información previa, (...), puede ser considerada, pues, como un procedimiento o mecanismo de garantía para la efectividad del principio de autonomía de la voluntad del paciente y, por tanto, de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales que pueden resultar concernidos por las actuaciones médicas, y, señaladamente, una consecuencia implícita y obligada de la garantía del derecho a la integridad física y moral, alcanzando así una relevancia constitucional que determina que su omisión o defectuosa realización puedan suponer una lesión del propio derecho fundamental.*» [énfasis añadido]

Estas declaraciones resultan igualmente relevantes, tanto si el consentimiento se presta de forma contemporánea a la actuación médica, como si se refiere un consentimiento prestado de forma anticipada en un documento de instrucciones previas o voluntades anticipadas¹³³. En ambos casos, la falta de información o la prestación de un consentimiento no informado o insuficientemente informado impedirán que el consentimiento exprese una decisión consciente y autónoma¹³⁴. Si se trata de personas con discapacidad, este consentimiento deberán prestarlo

consentimiento no escrito era conforme al derecho español. Sin embargo, el TEDH sostuvo la opinión contraria al entender que si el derecho interno exige la forma escrita para el consentimiento informado, no respetar esta forma contraviene el derecho reconocido en el artículo 8 CEDH.

¹³¹ Reyes Jimenez v. Spain, pp. 36-47.

¹³² Ibidem.

¹³³ Pues, como destacan, en la doctrina alemana, SPICKHOFF / DEURING, «Haftung wegen Lebenserhaltung? Zugleich Besprechung von BGH, Urteil v. 2. 4. 2019 – VI ZR 13/18», cit., p. 821, un documento de instrucciones previas o voluntades anticipadas no es sino una «forma especial de consentimiento». Del mismo modo, en nuestra doctrina también se ha definido el «testamento vital» como «un tipo *sui generis* de consentimiento informado» (BETANCOR, Juana Teresa, «El testamento vital», *Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología*, nº 9/1995, 97-112, p. 100). Por su parte, ECHEVARRÍA DE RADA, «Voluntades anticipadas: cuestiones controvertidas», cit., p. 10 (versión digital) afirma que «[C]omo expresión del consentimiento informado, las voluntades anticipadas tienen que ser el resultado de un proceso de reflexión personal, en el que el papel del médico y otros profesionales sanitarios resulta fundamental. Por tanto, han de ser consecuencia de una adecuada información, cuyo objetivo es ayudar al paciente a tomar decisiones de forma autónoma». En la misma línea, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar, «Las voluntades anticipadas (el testamento vital) en el ordenamiento jurídico español», *Revista de Derecho Privado*, mayo-junio 2020, p. 6 y FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, «Naturaleza y eficacia de los documentos de instrucciones previas», cit., p. 152, para quienes el documento de instrucciones previas se asienta sobre los mismos principios o el mismo fundamento que el consentimiento informado.

¹³⁴ En opinión de ECHEVARRÍA DE RADA, «Voluntades anticipadas: cuestiones controvertidas», cit., p. 10 (versión digital), «las voluntades anticipadas otorgadas sin que conste una adecuada información (...), supondrían un

ellas mismas, con la correspondiente medida de apoyo, si la precisan, en cuyo caso el artículo 249.2 Código Civil señala que «[L]as personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias»¹³⁵.

En cuanto a los límites para la eficacia de las cláusulas de un documento de instrucciones previas¹³⁶, dispone el Art. 11.3 de la Ley 41/2002 que «no serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la "lex artis", ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas»¹³⁷. En la legislación autonómica existen previsiones semejantes, con leves matices, principalmente en relación con la expresión relativa a la «lex artis», que se sustituye por otras como «buena práctica clínica» en la ley catalana,¹³⁸ o que «resulten contraindicadas para su patología» en la ley vasca¹³⁹. Entre todos los límites, el que, con toda probabilidad, puede plantear mayores problemas es el relativo a la falta de correspondencia entre el supuesto de hecho previsto por el paciente en el momento de otorgar el documento de voluntades anticipadas y el existente en el momento en el que hay que aplicarlas¹⁴⁰. Ello es especialmente relevante en relación con las dudas y valoraciones que tendrán que hacer, en situaciones límite, el profesional sanitario, el representante designado en

consentimiento viciado por error y, por tanto, podría ser inválido». En el mismo sentido, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar, «Las voluntades anticipadas (el testamento vital) en el ordenamiento jurídico español», cit., p. 6.

¹³⁵ TORRELLES TORREA, «La voluntad anticipada, la voluntad hipotética y el "mayor beneficio para la vida y salud del paciente" en el consentimiento informado de las personas con discapacidad en el ámbito sanitario», cit., p. 95.

¹³⁶ Para un estudio empírico sobre el grado de conocimiento de los profesionales sanitarios que trabajan en servicios de urgencia acerca de los documentos de instrucciones previas o voluntades anticipadas, en la Comunidad Autónoma de Cataluña, puede resultar interesante el trabajo de Carolina YLLERA SANZ, «¿Cumplimos nuestros deberes respecto a los Documentos de Voluntades Anticipadas?», *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 32, septiembre 2014, pp. 82-94.

¹³⁷ FERNÁNDEZ CAMPOS, «Naturaleza y eficacia de los documentos de instrucciones previas», cit., pp. 155-156; NAVARRO MICHEL, «Médicos, familia y pacientes: sobre las voluntades anticipadas», *Revista Jurídica de Catalunya*, cit., pp. 710-714; NAVARRO MICHEL, Mónica, «Advance Directives autonomy enhancers: reality or mith?», *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 7, 2006, p. 2.

¹³⁸ Art. 8.3 Llei 21/2000, de 29 de desembre, sobre els drets d'informació concernent la salut i l'autonomia del pacient, i la documentació clínica. En la doctrina, puede verse FARNÓS AMORÓS, Esther, «Comentari a l'Art. 212-3», en EGEA FERNÁNDEZ, Joan / FERRER RIBA, Josep (DIR.), *Comentari al llibre segon del Codi Civil de Catalunya. La persona física i les institucions de protecció de la persona*, Atelier, Barcelona, 2017, p. 170.

¹³⁹ Art. 5.4 Ley 7/2002, de 12 de diciembre, *de las voluntades anticipadas en el ámbito de la sanidad* (BOPV núm. 248, de 30 de diciembre de 2002).

¹⁴⁰ En este mismo sentido, DOMINGUEZ LUELMO, *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, cit. p. 360; NAVARRO MICHEL, «Advance Directives autonomy enhancers: reality or mith?», cit., p. 2. En opinión de GÓMEZ TABOADA, Jesús, «El documento de voluntades anticipadas en Cataluña: una aproximación notarial», en LÁZARO, Carmen María (Coord.), *El consentimiento del paciente en el Código Civil Catalán*, Barcelona, IESF. Universitat Internacional de Catalunya, 2012, 111-144, pp. 138-139, el supuesto debe entenderse en el sentido de que no se tendrán en consideración las instrucciones si estaban previstas para un caso distinto del que después se produjo. En este sentido, considera el autor que este límite requiere una correspondencia exacta entre la situación real y la contemplada en el documento de voluntades anticipadas, lo que impediría cualquier forma de aplicación analógica del documento.

el documento de instrucciones previas¹⁴¹ o la medida de apoyo con funciones representativas¹⁴², cuando tengan que decidir sobre el mantenimiento o interrupción de tratamientos dirigidos a sostener la vida del paciente¹⁴³.

Ilustra bien este problema la ya citada sentencia norteamericana *Werth v. Taylor* (1991)¹⁴⁴, en relación con la transfusión de sangre impuesta a una paciente embarazada, testigo de Jehová, quien, antes del parto, había manifestado de forma expresa y reiterada su voluntad de no recibir transfusiones, pese a lo cual se le administró la transfusión. Ante la demanda interpuesta por los esposos *Werth* contra los médicos y el hospital, la Corte de Apelación de Michigan consideró que existían dudas en torno al hecho de que la negativa de la paciente hubiese sido contemporánea a la intervención y suficientemente informada. En particular, señalaba que el contexto en el que la paciente había expresado su rechazo solo se refería a procedimientos médicos rutinarios, pero no a situaciones en las que la transfusión era necesaria para salvar la vida de la paciente, como fue el caso. En opinión del tribunal, las circunstancias en las que la paciente había manifestado su rechazo eran distintas a las que concurrieron en el momento en que le fue practicada la transfusión, por lo que resolvió desestimar la demanda.

Aunque, como se ha dicho, la sentencia ha sido fuertemente criticada por la doctrina debido a las claras y reiteradas negativas de la paciente¹⁴⁵, pone de manifiesto uno de los problemas básicos en el momento de ejecutar las instrucciones anticipadas: la necesidad de poner en relación las instrucciones previas con el contexto en el que tienen que ser aplicadas, así como la necesidad de interpretarlas para conocer la voluntad real del otorgante. Ello es particularmente necesario en el caso de instrucciones ambiguas o generales y en los supuestos en los que el contexto ha podido cambiar, como puede ser un cambio en las circunstancias personales del paciente¹⁴⁶, el desarrollo de nuevos conocimientos científicos y técnicos o la aparición de nuevos tratamientos

¹⁴¹ Sobre la cuestión, en relación con el representante, FERNÁNDEZ CAMPOS, «Naturaleza y eficacia de los documentos de instrucciones previas», cit., p. 156, para quien, precisamente para orientar a los profesionales sanitarios y al representante, en caso de que deba tomar las decisiones en sustitución del otorgante, es oportuno que este último incluya en el documento de instrucciones previas la llamada «historia de valores», sus objetivos vitales y sus convicciones.

¹⁴² Como establece el Art. 242.3 CC, cuando, excepcionalmente, las medidas de apoyo a una persona con discapacidad incluyan funciones representativas, también en este caso la persona que ejerce la medida de apoyo deberá indagar sobre cuál hubiera sido voluntad de la persona sujeta a la medida, si hubiera podido tomar ella misma la decisión: «[E]n este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación» (véase GONZÁLEZ CARRASCO, «La prestación del consentimiento informado en materia de salud en el nuevo sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad», cit., p. 228).

¹⁴³ FERNANDEZ LYNCH / MATHES / SAWICKI, «Compliance With Advance Directives: Wrongful Living and Tort Law Incentives», cit., p. 162, exponen el caso del paciente que rechaza un tratamiento de respiración asistida en una situación de final de vida, pero que aceptaría su uso, con carácter temporal, en el transcurso de una intervención quirúrgica, con anestesia general, en la que no existe riesgo para su vida.

¹⁴⁴ 475 N.W.2d 426 (Mich. App. 1991).

¹⁴⁵ Por todos, FERNANDEZ LYNCH / MATHES / SAWICKI, «Compliance With Advance Directives: Wrongful Living and Tort Law Incentives», cit., pp. 143-144.

¹⁴⁶ De nuevo, FERNANDEZ LYNCH / MATHES / SAWICKI, «Compliance With Advance Directives: Wrongful Living and Tort Law Incentives», cit., p. 162, ilustran la situación con un paciente que, en su momento, otorgó unas instrucciones previas rechazando recibir transfusiones por ser testigo de Jehová, pero que, después, cambia de confesión religiosa y, en el momento en el que se plantea la posibilidad de transfundir, profesa la religión musulmana.

que pueden salvar la vida del paciente, mucho más favorables en términos de sufrimiento, dolor, efectos secundarios, etc¹⁴⁷.

Naturalmente, si se ha producido una evolución del conocimiento médico de tal entidad que el paciente no pudo contemplar de ninguna manera, la voluntad anticipada quedará sin efectos al caer plenamente en la excepción que contempla el Art. 11.3 Ley 41/2002 (supuesto de hecho no previsto por el otorgante en el momento de manifestar su voluntad)¹⁴⁸.

Si en el documento de voluntades anticipadas se hubiera designado un representante sanitario, será éste quien estará facultado para recibir la información médica y, en su caso, para prestar o no el consentimiento, atendiendo a la voluntad, los deseos, los valores, los principios o las preferencias manifestadas por el paciente en el documento previo¹⁴⁹. En el caso de una persona con discapacidad necesitada de medidas de apoyo, en principio será ella misma quien reciba la información y decida, con el apoyo de la persona que ejerce la medida, la cual deberá prestar el apoyo «atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera» (Art. 249.2 CC). Si, además, el apoyo requiere de funciones representativas -lo que, en el régimen actual, debería ser excepcional- y no es posible determinar la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona, el Art. 249.3 CC dispone que «en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación» (Art. 249.3 CC)¹⁵⁰.

En ocasiones, sin embargo, la designación de un representante tampoco evitará tener que interpretar la voluntad del paciente, particularmente cuando sus instrucciones o declaraciones con respecto al tratamiento que se considera médicamente indicado han sido imprecisas, poco claras o dudosas. Por esta razón, las tareas de interpretación incumben tanto al médico como al representante del paciente, en particular, al designado en el documento de voluntades anticipadas, a quien la ley compele a «procurar el cumplimiento de las instrucciones previas» (Art. 11.1.final Ley 41/2002). En la medida en que el paciente ya no está en condiciones de recibir la información o de expresar su voluntad, uno y otro deben tratar de establecer si el paciente

¹⁴⁷ FARNÓS AMORÓS, «Comentari a l'Art. 212-3», en EGEA FERNÀNDEZ / FERRER RIBA (DIR.), *Comentari al llibre segon del Codi Civil de Catalunya*, cit., pp. 175-176; NAVARRO MICHEL, «Médicos, familia y pacientes: sobre las voluntades anticipadas», *Revista Jurídica de Catalunya*, cit., p. 713.

¹⁴⁸ DOMINGUEZ LUELMO, *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, cit. p. 360; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, «Las voluntades anticipadas (el testamento vital) en el ordenamiento jurídico español», cit., p. 15 quien opina que, en estos casos, además, se tratará de una voluntad no informada; NAVARRO MICHEL, «Médicos, familia y pacientes: sobre las voluntades anticipadas», *Revista Jurídica de Catalunya*, cit., p. 713.

¹⁴⁹ DOMINGUEZ LUELMO, *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, cit. p. 359; FERNÁNDEZ CAMPOS, «Naturaleza y eficacia de los documentos de instrucciones previas», cit., p. 156; ECHEVARRÍA DE RADA, «Voluntades anticipadas: cuestiones controvertidas», cit., p. 27 (versión digital); ÁLVAREZ ÁLVAREZ, «Las voluntades anticipadas (el testamento vital) en el ordenamiento jurídico español», cit., p. 15.

¹⁵⁰ En este caso, como señala la doctrina, la persona que ejerce la medida de apoyo no es, estrictamente, un representante, entendido en sentido técnico, sino un sustituto «de lo que hubiera sido la voluntad del paciente de haber estado en condiciones de prestarla» (por todos, GONZÁLEZ CARRASCO, «La prestación del consentimiento informado en materia de salud en el nuevo sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad», cit., p. 228). En la misma, TORRELLES TORREA, «La voluntad anticipada, la voluntad hipotética y el «mayor beneficio para la vida y salud del paciente» en el consentimiento informado de las personas con discapacidad en el ámbito sanitario», cit., p. 96, para quien tampoco se trata de un representante que actúe por sustitución, sino que se trata de reconstruir la voluntad hipotética de la persona, «de forma objetiva, en base a datos como la religión, filosofía vital, valores, opinión, juicios sobre situaciones parecidas, etc. de la persona con discapacidad».

hubiese consentido o rechazado el tratamiento sujeto a discusión. Y eso es algo que tan solo puede hacerse regresando a las declaraciones anteriores del paciente contenidas en el documento de voluntades anticipadas y situándolas en el contexto y circunstancias en las que el paciente las realizó. Para ello, pueden ser relevantes los deseos, valores personales, convicciones éticas y principios que inspiraron al propio paciente en el momento de efectuar su declaración¹⁵¹; puede ser útil conocer sus opiniones, escritas o verbales, coetáneas al momento de otorgar el documento, acerca de determinadas situaciones vitales o de salud; también puede recabarse la opinión de sus allegados o familiares¹⁵², con el fin de discernir lo que el paciente quiso en el momento de manifestar la instrucción¹⁵³. En cualquier caso, todos ellos deben ser factores significativos que permitan identificar la voluntad real del paciente y tener una conexión concreta e individualizada con su persona, sin que sirva acudir a criterios objetivos tales como la experiencia general de la vida o lo que habría decidido una persona razonable¹⁵⁴. Estos últimos no son necesariamente representativos de lo que el paciente en cuestión pensaba subjetivamente acerca de valores como la vida, la dignidad, la integridad física o la autodeterminación de la concreta persona afectada.

Resulta difícil llegar a conclusiones definitivas sobre el resultado final de cualquier tarea interpretativa¹⁵⁵. Lo que sí puede afirmarse es que, habida cuenta de los intereses jurídicos en conflicto y de las consecuencias que ello puede tener sobre la vida del paciente, en relación con la retirada de tratamientos dirigidos a alargar la vida deberían exigirse estándares de prueba rigurosos, lo que supone un nivel de certeza elevado acerca de la voluntad del paciente para interrumpir un tratamiento de soporte vital¹⁵⁶.

c. Voluntad del paciente en ausencia de documento de instrucciones previas o voluntades anticipadas

Lo anterior lleva a plantearse la cuestión relativa a si, en ausencia de una voluntad expresa contenida en un documento de instrucciones previas o de voluntades anticipadas, podría tener relevancia la voluntad presunta del paciente, extraída de deseos o manifestaciones que hubiera podido trasladar a familiares o personas próximas, en un momento en el que todavía era capaz de expresar su opinión. El valor de estas declaraciones se reconoce expresamente en otros derechos, si bien sus efectos son de menor intensidad a los de un documento formal de instrucciones previas que refleje una voluntad clara y real¹⁵⁷. Es el caso del § 1827.2 BGB, según

¹⁵¹ DOMINGUEZ LUELMO, *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, cit. p. 359; FERNÁNDEZ CAMPOS, «Naturaleza y eficacia de los documentos de instrucciones previas», cit., p. 156;

¹⁵² DOMINGUEZ LUELMO, *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, cit. p. 360, habla de tomar en consideración también la opinión de «las personas que, según el artículo 9 de la Ley 41/2002 pueden otorgar el consentimiento por sustitución, para que se pudiera arrojar luces sobre una voluntad deficientemente manifestada» del otorgante.

¹⁵³ LIPP, en LAUFS/KATZENMEIER/LIPP, *Arztrecht*, 8. Aufl, cit., pp. 249-251, Rn 160-162.

¹⁵⁴ MüKoBGB/SCHNEIDER, *Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch*. Familienrecht II, 9. Aufl., München, C.H.Bech, 2024, § 1827, pp. 2049-2050, Rdn.48-49.

¹⁵⁵ Como, en relación con el representante sanitario y su función como intérprete de la voluntad presunta del paciente, afirma DOMINGUEZ LUELMO, *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, cit. p. 359, «la figura del representante puede aclarar situaciones o volverlas aún más turbias».

¹⁵⁶ En este mismo sentido, para el derecho alemán, SPICKHOFF / DEURING, «Haftung wegen Lebenserhaltung? Zugleich Besprechung von BGH, Urteil v. 2. 4. 2019 – VI ZR 13/18», cit., pp. 823-824; BGHZ 202, 226 Rn. 37 (NJW 2014, 2572).

¹⁵⁷ Sobre ello, MüKoBGB/SCHNEIDER, *Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch*. Familienrecht II, 9. Aufl., cit., § 1827, p. 2049, Rdn. 46.

el cual, a falta de documento de instrucciones previas -o cuando sus disposiciones no se aplican a la situación de vida o de tratamiento actuales de la persona sujeta a *Betreuung*- atribuye al *Betreuer* la facultad de establecer los deseos de tratamiento o la voluntad presunta de la persona a su cargo y decidir, sobre esta base, si consiente o rechaza las medidas sanitarias que menciona el apartado 1 del mismo artículo. En esta tarea, el precepto señala que deberán tomarse especialmente en consideración las declaraciones previas, las creencias éticas y otros valores personales del paciente sujeto a *Betreuung*.

Al interpretar el precepto, la doctrina alemana observa que el legislador no habla del carácter vinculante de la voluntad presunta del paciente, sino de «decidir sobre la base» de esta voluntad, confirmando que una voluntad presunta no es sino el resultado de valores y declaraciones diversas, que carecen de la misma eficacia que un consentimiento o negativa formalizados por un paciente capaz de decidir¹⁵⁸. Por lo demás, conviene notar que el precepto requiere que la voluntad «*se determine a partir de indicios concretos*» («*konkreter Anhaltspunkte*») y que el mandato legislativo se dirige al *Betreuer* y no al médico responsable del tratamiento. Ello presupone, naturalmente, que la toma de decisiones relativas a tratamientos médicos se encuentra dentro del ámbito de funciones asumidas por el *Betreuer* y que el estado actual del paciente le impide decidir si consentir o rechazar el tratamiento¹⁵⁹.

Por su parte, el artículo R4127-37-2(1) del *Code de la Santé Publique* francés dispone que cuando el paciente no pueda expresar su voluntad, la decisión médica de limitar o cesar el tratamiento por existir una situación de «obstinación irrazonable»¹⁶⁰ solo podrá tomarse «al final del procedimiento colegiado previsto en el artículo L1110-5. 1 y en cumplimiento de las instrucciones previas (*directives anticipées*) y, en su defecto, después de haber sido recogidas de la persona de confianza o, en su defecto, de la familia o de uno de los allegados que dé testimonio de los deseos expresados por el paciente» [énfasis añadido]¹⁶¹.

La relevancia de la voluntad presunta también se discutió en la conocida sentencia *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*¹⁶², dictada en 1990 por la Corte Suprema de los Estados Unidos. En ella, el Alto tribunal norteamericano confirmó la sentencia de la Corte Suprema de Missouri, la cual había rechazado interrumpir el tratamiento de alimentación artificial que venía recibiendo la paciente, Nancy Cruzan, en estado vegetativo permanente desde que sufrió un accidente de circulación en 1983. En 1988, los padres de Nancy solicitaron y obtuvieron una

¹⁵⁸ MüKoBGB/ SCHNEIDER, *Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch*. Familienrecht II, 9. Aufl., cit., § 1827, p. 2049, Rdn. 46.

¹⁵⁹ MüKoBGB/ SCHNEIDER, *Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch*. Familienrecht II, 9. Aufl., cit., § 1827, p. 2047, Rdn. 40.

¹⁶⁰ Sobre el significado de la expresión «obstinación razonable», véase la nota 90 y el texto que la acompaña.

¹⁶¹ El citado Art. 1110-5.1 del *Code de la Santé Publique* establece que «[L]os actos mencionados en el artículo L. 1110-5 no deben ejecutarse ni continuarse cuando resulten de una obstinación irrazonable. Cuando parezcan inútiles, desproporcionadas o cuando no tengan otro efecto que el exclusivo mantenimiento artificial de la vida, podrán suspenderse o no realizarse, de acuerdo con la voluntad del paciente y, si éste está fuera de control. expresar su voluntad, siguiendo un procedimiento colegiado definido reglamentariamente». La regulación del «procedimiento colegial» en cuestión se contempla en el Art. R4127-37-2 del mismo *Code de la Santé Publique*.

¹⁶² 497 U.S. 261 (1990). La sentencia puede consultarse en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/497/261/> [Fecha de consulta: 25.4.2024].

autorización judicial para que le fuese retirada la sonda¹⁶³, pero esta resolución fue revocada por la Corte Suprema de Missouri al considerar que la presunta voluntad de Nancy Cruzan no se basaba en la existencia de un documento de instrucciones previas adecuado ni en «*pruebas claras, convincentes y en sí mismas confiables*» de la voluntad de Nancy antes de perder la capacidad. La sentencia, recurrida por los padres, fue confirmada por la Corte Suprema de los Estados Unidos. Por un lado, el Alto Tribunal norteamericano reconoce como «corolario lógico de la doctrina del consentimiento informado que la paciente posee el derecho a no consentir, es decir, a rechazar el tratamiento», lo que tiene que ver con su derecho a la autodeterminación personal. Sin embargo, también considera que, dada la importancia de los intereses en juego, «*un Estado puede aplicar un estándar basado en la existencia de prueba clara y convincente en procesos en los que quien ejerce funciones de guarda pretende interrumpir la nutrición y la hidratación de una persona con diagnóstico de estado vegetativo persistente*», lo que es particularmente importante cuando se trata de los deseos expresados anteriormente por una persona que ya no es competente. Al mismo tiempo, rechaza la posibilidad de que los miembros más próximos de la familia puedan sustituir la voluntad del paciente, puesto que «no existe garantía automática de que el punto de vista de los miembros próximos de la familia coincidirá necesariamente con el que la paciente habría tenido en caso de enfrentarse a la perspectiva de su situación mientras era competente».

En nuestro derecho, la necesidad de actuar conforme a «la voluntad, deseos y preferencias de la persona» -no limitadas al ámbito sanitario- se contempla expresamente en el Art. 249.2 CC, en relación con el ejercicio de las medidas de apoyo a una persona con discapacidad, procurando «la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias». Incluso cuando no pueda determinarse esa voluntad, deseos y preferencias y las medidas de apoyo ejerzan funciones representativas, el mismo Art. 249 CC, en su apartado 3, dispone que la persona que ejerce el apoyo «deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación». Como señala la doctrina, no se trata tanto de una representación entendida en sentido técnico como sustitución del paciente, sino que «el representante emite el consentimiento informado que el paciente hubiera expresado»¹⁶⁴. Se trata, pues, de esclarecer la hipotética voluntad de la persona con discapacidad.

Más allá de la discapacidad, no se conocen normas que, en el ámbito sanitario, doten de valor a la voluntad presunta del paciente, y menos fuera del marco de un documento de voluntades

¹⁶³ El juez de instancia había concedido la autorización basándose en la declaración de una compañera de piso de Nancy a quien, aproximadamente un año antes del accidente, le había comentado que no desearía continuar con vida, en caso de enfermedad o accidente, si no podía «vivir al menos la mitad de lo normal»

¹⁶⁴ TORRELLES TORREA, «La voluntad anticipada, la voluntad hipotética y el «mayor beneficio para la vida y salud del paciente» en el consentimiento informado de las personas con discapacidad en el ámbito sanitario», cit., p. 96, según quien, la «medida de apoyo o asistente deberá conocer bien los deseos y valores del paciente. No caben las valoraciones subjetivas del representante, sino que debe conocer su trayectoria vital y en función de ello deberá decidir conforme a lo que el paciente hubiera decidido en el caso de poder formular su decisión. En estos supuestos la medida de apoyo o el asistente construyen la voluntad hipotética o posible de la persona con discapacidad». En el mismo sentido, opina GONZÁLEZ CARRASCO, «La prestación del consentimiento informado en materia de salud en el nuevo sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad», cit., p. 228 que se trata más bien un sustituto «apoyo y sustitución de la expresión de lo que hubiera sido la voluntad del paciente de haber estado en condiciones de prestarla».

anticipadas. Por esta razón, sería recomendable que, en el contexto sanitario, nuestro legislador se pronunciara con respecto al valor de las declaraciones realizadas fuera del marco formal de un documento de voluntades anticipadas, ya sea en su función interpretativa de las instrucciones mismas o ya, en ausencia de documento, para tratar de esclarecer una voluntad presunta del paciente. Entretanto, tiene sentido la opinión de DOMÍNGUEZ LUEMO¹⁶⁵ cuando sostiene que, «en caso de que existan carencias o lagunas en el documento de instrucciones previas, puede acudir al auxilio del representante. Incluso si éste no ha sido nombrado, sería factible acudir a las personas que, según el art. 9 Ley 41/2002 pueden otorgar el consentimiento por sustitución, para que se pudieran arrojar luces sobre una voluntad deficientemente manifestada». De este modo, las opiniones o los deseos previos expresados por el paciente a familiares y a personas allegadas, en momentos y situaciones en los que todavía era capaz, podrían tener relevancia, aunque sujetos a ciertas cautelas, habida cuenta de su mayor indeterminación. En este sentido, puede resultar oportuno exigir «pruebas claras y convincentes» de la voluntad del paciente, como hacía la sentencia *Cruzan*; o bien requerir que la voluntad presunta del paciente se establezca «a partir de indicios concretos», según resulta del § 1827.2 BGB; o incluso limitar el círculo de posibles testigos de la voluntad presunta a familiares y personas allegadas al paciente, como hace el derecho francés. En este sentido, no está de más recordar la opinión del *Oberlandesgericht* de Munich en la sentencia que daba inicio a este trabajo cuando afirmaba que «los supuestos deseos del paciente deben determinarse con gran diligencia, especialmente cuando se trata de interrumpir el tratamiento nutricional»¹⁶⁶.

6.3. Voluntad desconocida del paciente en relación con la retirada de medidas de soporte vital

En último término, si el paciente no otorgó ningún documento de instrucciones previas o de voluntades anticipadas, si este documento no incluye ninguna instrucción relativa a las posibles medidas de soporte vital o bien no es posible conocer la voluntad presunta del paciente con ciertas garantías, no parece que la decisión médica de mantener las medidas constituya una lesión de su derecho a la autodeterminación personal.

En relación con esta cuestión, la doctrina y la jurisprudencia alemanas sostienen que cualquier decisión debería tener en cuenta el bienestar del paciente y la protección de su vida (*in dubio pro vita*)¹⁶⁷. Del mismo modo, algún sector de la doctrina norteamericana opina que, en ausencia de evidencia clara sobre la voluntad del paciente con respecto a las medidas de soporte vital, tiene sentido que «el gobierno pueda extender su defensa general de la vida, estableciendo una regla que, por defecto, la favorezca, es decir, que vele por prolongar la vida»¹⁶⁸. En nuestro ordenamiento jurídico, tales principios podrían encontrar acomodo en la regla del Art. 9.6 Ley 41/2002 cuando, en sede de consentimiento otorgado por el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho al paciente no capaz para tomar decisiones y a personas menores de edad, dispone que «la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al

¹⁶⁵ DOMINGUEZ LUEMO, Derecho sanitario y responsabilidad médica, cit. p. 360.

¹⁶⁶ OLG Munich, 21.12.2017, cit., párr. 45.

¹⁶⁷ Para el derecho alemán, entre otros, SPICKHOFF / DEURING, «Haftung wegen Lebenserhaltung? Zugleich Besprechung von BGH, Urteil v. 2. 4. 2019 – VI ZR 13/18», cit., pp. 822-824. En la jurisprudencia germana, el principio *in dubio pro vita* lo recoge de forma explícita la sentencia del OLG Munich, 21.12.2017, cit.: «[A] menos que existan otras indicaciones, se aplica “in dubio pro vita”» (párr. 45).

¹⁶⁸ FERNANDEZ LYNCH / MATHES / SAWICKI, «Compliance With Advance Directives: Wrongful Living and Tort Law Incentives», cit., pp. 151-152, 162.

mayor beneficio para la vida o salud del paciente». En el caso de decisiones contrarias a dichos intereses, el precepto establece la necesidad de contar con autorización judicial¹⁶⁹, salvo que razones de urgencia impidiesen recabar la autorización «en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad». Aunque el precepto se refiere a situaciones distintas (consentimiento por sustitución) de las que ahora nos ocupan, la regla favorable a la vida parece inspirar también la decisión del legislador español en estos supuestos. En este punto, sin embargo, me parece importante destacar la necesidad de que la protección de la vida vaya siempre acompañada de la idea de bienestar del paciente, en coherencia con el respeto a la dignidad de la persona. Solo así es posible evitar situaciones de encarnizamiento terapéutico y asegurar que el paciente pueda seguir viviendo con el mínimo sufrimiento y la máxima calidad de vida posibles¹⁷⁰.

Declarar la responsabilidad civil del médico que no ha interrumpido el tratamiento en estos casos supondría volver al debate -ya rechazado- sobre si hay vidas que merecen ser vividas y vidas que no. A falta de constatación de lesión al derecho a la autodeterminación del paciente, es su vida la que, por defecto, goza de protección prioritaria. Como se ha expuesto anteriormente, el debate no puede centrarse en torno a si, en comparación con una vida enferma, era mejor para el paciente fallecer pues, como se ha visto, no existe un derecho a no vivir. Tampoco la enfermedad del paciente, con el sufrimiento y el dolor que comporta, puede imputarse al médico, puesto que la alternativa no se da entre vida sana o vida enferma, sino entre continuar la vida enferma o no vivir, sin que el paciente se haya pronunciado al respecto. Este fue el punto de vista del BGH alemán al rechazar la indemnización en el caso que da inicio a este trabajo. Del mismo modo, el *Conseil Constitutionnel* francés, en relación con la constitucionalidad de la ley de reforma del *Code de la Santé Publique* de 2016, que introdujo la versión actualmente vigente señaló que «cuando la voluntad del paciente permanece incierta o desconocida, el médico no puede fundarse en esta sola circunstancia, de la que no puede deducir ninguna presunción, para decidir suspender los tratamientos»¹⁷¹. La regla general resulta clara, aunque el texto de la sentencia francesa introduce un matiz importante. Al precisar que la decisión de suspender el tratamiento «no puede fundarse en esta sola circunstancia» (la desconocida voluntad del paciente), el *Conseil* no excluye que otras posibles circunstancias puedan llegar a justificar la decisión del médico de suspender el tratamiento, para lo que se remite a la acción del legislador, que es quien posee la competencia para establecer y definir legalmente la ya explicada excepción de la «obstinación terapéutica irrazonable». En este sentido, declaraba el *Conseil* que «no pertenece al *Conseil*

¹⁶⁹ En conexión con esta cuestión y con respecto al procedimiento judicial a seguir para obtener la autorización judicial relativa a cualquier actuación que afecte el derecho a la vida de una persona con discapacidad provista de una medida de apoyo de carácter representativo, véase la reciente STC 146/2023, de 26 de octubre de 2023 (BOE) núm. 286, de 30 de noviembre de 2023), que declara la inconstitucionalidad de DA 2ª de la Ley de la Asamblea de Madrid 1/2023, de 15 de febrero, de creación de la Agencia Madrileña para el Apoyo a las Personas Adultas con Discapacidad. La citada Disposición Adicional establecía la necesidad de que la autorización judicial se tramitara a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria. La declaración de inconstitucionalidad del precepto autonómico se basa en la invasión de la competencia general del Estado en materia procesal (Art. 149.1.6 CE), al entender el TC que la norma autonómica regula cuestiones que le están vedadas.

¹⁷⁰ Sobre la problemática jurídica vinculada a la sedación, tanto paliativa como terminal, puede verse SEUBA TORREBLANCA, Joan Carles, «Consentimiento informado y sedaciones», *Indret* 2005, pp. 1-7; FARNÓS AMORÓS, «Comentari a l'Art. 212-3», en EGEA FERNÁNDEZ / FERRER RIBA (DIR.), *Comentari al llibre segon del Codi Civil de Catalunya*, cit., p. 170.

¹⁷¹ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *Décision n° 2017-632 QPC du 2 juin 2017*, p. 11. El texto puede consultarse en: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2017/2017632OPC.htm> [Fecha de consulta: 12.03.2024].

constitutionnel, que no dispone de un poder general de apreciación y de decisión de la misma naturaleza que el del Parlamento, sustituir su valoración por la del legislador sobre las condiciones en las que, en ausencia de voluntad conocida del paciente, el médico puede tomar, en una situación de obstinación terapéutica irrazonable, una decisión de suspender o seguir los tratamientos»¹⁷².

Por la misma razón, al menos mientras nuestro legislador no decida pronunciarse al respecto -lo que sería altamente recomendable- e introduzca una excepción de este tipo, la ausencia o desconocimiento de la voluntad del paciente en torno a la decisión de suspender o mantener los tratamientos de soporte vital no parece que pueda leerse como presunción favorable a la desconexión, sino más bien todo lo contrario.

7. La responsabilidad civil y el daño indemnizable

Lo dicho hasta el momento confirma la opinión ya apuntada, en el sentido de que el respeto de la dignidad humana y el derecho a la autodeterminación personal de los pacientes podría justificar, bajo ciertas circunstancias, la responsabilidad civil del profesional sanitario que ignora la voluntad acreditada del paciente en contra de la aplicación de medidas de soporte vital¹⁷³.

Si, al amparo del derecho a la autodeterminación personal, el ordenamiento jurídico permite a un paciente incorporar la decisión de rechazar tratamientos como parte del contenido válido de un documento de instrucciones previas o de voluntades anticipadas, la responsabilidad civil parece una de las consecuencias lógicas cuando el médico que conoce esta voluntad la frustra e impone un tratamiento que el paciente había rechazado. Lo contrario sería tanto como reconocer, por un lado, un derecho y, por otro, no prever ninguna consecuencia cuando alguien impide negligentemente (o intencionalmente) su ejercicio¹⁷⁴, más allá de una mera declaración de reconocimiento del derecho, como pone de manifiesto la jurisprudencia relativa a transfusiones de sangre impuestas a pacientes testigos de Jehová¹⁷⁵. Como apuntaba el Auto del Tribunal Constitucional Federal alemán en el supuesto de hecho que iniciaba este trabajo «no puede excluirse de entrada que una medida dirigida a mantener la vida en contra de la voluntad del interesado pueda tener consecuencias en materia de responsabilidad»¹⁷⁶.

El mantenimiento de una medida de soporte vital no deseada, además de lesionar la autodeterminación del paciente con el consiguiente perjuicio moral que puede suponer *per se*,

¹⁷² Ibidem.

¹⁷³ Para el derecho alemán, SPICKHOFF / DEURING, «Haftung wegen Lebenserhaltung? Zugleich Besprechung von BGH, Urteil v. 2. 4. 2019 – VI ZR 13/18», cit., p. 823. En la doctrina norteamericana, LOPEZ & VARS, «Wrongful Living», cit., p. 1965; SAWICKI, «A New Life for Wrongful Living», 58 *N.Y.L. Sch. L. Rev.* 279 (2014), 279-302, pp. 279 y ss; FERNANDEZ LYNCH / MATHES / SAWICKI, «Compliance With Advance Directives: Wrongful Living and Tort Law Incentives», cit., pp. 152-153.

¹⁷⁴ FERNANDEZ LYNCH / MATHES / SAWICKI, «Compliance With Advance Directives: Wrongful Living and Tort Law Incentives», cit., pp. 152-153; WILLBORN MALLOY, «Beyond Misguided Paternalism: Resuscitating the Right to Refuse Medical Treatment», cit., p. 1066.

¹⁷⁵ Véase las sentencias expuestas en el epígrafe 6.2(a) de este mismo trabajo.

¹⁷⁶ BVerfG, *Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 07. April 2022*, pár. 20 de la sentencia. 8 En cuanto a la sentencia del Tribunal Supremo Federal, BGH, Urteil vom 02.04.2019 - VI ZR 13/18, véase también el pár. 30.

también puede incrementar su sufrimiento físico y psíquico¹⁷⁷ u originar lesiones corporales de naturaleza diversa. Del mismo modo, el paciente puede sufrir perjuicios económicos en forma de gastos sanitarios y hospitalarios vinculados a la continuación de las medidas. Todos ellos son, de entrada, perjuicios indemnizables desde el punto de vista del derecho de la responsabilidad civil, que derivan de la lesión de un interés jurídico protegido como es la dignidad del paciente y el derecho a su autodeterminación personal.

En nuestro país, la indemnización del daño moral derivado de la lesión de principios y derechos fundamentales viene siendo reconocida por la doctrina¹⁷⁸, el legislador¹⁷⁹ y por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha declarado «la esencial vinculación del daño moral con la vulneración del derecho fundamental» (SSTS, 4ª, 5.10.2017 [ECLI:ES:TS:2017:3908]; 6.2.2019 [ECLI:ES:TS:2019:615]; 19.5.2020 [ECLI:ES:TS:2020:1733])¹⁸⁰; o bien que, en el terreno del derecho al honor, «la existencia del perjuicio se presume siempre que se acredita la intromisión ilegítima» (SSTS, 1ª, 3.11.2022 [ECLI:ES:TS:2022:3970]; 17.4.2023 [ECLI:ES:TS:2023:1476]), presunción que algunas sentencias califican, además, como «iuris et de iure» (SSTS, 1ª, 21.6.2018 [ECLI:ES:TS:2018:2296]; 20.4.2021 [ECLI:ES:TS:2021:1413] 27.6.2023 [ECLI:ES:TS:2023:2894]). En el contexto de las demandas de *wrongful birth* y *wrongful conception*, el Tribunal Supremo también ha indemnizado el daño moral derivado de la «vulneración del derecho de autodeterminación de los padres» (STS, 3ª, 25.5.2010 [ECLI:ES:TS:2010:3000]) o de la «facultad de autodeterminación ligado al principio de dignidad y libre desarrollo de la personalidad» (SSTS, 1ª, 3.10.2000 [ECLI:ES:TS:2000:7033]; 3ª 30.6.2006. [ECLI:ES:TS:2006:5418]; 1ª, 10.5.2007 [ECLI:ES:TS:2007:3216]; 3ª, 19.5.2015 [ECLI:ES:TS:2015:2494]). Asumiendo la esencial diferencia entre este tipo de demandas y los supuestos que ahora se analizan, la reflexión que hace el Tribunal Supremo en torno a la indemnización del daño moral derivada de la vulneración a la autodeterminación personal en los supuestos relativos a hijos inicialmente no deseados resulta perfectamente extrapolable al caso de los tratamientos vitales forzosos.

Alguna sentencia norteamericana ha propuesto reconocer tan solo indemnizaciones nominales, particularmente si la infracción del derecho a la autodeterminación del paciente no repercute en

¹⁷⁷ Como observa, en la doctrina alemana, ZIMMERMANN, «Schmerzensgeld für lebensverlängernde Maßnahmen aus haftungsrechtlicher Perspektive», cit., pp. 108-109, los perjuicios consistentes en el dolor o sufrimiento físico o psíquico que la continuación de la vida provoca en el paciente son distintos del daño moral que deriva estrictamente de la lesión a su autodeterminación personal, puesto que este último existirá incluso en los casos en los que el paciente carece de sensibilidad o de conciencia.

¹⁷⁸ MARTÍN CASALS, Miquel / SOLÉ FELIU, Josep, «El daño moral», en CÁMARA LAPUENTE, Sergio (COORD.), *Derecho Privado Europeo*, Madrid, Colex, 2003, p. 872-876; AGUILERA RULL, Ariadna, «Daño moral por discriminación», en GÓMEZ POMAR, Fernando / MARÍN GARCÍA, Ignacio (DIR.), *El daño moral y su cuantificación*, 2ª, Bosch, Barcelona, 2017, p. 571 quien, en relación con el derecho a la no discriminación, habla de «automaticidad entre la constatación de una lesión del derecho fundamental y el reconocimiento del daño» y de «presunción del daño moral», cuyo origen encuentra en 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*.

¹⁷⁹ Entre otros, por ejemplo, en 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*; o bien en la Ley 53/2003, de 2 de diciembre (Art. 9.3), en la Ley 3/2007, de 22 de marzo, *de igualdad efectiva de mujeres y hombres*, en relación con conductas discriminatorias (Art. 72.1); en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, *reguladora de la jurisdicción social* (Art. 183).

¹⁸⁰ Sobre la cuestión, en el contexto de la vulneración de derechos fundamentales como consecuencia de despido laboral declarado nulo, véase Belén GARCÍA ROMERO, «Indemnización adicional por daño moral derivado de la vulneración de derechos fundamentales en el supuesto en el que, por dicha vulneración, el despido es declarado nulo», *Revista de jurisprudencia laboral*, 4/2002, pp. 1-9.

una lesión física directa¹⁸¹. Sin embargo, ello es tanto como otorgar a la sentencia una función meramente declarativa del derecho y obviar la función esencialmente compensatoria de la responsabilidad civil¹⁸². Al respecto, conviene recordar que, en nuestro ordenamiento jurídico, ha sido el propio Tribunal Supremo quien ha rechazado la posibilidad de que las indemnizaciones tengan carácter simbólico, señalando que es «doctrina reiterada de esta sala que no son admisibles las indemnizaciones de carácter meramente simbólico», las cuales resultan «a todas luces insuficientes para reparar el daño moral causado» (STS 1ª, 10.5.2021 [ECLI:ES:TS:2021:1875]). Conforme a ello, la reparación debe ser «acorde con el relieve de los valores e intereses en juego, puesto que se trata de proteger el derecho fundamental no en sentido teórico e ideal, sino como derecho real y efectivo, no convirtiendo la garantía jurisdiccional en un acto meramente ritual o en un puro formalismo incompatible con el contenido de los arts. 1.1, 9.1 y 53.2 CE» (entre otras muchas, SSTS, 1ª, 12.12.2011 [ECLI:ES:TS:2011:8688]; 10.5.2021 [ECLI:ES:TS:2021:1875]; 13.1.2022 [ECLI:ES:TS:2022:3970]; 17.4.2023 [RJ 2023\2536]; 27.6.2023 [ECLI:ES:TS:2023:1476]). Tales reflexiones son perfectamente aplicables al grupo de supuestos que está siendo analizado, sin que la supuesta dificultad para cuantificar el daño moral en estos casos pueda ser un argumento atendible, puesto que no se trata de una dificultad mayor que la que pueda existir en otros casos relativos a la infracción de otros derechos fundamentales.

Una vez constatada la lesión del derecho a la autodeterminación personal, tampoco se ven obstáculos para admitir la indemnización de los perjuicios psico-físicos asociados al mantenimiento forzoso de los mecanismos de soporte vital. Se trata de perjuicios tales como lesiones pulmonares o laringotraqueales provocadas por la intubación, traumatismos torácicos y lesiones abdominales motivados por la aplicación de técnicas de reanimación cardiopulmonar¹⁸³, quemaduras o lesiones a tejidos como consecuencia del empleo de un desfibrilador, infecciones, asepsias, etc. Todos ellos, son perjuicios directamente vinculados, desde el punto de vista causal, a las medidas cuya aplicación ha sido impuesta al paciente en contra de su voluntad, tanto en sentido fáctico como desde el punto de vista de la imputación objetiva, por lo que, en principio, deberían poder indemnizarse¹⁸⁴.

Por último, en cuanto a los perjuicios económicos causados por el mantenimiento no consentido de las medidas de soporte vital, de entrada, no parecen plantear problemas desde el punto de vista de la causalidad fáctica: parece evidente que, si las medidas hubieran cesado, los gastos hospitalarios y sanitarios asociados a ellas, no hubiesen tenido lugar. Así lo admiten la doctrina y alguna jurisprudencia norteamericanas¹⁸⁵. Del mismo modo, en la sentencia expuesta al principio de este trabajo, el BGH alemán tampoco cerraba la puerta a su indemnización

¹⁸¹ Así ocurrió, por ejemplo, en la citada sentencia *Anderson v. St. Francis-St. George Hosp.* 671 N.E.2d 225 (Ohio 1996).

¹⁸² En este sentido, en la doctrina norteamericana, LOPEZ & VARS, «Wrongful Living», cit., p. 1968. En la doctrina alemana, rechaza también la concesión de indemnización simbólicas, ZIMMERMANN, «Schmerzensgeld für lebensverlängernde Maßnahmen aus haftungsrechtlicher Perspektive», cit., p. 109.

¹⁸³ *Anderson v. St. Francis-St. George Hosp.*, 614 N.E.2d 841, 846 (Ohio Ct. App. 1992); caso resuelto en apelación por la Corte de Apelación de Ohio [1995 WI 109128 (Ohio Ct. App. Mar. 15, 1995), rev'd, 671 N.E.2d 225 (Ohio 1996)].

¹⁸⁴ En la misma línea, SAWICKI, «A New Life for Wrongful Living», cit., p. 293.

¹⁸⁵ Véase, sobre este punto, SAWICKI, «A New Life for Wrongful Living», cit., pp. 293-294, con cita de la sentencia *Gragg v. Calandra* (696 N.E.2d 1282, 1286 (Ill. App. Ct. 1998)), si bien reconoce que, en el caso, el tribunal rechazó finalmente la indemnización por no estar clara la voluntad del paciente acerca de la continuación o supresión de las medidas.

apoyándose en su propia jurisprudencia relativa a las demandas sobre el nacimiento de hijos inicialmente no deseados, aunque, en el caso concreto, acabó rechazando la indemnización por considerar que no entraban dentro de los perjuicios imputables objetivamente a la conducta del médico demandado. Al respecto, hay que recordar que, en el caso resuelto por la sentencia alemana, la negligencia del médico se refería al incumplimiento del deber de información con respecto al *Betreuer* y no respecto del paciente mismo. Por ello, afirmaba la sentencia, los deberes de información del médico frente al *Betreuer* «no se dirigen a proteger al paciente frente a las cargas económicas asociadas a la continuación de su vida», sino «sólo a dar cumplimiento al derecho a la autodeterminación del paciente, que el *Betreuer* debe ejercer»¹⁸⁶. Al mismo tiempo, en la medida que la demanda la interpuso, *iuris hereditatis*, el hijo del paciente fallecido, el BGH observó que el deber de información sanitaria del médico tampoco sirve «para garantizar que el patrimonio del paciente se conservará de la manera más íntegra posible para los herederos»¹⁸⁷.

A mi modo de ver, resulta claro que, entre las consecuencias razonablemente previsibles para un profesional que incumple la voluntad clara de un paciente contraria a la aplicación de un tratamiento de soporte vital, se incluyen los gastos provocados por el tratamiento en cuestión y, por ello, deberían ser objeto de indemnización. La razón es la misma que explica que este tipo de perjuicios también se indemnicen en las sentencias relativas a demandas por *wrongful birth* (SSTS 3ª, 25.5.2010 [ECLI:ES:TS:2010:3000]; 19.5.2015 [ECLI:ES:TS:2015:2494]). No obstante, en mi opinión, tan solo deberían indemnizarse aquellos gastos asociados directamente al tratamiento forzoso y no los gastos generales de alimentos o manutención¹⁸⁸. Regirían aquí las mismas razones que llevan a rechazar la indemnización de los costes de los alimentos derivados del nacimiento de hijos no deseados o nacidos con una malformación: los alimentos normales son de cuenta de cada uno o, en defecto, de las personas legalmente obligadas a prestarlos, sin que puedan trasladarse a terceros. Como resumía bien la SAP Tarragona 23.10.2002 [ECLI:ES:APT:2002:1636], «el deber legal de alimentos, como obligación legal inalienable, viene impuesta a los padres por el artículo 154 del Código Civil, no pudiéndose desplazar dicha responsabilidad a terceros, aunque pretenda disfrazarse como contribución a los gastos de crianza de unas hijas». En cambio, sí deberían indemnizarse los gastos derivados de alimentos extraordinarios que van más allá de lo normal y se asocian a la aplicación del tratamiento de supervivencia no deseado (por ejemplo, el sobrecoste provocado por líquidos y sustancias necesarias para la nutrición o hidratación artificiales). Como declaran, entre otras, las SSTS 3ª, 25.5.2010 [ECLI:ES:TS:2010:3000] y 20.3.2012 [ECLI:ES:TS:2012:1673], relativas a supuestos de *wrongful birth*, «los gastos derivados de la crianza de los hijos no constituyen un daño en circunstancias normales; pero cuando las circunstancias se separan de lo normal implicando una carga económica muy superior a la ordinaria (...) puede haber daño y proceder la indemnización». El mismo razonamiento creo que es aplicable a los gastos de manutención forzosa del paciente que había rechazado la aplicación de la medida.

8. Conclusiones

Este trabajo responde afirmativamente a la pregunta relativa a si la imposición forzosa de un tratamiento de soporte vital no querido por el paciente puede generar, bajo ciertas

¹⁸⁶ Véanse los párr. 41-42 de la sentencia.

¹⁸⁷ Párrafo 42 de la sentencia.

¹⁸⁸ A favor de indemnizar los gastos de manutención, en la doctrina norteamericana, FERNANDEZ LYNCH / MATHES / SAWICKI, «Compliance With Advance Directives: Wrongful Living and Tort Law Incentives», cit., pp. 171-172.

circunstancias, responsabilidad civil. Para ello, será preciso que se cumplan todos los presupuestos exigidos por el derecho de la responsabilidad civil. Ahora bien, cualquiera que sea el fundamento en qué se base la indemnización, éste no puede encontrarse en la calificación de la vida misma como daño. La dignidad humana impide calificar la vida de una persona como daño, pues toda vida es igualmente digna de ser vivida, con independencia de si se trata de una vida enferma o sufriente¹⁸⁹. Como declara el BGH alemán en la sentencia relativa al caso planteado al inicio del trabajo, «[E]l sufrimiento inherente a la vida relacionado con la enfermedad, el cual se prolonga como consecuencia de la aplicación de medidas de soporte vital, no puede considerarse en sí mismo un daño, porque no puede separarse de la vida»¹⁹⁰.

Por consiguiente, el fundamento de una posible indemnización hay que buscarlo en la protección de otro interés distinto, vinculado al ejercicio del derecho a la autodeterminación personal, en relación con la libertad, la dignidad humana y la integridad corporal. En ciertos casos, como aquellos que son objeto de análisis en este trabajo, tales derechos y principios pueden prevalecer frente al derecho a la vida, si la continuación de esta en contra de la voluntad del paciente conduce a vivirla de una manera que el propio paciente considera indigna. Así lo reconoce, para el contexto eutanásico, el Preámbulo de la LO 2/2021, de 24 de marzo, *de regulación de la eutanasia*, y lo reitera la reciente STC 19/2023, de 22 de marzo, que confirma la constitucionalidad de la Ley, al declarar que «la decisión de poner fin a la propia vida, adoptada libre y conscientemente por quien, estando en pleno uso de sus facultades mentales, se encuentra inmerso en una situación de sufrimiento extremo por causas médicas especialmente graves, irreversibles y objetivamente contrastables, es una de las decisiones vitales amparadas por el derecho de autodeterminación de la persona que deriva de los derechos fundamentales a la integridad física y moral (art. 15 CE) en conexión con el reconocimiento de los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)» (FJ 6). En relación con el derecho a decidir sobre el tratamiento médico y sus posibles consecuencias, la misma sentencia señala que «escoger entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas, es "la manifestación más importante de los derechos fundamentales que pueden resultar afectados por una intervención médica" sin que se vea limitada por una previsible consecuencia de muerte» (STC 19/2023, de 22 de marzo, FJ 6). Se trata de una jurisprudencia coherente con la del TEDH, entre otras, en las sentencias *Pretty*, *Lambert o Mortier*¹⁹¹.

Sin embargo, para que la voluntad libre del paciente dirigida a rechazar un tratamiento de soporte vital produzca efectos, es preciso que se haya expresado de forma válida y clara. Por esta razón, resulta fundamental distinguir aquellos supuestos en los que esta voluntad es conocida y se encuentra formalizada en un documento de instrucciones previas o de consentimiento informado, de aquellos otros en los que se trata de una voluntad presunta. Y ambos supuestos,

¹⁸⁹ SPICKHOFF / DEURING, «Haftung wegen Lebenserhaltung? Zugleich Besprechung von BGH, Urteil v. 2. 4. 2019 – VI ZR 13/18», cit., p. 820; ZIMMERMANN, «Schmerzensgeld für lebensverlängernde Maßnahmen aus haftungsrechtlicher cit., pp. 104-109

¹⁹⁰ Ibidem pár. 28.

¹⁹¹ Así, por ejemplo, en la sentencia *Pretty c. Reino Unido*, STEDH de 29 de abril de 2002, el Tribunal, al amparo de la protección de la vida privada y familiar del Art. 8.1 CEDH, declaró que «...en la esfera del tratamiento médico, el rechazo a aceptar un particular tratamiento podría, inevitablemente, conducir a un resultado fatal, pero imponer un tratamiento médico sin el consentimiento de un paciente adulto mentalmente competente interferiría en la integridad física de una persona en forma tal que puede comprometer los derechos protegidos en el Art. 8.1 de la Convención».

además, deben distinguirse del caso en que la voluntad del paciente directamente se desconoce. Las consecuencias en el terreno de la responsabilidad civil diferirán en uno y otros casos.

Así, cuando la voluntad del paciente capaz es conocida, clara y está válidamente formalizada, el incumplimiento médico de una instrucción de rechazo a una medida de soporte vital puede lesionar su derecho a la autodeterminación personal y dar lugar a la responsabilidad civil por parte del médico incumplidor, incluso cuando la interrupción del tratamiento pueda llevar al fallecimiento del paciente¹⁹².

Dado los intereses en juego, en estos casos suelen exigirse estándares de prueba elevados¹⁹³, lo que plantea la duda en torno al valor que puede tener la voluntad presunta del paciente, manifestada en declaraciones a parientes o personas allegadas, fuera del marco formal de un documento de instrucciones previas. Algunos países abordan la cuestión por vía legislativa o jurisprudencial y suelen asignar cierto valor a las declaraciones no formalizadas del paciente, sujetándolas a determinados requisitos y limitaciones. Entre ellas, la necesidad de que la voluntad presunta se determine sobre la base de «indicios concretos» (§ 1827.2 BGB); o venga apoyada por «pruebas claras y convincentes» (*Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*)¹⁹⁴; o bien mediante la delimitación del círculo de personas cuyo testimonio acerca de los deseos del paciente puede resultar relevante, como es el caso del artículo R4127-37-2(1). *Code de la Santé Publique* francés, que habla «de la persona de confianza o, en su defecto, de la familia o de uno de los allegados que dé testimonio de los deseos expresados por el paciente». En el ordenamiento español, a falta de regulación al respecto, cautelamos como las que se acaban de citar podrían ofrecer a los tribunales criterios razonables con los que abordar la cuestión¹⁹⁵.

Una vez reconocida la lesión del derecho a la autodeterminación del paciente en los supuestos en los que el profesional impone un tratamiento de soporte vital en contra de la voluntad conocida del paciente, la responsabilidad civil aparece como una consecuencia lógica si no quiere reducirse la tutela jurídica a una simple declaración de reconocimiento de un derecho, vacía de cualquier otro contenido¹⁹⁶. Admitir la responsabilidad civil implica reconocer la indemnización del daño moral derivado de la lesión misma del derecho a la autodeterminación personal, en tanto que vinculada a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad, como viene reconociendo nuestra jurisprudencia en relación con las demandas de *wrongful conception* y

¹⁹² STC 37/2011, de 28 de marzo de 2011 (BOE núm. 101, de 28 de abril de 2011), FJ 6; STC 19/2023, de 22 de marzo (BOE) núm. 98, de 25 de abril de 2023), FJ 6.

¹⁹³ SPICKHOFF / DEURING, «Haftung wegen Lebenserhaltung? Zugleich Besprechung von BGH, Urteil v. 2. 4. 2019 – VI ZR 13/18», cit., pp. 823-824.

¹⁹⁴ 497 U.S. 261 (1990). La sentencia puede consultarse en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/497/261/> [Fecha de consulta: 25.4.2024].

¹⁹⁵ En nuestra doctrina y, a los efectos de cubrir las carencias o lagunas de un documento de instrucciones previas, DOMINGUEZ LUELMO, Derecho sanitario y responsabilidad médica, cit. p. 360 se refiere al auxilio del representante o, en su defecto, de las personas llamadas a prestar el consentimiento por sustitución en el art. 9 de la Ley 41/2002 «para que se pudieran arrojar luces sobre una voluntad deficientemente manifestada» por quien otorgó un documento de voluntades anticipadas.

¹⁹⁶ En la doctrina norteamericana, por todos, SAWICKI, «A New Life for Wrongful Living», 58 *N.Y.L. Sch. L. Rev.* 279 (2014), 279-302, pp. 279 y ss; FERNANDEZ LYNCH / MATHES / SAWICKI, «Compliance With Advance Directives: Wrongful Living and Tort Law Incentives», cit., pp. 152-153. En la jurisprudencia canadiense, esta solución ha sido acogida por la sentencia *Malette v. Schulman* (1990), 72 O.R. (2D) 417 (C.A.).

*wrongful birth*¹⁹⁷. Igualmente, resultan indemnizables los perjuicios psico-físicos causalmente vinculados a la aplicación de los mecanismos de soporte vital rechazados por el paciente, tales como traumatismos y lesiones físicas provocadas por la intubación, la aplicación de técnicas de reanimación cardiopulmonar, quemaduras o lesiones producidas por desfibriladores, etc¹⁹⁸.

En cuanto a los perjuicios económicos, también deberían ser objeto de indemnización los gastos médicos y sanitarios asociados a la aplicación forzosa del tratamiento no querido de soporte vital¹⁹⁹. Sin embargo, en relación con los costes de manutención del paciente, la indemnización tan solo debería incluir los costes extraordinarios vinculados al tratamiento mismo que vayan más allá de los alimentos normales, pues son los únicos que resultan objetivamente imputables a la conducta del médico que omitió el rechazo del paciente al tratamiento en cuestión (por ejemplo, el sobre coste provocado por líquidos y sustancias necesarias para la nutrición o hidratación artificiales). Los alimentos normales deben ser asumidos con cargo al patrimonio mismo del paciente o por aquellos a quienes la ley impone el deber legal de prestarlos²⁰⁰.

Por el contrario, cuando la voluntad del paciente acerca del rechazo a tratamientos de soporte vital se desconoce, no cabe deducir de ello una presunción favorable a rechazar el tratamiento²⁰¹. A salvo de excepciones y matices que pudiera establecer el legislador, la regla por defecto en estos casos favorece el derecho a la vida del paciente²⁰². En nuestro ordenamiento jurídico, esta idea encontraría acomodo en el principio que inspira la regla del Art. 9.6 Ley 41/2002 cuando, al ocuparse del consentimiento por sustitución en relación con personas menores de edad y pacientes no capaces para tomar decisiones, establece que «la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente», remitiéndose a la autorización judicial para aquellos casos en que la decisión médica sea contraria a tales intereses. Si no fuere posible recabar la autorización judicial, la norma exonera a los profesionales sanitarios que adoptan medidas dirigidas a salvaguardar la vida o la salud del paciente, al amparo de las causas de justificación de cumplimiento de un deber y estado de necesidad. En cualquier caso, los profesionales sanitarios no quedan eximidos de velar por el bienestar del paciente, de modo que el principio de dignidad de la persona conduce a la necesidad de acompañar la protección de la vida del paciente con la búsqueda de su bienestar, garantizando el menor sufrimiento y la mayor calidad de vida posibles.

¹⁹⁷ Entre otras, STS, 3ª, 30.6.2006. [ECLI:ES:TS:2006:5418]; 25.5.2010 [ECLI:ES:TS:2010:3000]; 19.5.2015 [ECLI:ES:TS:2015:2494]; SSTS, 1ª, 3.10.2000 [ECLI:ES:TS:2000:7033]; 10.5.2007 [ECLI:ES:TS:2007:3216].

¹⁹⁸ En la misma línea, SAWICKI, «A New Life for Wrongful Living», cit., p. 293.

¹⁹⁹ Dichos gastos también se indemnizan en el contexto de las demandas de «wrongful virth» (SSTS 3ª, 25.5.2010 [ECLI:ES:TS:2010:3000]; 19.5.2015 [ECLI:ES:TS:2015:2494]).

²⁰⁰ El mismo argumento, en relación con las demandas de «wrongful birth», puede verse en las SSTS 3ª, 25.5.2010 [ECLI:ES:TS:2010:3000] y 20.3.2012 [ECLI:ES:TS:2012:1673].

²⁰¹ Como ha reconocido también el CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *Décision n° 2017-632 QPC du 2 juin 2017*, párr. 11, según el cual «cuando la voluntad del paciente permanece incierta o desconocida, el médico no puede fundarse en esta sola circunstancia, de la que no puede deducir ninguna presunción, para decidir suspender los tratamientos» (<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2017/2017632QPC.htm> [Fecha de consulta: 12.03.2024]).

²⁰² Para el derecho alemán, entre otros, SPICKHOFF / DEURING, «Haftung wegen Lebenserhaltung? Zugleich Besprechung von BGH, Urteil v. 2. 4. 2019 – VI ZR 13/18», cit., pp. 822-824. En la doctrina norteamericana, vide FERNANDEZ LYNCH / MATHES / SAWICKI, «Compliance With Advance Directives: Wrongful Living and Tort Law Incentives», cit., pp. 151-152, 162.

9. Jurisprudencia

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Sanles Sanles c. España, sentencia de 26 de octubre de 2000, núm. 48335/99.

Pretty c. Reino Unido, sentencia de 29 de abril de 2002, núm. 2346/02.

Koch c. Alemania, sentencia de 19 de julio de 2012, núm. 497/09.

Lambert y otros c. Francia, sentencia de 5 de junio de 2015, núm. 46043/14.

Mortier c. Bélgica, sentencia de 4 de octubre de 2022, núm. 78017/17.

Reyes Jimenez c. Spain, sentencia de 8 de marzo de 2022, núm. 57020/18.

Jurisprudencia española

Tribunal Constitucional

STC 37/2011, de 28 de marzo de 2011 (BOE núm. 101, de 28 de abril de 2011).

STC 19/2023, de 22 de marzo de 2023 (BOE» núm. 98, de 25 de abril de 2023).

STC 146/2023, de 26 de octubre de 2023 (BOE» núm. 286, de 30 de noviembre de 2023).

Tribunal Supremo

STS, 1ª, 5.6.1998 [ECLI:ES:TS:1998:3675]

STS, 1ª, 3.10.2000 [ECLI:ES:TS:2000:7033]

STS 3ª 30.6.2006 [ECLI:ES:TS:2006:5418]

STS 1ª, 10.5.2007 [ECLI:ES:TS:2007:3216]

STS, 4ª, 4.11.2008 [ECLI:ES:TS:2008:5899]

STS, 3ª, 25.5.2010 [ECLI:ES:TS:2010:3000]

STS, 1ª, 12.12.2011 [ECLI:ES:TS:2011:8688]

STS, 3ª, 20.3.2012 [ECLI:ES:TS:2012:1673]

STS 3ª, 19.5.2015 [ECLI:ES:TS:2015:2494]

STS, 4ª, 5.10.2017 [ECLI:ES:TS:2017:3908]

STS, 1ª, 21.6.2018 [ECLI:ES:TS:2018:2296]

STS, 4ª, 6.2.2019 [ECLI:ES:TS:2019:615]

STS, 4ª, 19.5.2020 [ECLI:ES:TS:2020:1733])

STS, 1ª, 20.4.2021 [ECLI:ES:TS:2021:1413]

STS 1ª, 10.5.2021 [ECLI:ES:TS:2021:1875]

STS, 1ª, 13.1.2022 [ECLI:ES:TS:2022:3970]

STS, 1ª, 3.11.2022 [ECLI:ES:TS:2022:3970]

STS, 1ª, 17.4.2023 [ECLI:ES:TS:2023:1476]

STS, 1ª, 27.6.2023 [ECLI:ES:TS:2023:2894]

Tribunales Superiores de Justicia

STSJ Aragón, Cont., 12.7.2012 [ECLI:ES:TSJAR:2012:919]

Audiencias Provinciales

SAP Navarra, Sec. 1ª, 26.1.1999 [AC 1999\3020]

AAP de Vizcaya, Sec. 6ª, 6.7.2001 [ARP\2001\749]

AAP Ciudad Real, Sec. 1ª, 31.12.2001 [ECLI:ES:APCR:2001:86A]

SAP Tarragona 23.10.2002 [ECLI:ES:APT:2002:1636]

AAP Toledo, Sec. 2ª, de 8.4.2003 [ECLI:ES:APTO:2003:134A]

AAP Guipúzcoa, Sec. 2ª, 22.9.2004 [ECLI:ES:APSS:2004:503A]

AAP Lleida, Sec. 1ª, 25.1.2011 [ECLI:ES:APL:2011:32A]

AAP Vizcaya, Sec. 2ª, 26.3.2018 [ECLI:ES:APBI:2018:564A]

AAP Lleida, Sec. 1ª, 9.12.2021 [ECLI:ES:APL:2020:857A]

Jurisprudencia alemana

BVerfG, 28. Mai 1993 - 2 BvF 2/90

BVerfG, Beschluss v. 07. April 2022.

BGH 18. Januar 1983 - VI ZR 114/81.

BHG 16. November 1993 - VI ZR 105/92.

BGH 17. September 2014 - XII ZB 202/13.

BGH 2. April 2019. VI ZR 13/19.

OLG München, 21. Dezember 2017-1 U 454/17.

OLG München, 31. Januar 2002, 1 U 4705 / 98, NJW-RR 2002.

Jurisprudencia norteamericana y canadiense

Fulton-DeKalb Hospital Authority v. Graves, 314 S.E.2d 653, 654 (Ga. 1984).

Cruzan v. Director, Missouri Department of Health, 497 U.S. 261 (1990).

Malette v. Schulman (1990), 72 O.R. (2D) 417 (C.A.)

Werth v. Taylor, 475 N.W.2d 426 (Mich. App. 1991)

Anderson v. St. Francis-St. George Hospital, 671 N.E.2d 225 (Ohio 1996).

Gragg v. Calandra, 696 N.E.2d 1282, 1286 (Ill. App. Ct. 1998)

Jurisprudencia francesa

Conseil Constitutionnel Décision n° 2017-632 QPC du 2 juin 2017.

10. Bibliografía

AGUILERA RULL, Ariadna, «Daño moral por discriminación», en Fernando GÓMEZ POMAR / Ignacio MARÍN GARCÍA (DIR.), *El daño moral y su cuantificación*, 2ª, Bosch, Barcelona, 2017, pp. 558-585.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar, «Las voluntades anticipadas (el testamento vital) en el ordenamiento jurídico español», *Revista de Derecho Privado*, mayo-junio 2020, pp. 3-33.

BETANCOR, Juana Teresa, «El testamento vital», *Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología*, n° 9/1995, 97-112.

CORCOY BIDASOA, Mirentxu, «Alzheimer y derechos de la persona», en CASADO, Maria (COMP.), *El Alzheimer: problemas éticos y jurídicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002 (publicación disponible en acceso abierto, consultable en <https://www.bioeticayderecho.ub.edu/es/libro-alzheimer-problemas-eticos-y-juridicos> [Fecha de consulta: 28.02.2024]).

DOBBS, Dan B. / HAYDEN, Paul T. / BUBLICK, Ellen M., *The Law of Torts*, 2nd., vol. 1, Thomson Reuters-West, St. Paul, Minn., 2011.

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

ECHEVARRÍA DE RADA, Teresa, «Voluntades anticipadas: cuestiones controvertidas», *Aranzadi Civil-Mercantil. Revista Doctrinal*, n° 6, 2017, 71-113.

FARNÓS AMORÓS, Esther, «Comentari a l'Art. 212-3», en EGEA FERNÁNDEZ, Joan / FERRER RIBA, Josep (DIR.), *Comentari al llibre segon del Codi Civil de Catalunya. La persona física i les institucions de protecció de la persona*, Atelier, Barcelona, 2017.

FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, «Naturaleza y eficacia de los documentos de instrucciones previas», *IUS ET SCIENTIA: Revista electrónica de Derecho y Ciencia*, n. 1, 2017, 150-160.

FERNANDEZ LYNCH, Holly / MATHES, Michele / SAWICKI, Nadia N., «Compliance With Advance Directives: Wrongful Living and Tort Law Incentives», 29(2) *Journal of Legal Medicine* 133 (2008).

FLEMING, John G., *The Law of Torts*, 9th., The Law Book Co., Sydney, 1998.

GÓMEZ TABOADA, Jesús, «El documento de voluntades anticipadas en Cataluña: una aproximación notarial», en LÁZARO, Carmen María (Coord.), *El consentimiento del paciente en el Código Civil Catalán*, Barcelona, IESF. Universitat Internacional de Catalunya, 2012, 111-144.

GONZÁLEZ CARRASCO, M^a del Carmen, «La prestación del consentimiento informado en materia de salud en el nuevo sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad», *Derecho Privado y Constitución*, n^o 39, 2021, pp. 213-247.

LAUFS, Adolf / KATZENMEIER, Christian / LIPP, Volker, *Arztrecht*, 8. Aufl, CH Beck, München, 2021.

LOPEZ, Alberto B. / VARS, Fredrick E., «Wrongful Living», *Iowa L. Rev.*, Vol. 104:1921 (2019).

MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconcepcionales y prenatales: (las llamadas acciones de "wrongful birth" y "wrongful life")*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

MACÍA MORILLO, Andrea, «Una visión general de las acciones de responsabilidad por "wrongful birth" y "wrongful life" y de su tratamiento en nuestro ordenamiento jurídico», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, N^o. 10, 2006, pp. 65-94.

MARTÍN-CASALS, Miquel / SOLÉ FELIU, Josep, «Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos», *Indret* 03/2001, pp. 1-16.

MARTÍN CASALS, Miquel / SOLÉ FELIU, Josep, «El daño moral», en CÁMARA LAPUENTE, Sergio (COORD.), *Derecho Privado Europeo*, Colex, Madrid, 2003.

MARTÍN-CASALS, Miquel / SOLÉ FELIU, Josep, «Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar (wrongful birth). Comentario a la STS, 1^a, 18.12.2003», *Indret* 2/2004, pp. 1-12.

MARTÍN CASALS, Miquel / SOLÉ FELIU, Josep, «Comentario a la STS 18 de mayo de 2006. Responsabilidad sanitaria derivada del nacimiento de un hijo con síndrome de Down», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 73/2007, pp. 517-542.

MARTÍN-CASALS, Miquel / SOLÉ FELIU, Josep, «Comentario al Art. 1902», en Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO (DIR.), *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

MüKoBGB/ SCHNEIDER, *Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch. Familienrecht II*, 9. Aufl., München, C.H.Beck, 2024.

NAVARRO MICHEL, Mónica «Advance Directives autonomy enhancers: reality or mith?», *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 7, 2006, 1-2.

NAVARRO MICHEL, Mónica, «Médicos, familia y pacientes: sobre las voluntades anticipadas», *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 106, núm. 3, 2007, 687-718.

ODDI, A. Samuel, «The Tort of Interference with the Right to Die: The Wrongful Living Cause of Action», *75 Geo. L.J.* 625 (1986).

OMLOR, Sebastian, «Haftung wegen Lebenserhaltung durch künstliche Ernährung», *JuS* 6/2019, pp. 577-579.

PRÜTTING, Jens, «Lebenserhaltung als Haftungsmoment-Eine kritische Analyse», *Zeitschrift für Lebensrecht (ZfL)*, 3/2018, 94-103.

SAWICKI, Nadia N., «A New Life for Wrongful Living», 58 *N.Y.L. Sch. L. Rev.* 279 (2014), 279-302.

SEUBA TORREBLANCA, Joan Carles, «Consentimiento informado y sedaciones», *Indret* 2005, 1-7.

SPICKHOFF, Andreas / DEURING, Silvia, «Haftung wegen Lebenserhaltung? Zugleich Besprechung von BGH, Urteil v. 2. 4. 2019 – VI ZR 13/18», *JZ* 17/2019, 815-824.

TORRELLES TORREA, Esther, «La voluntad anticipada, la voluntad hipotética y el "mayor beneficio para la vida y salud del paciente" en el consentimiento informado de las personas con discapacidad en el ámbito sanitario», *InDret* 3/2022, pp. 76-113.

WILBORN, S. Elizabeth, «The Right to Refuse Medical Treatment: Where There Is a Right, There Ought to Be a Remedy», 25 *N. Ky. L. REV.* 649 (1998), pp. 649 y ss.

WILBORN MALLOY, S. Elizabeth, «Beyond Misguided Paternalism: Resuscitating the Right to Refuse Medical Treatment», 33 *Wake Forest L. Rev.* 1035 (1998), pp. 1035-1091.

YLLERA SANZ, Carolina, «¿Cumplimos nuestros deberes respecto a los Documentos de Voluntades Anticipadas?», *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 32, septiembre 2014, pp. 82-94.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general*, 9ª, Dykinson, Madrid, 2023.

ZIMMERMANN, Anton S., «Schmerzensgeld für lebensverlängernde Maßnahmen aus haftungsrechtlicher Perspektive - Anmerkung zu OLG München v. 21.12.2017, Az. 1 U 454/17», *Zeitschrift für Lebensrecht*, 3/2018, 104-109.

Encaje de los sistemas de IA en la definición de producto en la legislación de productos defectuosos

Análisis de la legislación vigente con la vista puesta en la Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo de 28 de septiembre de 2022 (COM/2022/495).

Sumario

-

La legislación vigente de productos defectuosos, resultado de la transposición de la Directiva 85/374, está llamada a regular los daños causados por aquellos bienes que adolecen de falta de seguridad, incluidos los sistemas de inteligencia artificial, mientras no entre en vigor la Directiva recientemente aprobada para su sustitución. Dicha normativa constituye una herramienta muy poderosa para asegurar a la víctima una compensación adecuada por los daños que la misma contempla, cada vez más frecuentes en una sociedad digitalizada. Pero quien se enfrenta a la interpretación y aplicación de dicha normativa a los sistemas de inteligencia artificial, se topa con una realidad compleja y difícil de reconducir a los conceptos y definiciones generales que la misma contempla.

En el trabajo se abordan, en concreto, las dificultades de encaje de los sistemas de inteligencia artificial (y sus componentes) en la definición de producto en el ámbito de aplicación de esta normativa. El estudio de esta cuestión reviste cierta complejidad, debido a varias razones: no está claro que debe entenderse por inteligencia artificial, su estrecha dependencia de los datos y de ciertos servicios para cumplir alguna de sus funciones, así como su carácter abierto y su continua modificación, mediante actualizaciones y mejoras. A todo ello, debe añadirse que los sistemas de IA pueden comercializarse de distintas formas (como producto autónomo o como parte componente de otro) con consecuencias de régimen aplicable. Y, finalmente, que los propios sistemas de inteligencia artificial se pueden distribuir o comercializar como servicio, lo que exige analizar si los daños causados por estos se hallan o no comprendidos en el ámbito de aplicación de la legislación específica sobre productos defectuosos.

Abstract

-

The current legislation on defective products, resulting from the transposition of Directive 85/374, is intended to regulate damage caused by goods that suffer from a lack of safety, including artificial intelligence systems, until the recently approved Directive to replace them enters into force. This regulation is a very powerful tool to ensure that the victim receives adequate compensation for the damages that it entails, which are increasingly frequent in a digitalized society. But those who are faced with the interpretation and application of these regulations to artificial intelligence systems come up against a complex reality that is difficult to redirect to the general concepts and definitions that it contemplates.

Specifically, the paper addresses the difficulties of fitting artificial intelligence systems (and their components) into the definition of products within the scope of application of this regulation. The study of this issue is somewhat complex, due to several reasons: it is not clear what is meant by artificial intelligence, its close dependence on data and certain services to fulfil some of its functions, as well as its open nature and its continuous modification, through updates and improvements. In addition, AI systems can be marketed in different ways (as a stand-alone product or as a component or integral part of another) with applicable regime consequences. And, finally, that artificial intelligence systems themselves can be distributed or marketed as a service, which requires an analysis of whether or not the damage caused by them falls within the scope of the specific legislation on defective products

-

Title: *Fitting AI systems into the product definition under defective product legislation still in force (Analysis of current legislation with a view to the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council of September 28, 2022 (COM/2022/495).*

-

Palabras clave: Datos defectuosos, actualizaciones y mejoras, inteligencia artificial, producto defectuoso, Directiva 85/374, Propuesta de Directiva por productos defectuosos, responsabilidad civil.

Keywords: *Defective data, updates and upgrades, artificial intelligence, defective product, Directive 85/374, Proposal of Directive on defective products, liability.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2024.i3.02

3.2024

Recepción
24/04/2024

-

Aceptación
30/06/2024

-

Índice

-

1. Introducción. Justificación del estudio

2. Revisión de la Directiva 85/374. Contexto en el que se propone su reforma

3. Rasgos de los sistemas de IA y su repercusión en la normativa de productos defectuosos

4. Definición de sistemas de IA: ¿mero software o sistema?

5. La IA como producto. Distinción entre sistemas de IA como software y sistemas de IA integrada

6. Los datos como producto

7. Actualizaciones y mejoras

8. Interconexión entre IA y servicios

8.1. IA y servicios conexos

8.2. IA como servicio

9. Conclusiones

10. Bibliografía

-

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

1. Introducción. Justificación del estudio *

Es incuestionable que la irrupción de la inteligencia artificial exige un régimen regulatorio adecuado para resarcir los daños causados por los sistemas inteligentes, sea mediante una regulación nueva para el resarcimiento de este tipo de daños, sea mediante la adaptación de los regímenes de responsabilidad civil ya existentes¹. Con el mismo grado de convencimiento, es obligado resaltar la importancia de que exista un marco común a nivel comunitario que permita establecer unas bases comunes para una regulación uniforme de dicha responsabilidad en los países miembros².

Después de algunas iniciativas que no han prosperado, a nivel comunitario, el 28 de septiembre de 2022 se adoptaron dos propuestas de Directivas, con diferente grado de especialización, llamadas a regular en un futuro próximo la responsabilidad por daños derivados de la inteligencia artificial, aunque su trayectoria o tramitación ha sido muy desigual³. Me refiero a la Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo, «relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil e inteligencia artificial» (la llamada «Directiva sobre responsabilidad en materia de IA»), cuya tramitación se halla en un «punto muerto»⁴ y la Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, que ha sido recientemente aprobada en primera lectura por el Parlamento europeo, el 12 de marzo de 2024 (en adelante, Propuesta de Directiva)⁵. La primera, a pesar de su

* Inmaculada Herbosa Martínez: inmaculada.herbosa@deusto.es.

¹ Un excelente resumen de las diferentes posiciones mantenidas al respecto, pueden verse en ATIENZA NAVARRO, «Últimas propuestas de la Unión Europea para la responsabilidad civil por daños causados por inteligencia artificial», en HERBOSA MARTÍNEZ/FERNÁNDEZ DE RETANA (dirs.), *Derecho e Inteligencia artificial. El jurista ante los retos de la era digital*, Thomson Reuters (Aranzadi), Cizur Menor, 2023, pp. 390-405.

² De forma más general, algunos autores se han esforzado por establecer algunos parámetros aplicables a cualquier responsabilidad derivada de un sistema de IA, SOYER/TETTENBORN, «Artificial intelligence and civil liability—do we need a new regime?», *International Journal of Law and Information Technology*, n° 30 (4), 2022, consultado en <https://academic.oup.com/ijlit/article/30/4/385/7039697>, pp. 388-389. Con esta misma visión general, realizan algunas reflexiones interesantes sobre lo que sería un asignación óptima de la responsabilidad derivada de los sistemas de inteligencia artificial, LI/FAURE/HAVU, «Liability Rules for AI-Related Harm: Law and Economics Lessons for a European Approach», *European Journal of Risk Regulation*, n° 13(4), 2022, consultado en https://cris.maastrichtuniversity.nl/ws/portalfiles/portal/108561069/Faure_2022_Liability_Rules_for_AI_Related_Harm.pdf, pp. 12-17.

³ La primera iniciativa a la que se hace alusión es la Propuesta de Reglamento que contenía la «Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial (2020/2014(INL))». En dicha Propuesta se establecía una clara distinción entre los sistemas de alto riesgo (a los que se aplicaba un criterio de imputación objetivo y un régimen de responsabilidad civil independiente) y aquellos sistemas que no eran de alto riesgo (que se regían por un criterio de imputación subjetivo, esto es, basado en la culpa). Sobre los aspectos principales de dicha Propuesta, puede verse ÁLVAREZ OLALLA, «Propuesta de Reglamento en materia de responsabilidad civil por el uso de inteligencia artificial, del Parlamento europeo, de 20 de octubre de 2020», *Revista CESCO de Derecho de consumo*, n° 38, 2021, versión digital. El planteamiento de esta Propuesta, así como las medidas que establecía, fueron cuestionados por un sector de la doctrina. Entre otros, SOYER/TETTENBORN, quienes proponen aplicar un régimen de responsabilidad que atienda a los intereses en juego o tipo de daños que son objeto de reclamación (*International Journal of Law and Information Technology*, n° 30 (4), 2022, pp. 393-396).

⁴ Vid. Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial (Directiva sobre responsabilidad en materia de IA), 28.9.22 (COM/2022/496 final).

⁵ Vid., Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, 28.9.22 (COM/2022/495 final). Aprobación en primera lectura mediante «Resolución

denominación, no contiene un régimen nuevo y específico para la responsabilidad civil derivada de la inteligencia artificial, sino que su ámbito de aplicación es muy limitado, ya que sólo contempla algunas reglas en materia probatoria en los regímenes de responsabilidad (en esencia, exhibición de pruebas y presunción de causalidad). La segunda tiene como fin adaptar las reglas de responsabilidad civil derivada de un producto defectuoso a las nuevas exigencias del tiempo en que debe ser aplicadas, entre otras, la irrupción de las tecnologías digitales. Un rasgo común a ambas es que, a diferencia de iniciativas anteriores, se centran, principalmente, en la responsabilidad del productor o fabricante, más que en la del operador⁶.

Dicho esto, en el momento presente, hasta la definitiva aprobación y entrada en vigor de la nueva regulación, las reglas que deben aplicarse a los sistemas de inteligencia artificial (en adelante, sistemas de IA) son las que establecen los regímenes de responsabilidad civil ya existentes, incluido el régimen de responsabilidad por productos defectuosos. En lo que respecta a esta última, aunque es previsible que la aprobación de la nueva Directiva no se demore mucho en el tiempo, la regulación vigente se tendrá que seguir aplicando durante bastantes años (quizás más de lo deseable), ya que el periodo de transposición que se contempla en la versión actual de la Propuesta de Directiva es de veinticuatro meses (desde la fecha de entrada en vigor de dicha Directiva). Y, sobre todo, debido a que dicha regulación deberá seguir aplicándose a los productos introducidos en el mercado o puestos en servicio antes de esa fecha (y la responsabilidad, conforme a dicha regulación no se extingue hasta transcurrido diez años desde dicho momento)⁷. Ello supone que muchos de los conflictos que puedan plantearse en los próximos años deben encontrar acomodo y, por tanto, una solución en la mencionada normativa. Por ello el enfoque de este trabajo no es tanto -o sólo- resaltar las especialidades de la inteligencia artificial como producto y, como consecuencia de ello, las dificultades que plantea la aplicación de la legislación vigente, que es innegable que se dan (aspecto que ya ha sido abordado en numerosos trabajos) como ofrecer una respuesta a quien legítimamente aspira a recibir una compensación por los daños causados por este tipo de productos en el momento presente, antes de la aprobación e incorporación a nuestro ordenamiento de la mencionada Propuesta de Directiva (aunque sea obligado atender, en lo posible, a los nuevos conceptos y soluciones explícitas incorporadas por la regulación proyectada)⁸.

legislativa del Parlamento Europeo, de 12 de marzo de 2024, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento12.10.2023 - [COM (2022)0495 – C9-0322/2022 – 2022/0302(COD)].

⁶ Resalta este aspecto, WAGNER, quien lo valora de manera muy positiva, «Liability rules for the Digital Age-Aiming for the Brussels Effect», *Journal of European Tort Law*, n^o 13 (3), 2022, consultado en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4320285, pp. 4 y, sobre todo, 11. Sobre la relación entre ambas Directivas, pueden verse pp. 43-46.

⁷ V. Artículo 21 Disposiciones derogatorias y transitorias y Artículo 22 Transposición de la Propuesta de Directiva.

⁸ La necesidad de reformar la Directiva 85/374, con el fin de adaptar sus disposiciones a la era digital, ha sido un lugar común en los trabajos desarrollados por las instituciones comunitarias (v., en este sentido, EUROPEAN LAW INSTITUTE (en adelante, ELI), *Guiding principles for updating the Product Liability for the Digital age*, 2021, disponible en https://europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Guiding_Principles_for_Updating_the_PLD_for_the_Digital_Age.pdf, p. 3. Esta es también la opinión generalizada en la doctrina, v., por todos, ATIENZA NAVARRO, «¿Una nueva responsabilidad por productos defectuosos? Notas a la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos de 28 de septiembre de 2022 (COM/2022/495)», *InDret*, 2.2023, p.3.

Como es sabido, dicha responsabilidad se regula, a nivel comunitario, por la Directiva 85/374, que es el texto que se toma como referencia en este trabajo, dado que las reflexiones que se realizan tienen carácter general y, principalmente, tienen como marco dicha regulación⁹. En cualquier caso, hay que recordar que dicho texto fue objeto de incorporación al Derecho español mediante la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, posteriormente derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, que refunde en un único texto la legislación de consumidores y usuarios y las normas de trasposición de diferentes Directivas comunitarias¹⁰

Dicha Directiva constituye una herramienta muy poderosa para asegurar a la víctima una compensación adecuada por los daños que contempla dicha normativa. Pero su aplicación pasa, lógicamente, por identificar un producto que pueda considerarse como defectuoso. Normalmente, este primer paso no presenta especial dificultad: basta con comprobar que se trata de un bien comprendido en su ámbito de aplicación (bien de naturaleza mueble) y, en su caso, si este constituye un producto final o un mero componente o parte integrante de otro, a efectos de determinar el sujeto o los sujetos responsables. Sin embargo, cuando se trata de la inteligencia artificial, quien está llamado a interpretar y aplicar esta normativa se topa de bruces con una realidad compleja y difícil de reconducir a las definiciones generales de la Directiva mencionada, en particular la relativa a la definición de «producto».

Esta complejidad obedece a varias razones. Primero, porque no está claro qué debe entenderse por inteligencia artificial: si, como desde los trabajos preparatorios de la Comisión se viene entendiendo, se trata de un programa informático o *software*, con independencia del grado de complejidad que se le pueda atribuir, o si, como parece desprenderse de la redacción definitiva del Reglamento de Inteligencia artificial (en adelante Reglamento IA, aunque también se la conoce como Ley de inteligencia artificial) es más bien un «sistema»¹¹. Y, en este último caso, ¿cómo se delimita este? Si en otro contexto estas cuestiones no tienen mayores consecuencias, sí la tienen, y mucha, en el ámbito de los productos defectuosos, sobre todo en los casos en los que el *software* se halle integrado en otros bienes. Si hablamos de la inteligencia artificial como sistema, ¿hay que entender que este se extiende al entorno con el que interactúa, y entonces el sistema de IA comprendería también el *hardware* o el bien con el que se integra? Si se entendiera así, sería difícil distinguir la inteligencia artificial como producto final o como componente de este, de la que es parte.

En segundo lugar, y al hilo de lo anterior, hay que tener en cuenta que la inteligencia artificial se puede comercializar de distintas formas: esto es, completamente desligada de un soporte

⁹ 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, «DOCE» núm. 210, de 7 de agosto de 1985.

¹⁰ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, «BOE» núm. 287, de 30/11/2007.

¹¹ Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1159 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial). Texto aprobado por el Parlamento en primera lectura por resolución de 13 de marzo de 2024 ([COM\(2021\)0206](#) – C9-0146/2021 – [2021/0106\(COD\)](#)), aprobado por el Consejo el 21 de mayo de 2024, pendiente de publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea.

material o integrada o incorporado en un *hardware* o en otros bienes (bienes con elementos digitales). Y esta configuración plantea varios interrogantes: el primero, si en el primer caso, la inteligencia artificial también tiene la consideración de producto y, en todo caso, si en este caso es posible hablar de daños causados por el propio producto, más allá de los causados por el carácter erróneo o defectuoso de la información que estos generen, y si estos daños estuvieran comprendidos en el ámbito de la normativa de productos defectuosos.

En tercer lugar, además de las dificultades que plantea la inteligencia artificial como producto o como componente, hay que tener en cuenta la dependencia de los datos, que pueden provenir de fuentes diversas, y su continua modificación, mediante actualizaciones y mejoras tras su puesta en circulación. Si cualquiera de estos elementos es defectuoso, ¿los daños causados por razón de los mismos son indemnizables con arreglo a dicha normativa? En el caso de los datos, hay que tener en cuenta que estos pueden ser considerados defectuosos por diferentes motivos y, además, pueden provenir de fuentes diversas, ya que no necesariamente deben ser suministrados por el proveedor o captados por sensores del propio sistema, sino que también se pueden suministrar por terceros después de su puesta en circulación, sea el propio usuario del sistema. Este último rasgo también es aplicable a las actualizaciones y mejoras, ya que estas se pueden introducir bajo el control del proveedor del sistema de IA o de forma absolutamente desligada de dicho sujeto. Y en cualquiera de los casos, unos y otros elementos, ¿deben considerarse necesariamente como componentes o parte integrante del sistema de IA o tienen, por sí mismos, la consideración de *producto*?

Finalmente, no se puede obviar que, en ocasiones, el sistema de IA necesita servicios IA de los que depende para cumplir algunas de sus funciones, pero otras veces es el propio sistema el que se suministra en el marco de una prestación de servicios. Y debe analizarse si los daños causados por unos y otros están comprendidos en el ámbito de la legislación de productos defectuosos.

Las consideraciones realizadas justifican, a mi juicio, la necesidad de estudiar en profundidad el encaje de la inteligencia artificial y sus componentes en la definición de producto de la Directiva. Y ello, no tanto para clamar sobre la necesidad de su revisión, puesto que es algo que no se discute y, desde un punto de vista práctico, como se ha dicho, ya se ha aprobado en primera lectura por el Parlamento europeo la Propuesta de Directiva, que está llamada a sustituir a la regulación vigente en un futuro. El interés por abordar esta cuestión reside más bien en explicar qué soluciones pueden articularse para compensar los daños ocasionados por los sistemas de IA y sus componentes con arreglo al Derecho vigente, tomando como base la Directiva 85/374 y la interpretación del TJUE sobre la misma. Es claro que las definiciones de la Directiva y las circunstancias que deben ser tenidas en cuenta para valorar la seguridad de un producto no fueron pensadas para los sistemas de IA¹². Pero ello no justifica su inaplicación, puesto que la realidad se impone y nos pone sobre la mesa conflictos que hay que resolver aquí y ahora con arreglo a dicha normativa, sin posibilidad de diferir o dejar en suspenso una solución, sin

¹² Resalta este aspecto, MUÑOZ GARCÍA, lo que se utiliza como argumento para afirmar que dicha legislación «parece que no posibilita soluciones válidas para los productos con sistemas de IA» Adaptar o reformular la Directiva 85/374, sobre responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos a la inteligencia artificial», *Diario La Ley*, nº 59, Sección Ciberderecho, 1 marzo 2022 (versión digital), p. 3. A mi juicio, aunque suponga anticipar algunas de las conclusiones del trabajo, en general, la normativa vigente permite alcanzar soluciones satisfactorias para compensar este tipo de daños, sin perjuicio de las dificultades interpretativas que se suscitan y el riesgo de inseguridad jurídica.

perjuicio de que, lógicamente, se deban tener en cuenta los principios que inspiran la legislación proyectada, en la medida que no sean contradictorios o incompatibles con la actual.

Como ejemplo de lo que aquí se dice, cabe mencionar que, recientemente se ha publicado la primera sentencia del TJUE de la Unión europea sobre decisiones automatizadas y sus implicaciones para la protección de datos y el Reglamento IA; se trata de la sentencia de 7 de diciembre de 2023, Schufa Holding AG, asuntos acumulados C-26/22 y C-64/22 (ECLI:EU:C:2023:222)¹³. El litigio principal del que traen causa las cuestiones sometidas al Tribunal se refiere a una empresa privada que proporciona a sus socios información sobre la solvencia de consumidores (*scoring*) sobre la base de procedimientos matemáticos y estadísticos, a partir de determinados datos personales registrados. Como consecuencia de ello, un tercero a quien se facilita dicha información deniega al actor del litigio personal la concesión de un crédito. La razón que dio lugar a dicho litigio fue la negativa por parte de la empresa mencionada a facilitar información sobre los datos personales registradas y que suprimiera algunos que a su juicio debían ser objeto de remoción. Pero ¿qué hubiera pasado si se reclama una compensación por la denegación del préstamo por entender que los datos son erróneos o contienen algún sesgo discriminatorio? ¿Podría imponerse alguna compensación con arreglo a la normativa de productos defectuosos?

La respuesta a la pregunta que acaba de formularse puede encontrarse en el cuerpo de este trabajo. Pero lo importante es que este tipo de conflictos constituye una realidad que no se puede ignorar, cuya solución pasa, antes que nada, por explicar el encaje de la inteligencia artificial y de los elementos que la integran en la definición de «producto» de la Directiva 85/374, que constituye el núcleo de la responsabilidad que la misma contempla.

2. Revisión de la Directiva 85/374. Contexto en el que se propone su reforma

Como acaba de decirse, uno de los problemas que plantea la legislación vigente de productos defectuosos es la dificultad de encaje de los sistemas de IA y sus elementos, así como las circunstancias que condicionan su seguridad, en los conceptos y definiciones generales de la misma¹⁴. Este ha sido el criterio de la Comisión europea, que, al evaluar su aplicación, concluye que ha sido un instrumento efectivo para lograr su objetivo, aunque se apuntan algunas deficiencias, que precisamente derivan de la irrupción de la tecnología digital y de la economía circular. Como consecuencia de estos cambios, se han introducido en los mercados nuevos tipos de bienes digitales (*software* y productos que necesitan contenidos y/o servicios digitales para su funcionamiento) y bienes producidos con arreglo al modelo de la economía circular (que después de haber sido reparados o renovados se colocan de nuevo en el mercado) para los que la legislación de productos defectuosos no contempla ninguna previsión expresa. Además, se han

¹³ Sobre dicha sentencia, v. GÓMEZ LIGÜERRE, «Agencias de información comercial y registros concursales. La STJUE de 7 de diciembre de 2023», *Revista para el Análisis del Derecho*, InDret, Editorial, nº 1, 2024, pp. ix-xii.

¹⁴ En el trabajo, me refiero a los problemas que plantean los sistemas de IA como producto defectuoso, incluidos los robots (o mejor, IA integrada en robots), que también merecen por sí mismos la consideración de producto. Sobre robot como producto defectuoso, v. RAMÓN FERNÁNDEZ, «El robot como producto defectuoso y responsabilidad civil», *Derecho Digital e Innovación*, nº 14, 2022, pp.2-5.

producido cambios significativos en los procesos de producción y distribución que no tienen un reflejo adecuado en dicha regulación¹⁵.

De acuerdo con ello, puede decirse que la razón última que ha justificado la revisión de la Directiva 85/374 es garantizar a las víctimas una mejor protección frente a los nuevos riesgos que plantea la sociedad actual, muy distintos de los que tenía en mente el legislador comunitario en el momento de promulgación de la Directiva en 1985. Entre ellos, de forma particularmente relevante (el propio texto de la Comisión lo menciona expresamente) aunque no a título exclusivo, los que suscita los sistemas de IA. Este objetivo principal se suma a la necesidad de revisar algunas reglas o provisiones generales relativas a la exoneración del productor por riesgos del desarrollo (verdadero caballo de batalla de esta normativa desde su adopción), la extensión de los daños indemnizables y la cobertura de los ocasionados a personas que no sean consumidores (todos ellos se aplican a los productos digitales).

Además, la revisión de esta Directiva 85/374, y el nuevo texto adoptado para sustituirla, debe entenderse necesariamente en relación con la Propuesta de Directiva sobre responsabilidad en materia de IA, a la que ya nos hemos referido, ambas de la misma fecha. Esta segunda Directiva es la que está llamada, al menos sobre el papel, a regular de manera específica la responsabilidad civil en esta materia, aunque, finalmente se haya limitado extraordinariamente su contenido, al contemplar únicamente reglas en materia de prueba. Como se recoge en esta última Propuesta, la Comisión «adopta un enfoque holístico en su política de responsabilidad en materia de IA». Con este fin se proponen adaptaciones de la responsabilidad por productos defectuosos junto con la armonización específica de la responsabilidad civil - muy limitada- en materia de IA.

Ambas propuestas se adoptan como parte de un paquete de medidas para apoyar la adopción de la IA en la Unión europea, junto con una revisión de las normas sectoriales y horizontales en materia de seguridad de los productos¹⁶. En el caso de la inteligencia artificial, la normativa de seguridad se regula en el recientemente aprobado Reglamento UE sobre Inteligencia artificial (conocido como Ley IA, en adelante Reglamento IA)¹⁷. En dicho Reglamento se establecen

¹⁵ V. COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT «Evaluation of 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. Accompanying the document Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the Application of the Council Directive on the approximation of the laws, regulations, and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products (85/374/EEC) » SWD/2018/158 final. Incorpora esta misma idea la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva, Considerando 3, en el que se deja muy claro cuáles son las principales razones que aconsejan la revisión del texto vigente: «La Directiva 85/374/CEE debe revisarse a la luz de los avances relacionados con las nuevas tecnologías, incluida la inteligencia artificial (IA), los nuevos modelos de negocio de la economía circular y las nuevas cadenas de suministro mundiales, que han dado lugar a incoherencias e inseguridad jurídica».

¹⁶ A título de ejemplo, a nivel sectorial, se ha aprobado, el Reglamento (UE) 2023/1230 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2023, relativo a las máquinas, y por el que se derogan la Directiva 2006/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 73/361/CEE del Consejo. Y a nivel general, el Reglamento (UE) 2023/988 relativo a la seguridad general de los productos, por el que se modifican el Reglamento (UE) 1025/2012 y la Directiva (UE) 2020/1828, y se derogan la Directiva 2001/95/CE y la Directiva 87/357/CEE. En este último Reglamento se abordan los retos en materia de seguridad de los productos que plantean las tecnologías emergentes, en particular el uso de la inteligencia artificial (IA) y los dispositivos conectados, y establece obligaciones claras para los mercados en línea.

¹⁷ Repárese en que el Reglamento IA regula los deberes de seguridad que incumben, principalmente, a los llamados *proveedores* del sistema, cuya definición proporciona el artículo 3.2) y, en menor medida, a los llamados

requisitos que, con carácter preventivo, deben cumplir los sistemas de alto riesgo para que puedan acceder al mercado¹⁸. A estos concretos efectos, se consideran de alto riesgo los sistemas de IA que son componentes de seguridad de productos, o que son productos por sí mismos, incluidos en el ámbito de aplicación de la legislación de armonización de la Unión Europea (las normas armonizadas se enumeran en el Anexo II del Reglamento), así como los que, a pesar de no reunir estos requisitos presentan un riesgo para la salud, la seguridad o los derechos fundamentales (incluidos en el Anexo III del Reglamento)¹⁹. Como consecuencia de ello, aunque ya están regulados por normativa armonizada, estos sistemas deberán cumplir, además, los requisitos obligatorios establecidos por el Reglamento IA, aunque estos no podrán interferir con los mecanismos de evaluación de la conformidad y supervisión sectorial, y estarán supervisados por la autoridad designada en dicha normativa²⁰. Por tanto, el incumplimiento de estos requisitos debe considerarse, a todos los efectos, incumplimiento de los requisitos de seguridad²¹.

En este contexto, la necesidad de renovar la Directiva 85/374 constituye una exigencia que viene impuesta por la realidad de las cosas. Su modificación no ha sido algo improvisado por el legislador comunitario, ni una idea repentina que surgiera a raíz de la propuesta inicial de Reglamento IA, sino que es producto de un proceso largo de reflexión, y que debe entenderse en un marco necesariamente más amplio que el de la regulación de la IA (este último dato es importante tenerlo en cuenta a la hora de extraer consecuencias de la Propuesta de regulación de productos defectuosos)²². Debido a que los cambios introducidos son muchos y de calado, el legislador comunitario ha optado por una nueva Directiva, en lugar de una modificación de la anterior «en aras de una aplicabilidad sencilla y efectiva, de la claridad y la seguridad jurídica»²³.

Con un criterio de mínimos, la pregunta que cabría hacerse es determinar qué aspectos concretos de la normativa de productos defectuosos sería necesario modificar para dar cabida en ella a los daños derivados de los productos digitales, incluidos los sistemas de IA. Sin embargo, el criterio

*responsables del despliegue (usuarios, en el texto de la Propuesta de Reglamento) definidos en el artículo 3.4). Por lo que ahora interesa, el proveedor al que se refiere el Reglamento se corresponde básicamente con el fabricante que define la Propuesta de Directiva (v. en este sentido, WAGNER, *Journal of European Tort Law*, n° 13 (3), 2022, p 11).*

¹⁸ Los requisitos que deben reunir dichos sistemas se regulan en el Capítulo 2. De manera muy resumida, según se establece en la Exposición de Motivos, se deben aplicar a los sistemas de IA de alto riesgo requisitos relativos a la calidad de los conjuntos de datos utilizados, documentación técnica y el registro, transparencia y comunicación de información a los usuarios, vigilancia humana, solidez, precisión y ciberseguridad (Considerando 43).

¹⁹ Sobre la definición de sistemas de IA de alto riesgo, V. Artículo 6 en relación con los Considerandos 27 a 40.

²⁰ Vid. Reglamento IA, considerandos, 27 a 30.

²¹ Con arreglo a la Propuesta de Directiva, el cumplimiento de los requisitos de seguridad, incluidos los aplicables a los sistemas de alto riesgo comprendidos en el Reglamento IA, debe ser tenido en cuenta tanto a la hora de valorar el carácter defectuoso del producto como en materia de prueba, ya que se presume dicho carácter cuando se cumpla este requisito, conforme a los artículos 7 f) y 10.2.b), respectivamente, en relación con los Considerandos 34 y 46.

²² Durante este largo proceso de reforma, y durante el proceso de consulta pública abierto por la Comisión, se recogieron iniciativas muy valiosas, con recomendaciones y respuestas a las preguntas concretas formuladas por la Comisión. Además de estas iniciativas, es reseñable un borrador completo para una nueva Directiva elaborado por el ELI, presentado dos meses antes de la Propuesta de Directiva, *ELI Draft of a Revised Product Liability Directive Draft Legislative Proposal of the European Law Institute, 2022*, disponible en https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Draft_of_a_Revised_Product_Liability_Directive.pdf.

²³ Vid. Propuesta de Directiva, Considerando 5.

del legislador comunitario no ha sido el de introducir los cambios mínimos necesarios para conseguir dicho resultado, sino que ha sido más proactivo, al incorporar nuevas definiciones y explicitar algunas reglas, aunque unas y otras pudieran deducirse de las definiciones generales de la Directiva actual y de algunas resoluciones del TJUE. Esta forma de proceder se considera razonable, pues hacerlo de manera distinta supondría confiar la aplicación de la normativa a la interpretación de los operadores jurídicos y, en última instancia, de los tribunales, con el riesgo de poner en entredicho la deseable seguridad jurídica.

3. Rasgos de los sistemas de IA y su repercusión en la normativa de productos defectuosos

Antes de profundizar en la definición de producto de la Directiva 85/374, no es ocioso recordar que el objetivo de esta normativa es compensar a las víctimas por los daños causados por un *producto defectuoso*. En este caso, el producto es un sistema de IA defectuoso, considerando como tal un sistema de IA «inseguro», en la medida que este no ofrece la seguridad que cabría legítimamente esperar según la definición que contempla el artículo 6.1 Directiva 85/374, sin entrar en la regulación concreta en el Derecho español como consecuencia de la trasposición de dicha Directiva en nuestro ordenamiento²⁴. De este modo, cuando un sistema de IA, por ser inseguro, produce daños que estén cubiertos por esta normativa, la víctima podrá ser indemnizado con arreglo a la misma. En el Derecho vigente, la víctima podrá ser cualquier «perjudicado» (expresión que utiliza la Directiva), lo que incluye tanto personas físicas como jurídicas, aunque la Propuesta de Directiva limita su aplicación a los «daños sufridos por personas físicas» (art. 1)²⁵. Desde un punto de vista pasivo, el sujeto responsable de indemnizar estos daños será, con carácter general, el fabricante del producto final (o la persona que se presenta como tal al comercializar el producto) así como el fabricante de una materia prima o de cualquier elemento integrado en dicho producto. Tal responsabilidad se hace extensiva al importador del producto en la UE, así como al propio suministrador de aquél cuando el fabricante no puede ser identificado²⁶. En general, para simplificar, en el trabajo me referiré, de manera genérica, al fabricante, como sujeto responsable.

²⁴ Dado el carácter internacional del Proyecto, me limitaré a citar, con carácter general, las definiciones y preceptos de la Directiva, sin perjuicio de su incorporación al Derecho español, como ya se ha dicho, primero mediante la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos y, después, mediante la modificación del Texto Refundido de la Ley para la defensa de consumidores y usuarios (arts. 135 a 146).

²⁵ La doctrina se muestra crítica con esta restricción. GÓMEZ LIGÜERRE, lo califica abierta como «un error», al dejar fuera de la norma los daños sufridos por empresas y entidades que deberán compensarse conforme al régimen nacional de responsabilidad civil, cuya diversidad puede perjudicar el correcto funcionamiento del mercado («La Propuesta de Directiva sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 4, 2022, Editorial), p. ii. Al menos, la versión aprobada por el Parlamento ha corregido la equiparación entre «persona física» y «consumidor» que se realizaba en la Propuesta inicial de la Comisión, ya que en el texto recientemente aprobado se habla de consumidores y otras personas físicas (cfr. art. 1 y varios Considerandos).

²⁶ La Propuesta de Directiva, como es sabido, amplía la responsabilidad a otros operadores cuando el fabricante se halle fuera de la UE, aunque el estudio general de esta cuestión excede del perímetro de este trabajo. Dicho de manera resumida, se consideran responsables: el representante autorizado del fabricante y, con carácter subsidiario, cuando no haya un importador establecido en la UE o un representante autorizado, el prestador de servicios de tramitación de pedidos a distancia (art. 8. c), sin perjuicio de que, cuando no pueda identificarse a ninguno de los operadores, cada distribuidor del producto pueda ser responsable cuando concurren los requisitos

Establecido el marco general de la Directiva 85/374, conviene recordar que los sistemas de IA tienen características que dificultan la aplicación directa de las definiciones y reglas de la Directiva 85/374, y que obligan a los operadores jurídicos a un esfuerzo interpretativo. De manera general, puede decirse que estos aspectos inciden en todos y cada uno de los elementos definidores de la responsabilidad regulada en la mencionada Directiva.

De manera muy resumida, según lo que ya puede considerarse opinión común en la doctrina, los rasgos que caracterizan los sistemas de IA son los siguientes: complejidad, dependencia de los datos, apertura, autonomía, vulnerabilidad y opacidad²⁷. Los rasgos mencionados (excepto la autonomía) son aplicables, en mayor o medida, a todos los productos digitales, aunque las consideraciones que se realizan a continuación se refieren, específicamente, a los sistemas de IA. La mayoría de ellas - excepto la última- guardan una relación directa con el tema que es objeto de estudio, esto es, las dificultades de encaje de los sistemas de IA en la definición de producto cubierto por la legislación de productos defectuosos.

a) La complejidad inherente a los sistemas de IA se basa en que este tipo de productos están integrados por diferentes partes o componentes, de muy distinta naturaleza, conectados entre sí, siendo susceptibles, cada uno de ellos, separadamente o por interacción con otros, de causar un daño. Esta característica se traduce en la convergencia de posibles causas del daño, así como la participación de múltiples actores que intervienen en su implementación y desarrollo, incluidos prestadores de servicios digitales integrados o interconectados con el bien, y que pueden contribuir a la causación del mismo²⁸. Por lo que ahora interesa, este rasgo complica, de manera general, la aplicación de la Directiva vigente a los sistemas de IA.

b) Uno de los elementos que contribuyen a dicha complejidad es la vinculación de dichos sistemas a datos externos, que pueden ser facilitados por el propio fabricante, por un tercero o por el propio usuario, y de los que dependen, en gran medida, las decisiones del sistema. La dependencia de los datos constituye, por tanto, una pieza fundamental de estos productos, que, además de incrementar su complejidad en la forma que se ha explicado más arriba (esto es, contribución a la causación del daño y participación de nuevos actores en la cadena de valor), también afecta al grado de control del fabricante sobre el sistema en el caso de que los datos se suministren después de su puesta en circulación, lo que obligará a reformular este concepto, como se explica a continuación, al hablar de la característica de apertura.

c) La apertura de los sistemas IA supone que estos bienes, al igual que las demás tecnologías digitales, exigen para su funcionamiento la interacción con otros bienes y servicios, aspecto que deberá ser tenido en cuenta por el fabricante a la hora de su diseño. Asimismo, este rasgo se relaciona con la idea de que, de manera muy frecuente, dichos sistemas son objeto de modificaciones y actualizaciones posteriores después de su puesta en circulación en el mercado.

legales (art. 8.3). Asimismo, se extiende la responsabilidad a cualquier persona que modifique sustancialmente un producto fuera del control del fabricante y que posteriormente lo comercialice (art. 8.2).

²⁷ V., entre otros, ATAZ LÓPEZ, «Daños causados por las cosas: una nueva visión a raíz de la robótica y de la inteligencia artificial», *Working Papers Jean Monnet Chair 4/2020*, Universitat de Barcelona, pp. 27-29. Asimismo, más recientemente, puede verse RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, *La Ley Mercantil*, n° 103, 2023, pp. 4-6.

²⁸ Resalta este aspecto, RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, quien de manera muy expresiva habla de «proceso multicapa» para referirse a esta superposición de elementos (*La Ley Mercantil*, n° 103, 2023, p. 5).

Sobre esta base, la característica de apertura repercute directamente en varios aspectos de la responsabilidad por productos defectuosos. En primer lugar, este rasgo deberá ser tenido en cuenta para valorar el carácter defectuoso del sistema, en el caso de que este produzca daños debido a la conexión o interacción con otros bienes necesarios para su funcionamiento. Asimismo, y sobre todo, supone un cambio en la propia concepción de producto terminado que tiene consecuencias decisivas a la hora de fijar el momento relevante para apreciar el carácter defectuoso del sistema. En la legislación vigente dicho momento es el de la puesta en circulación del producto (art. 6.1.c), pues lo normal es que ya entonces el fabricante no tenga ningún control sobre el producto y, por tanto, no pueda influir en su seguridad. Sin embargo, en el caso de los sistemas de IA, dada la previsible incorporación posterior de datos, actualizaciones y mejoras por el fabricante o por un tercero bajo su control, parece razonable atender al momento en el que el producto abandona dicho control para valorar la defectuosidad del producto. Como se analiza más adelante en detalle, esta conclusión bien puede alcanzarse con una interpretación finalista del artículo 6.1 c) de la Directiva 85/374, aunque la Propuesta de Directiva establece de manera explícita la exigencia de atender al momento en el que el producto abandona el control del fabricante si se diera la circunstancia de que este lo mantiene después de su incorporación en el mercado o de su puesta en servicio (art. 7.2 e).

Lógicamente, todo ello tendrá repercusión en las causas de exoneración del fabricante cuando se de esta circunstancia, lo que obligará a interpretar de forma adecuada las causas de exoneración del fabricante (art. 7 de la Directiva 85/374 y art. 11 Propuesta de Directiva)²⁹.

d) La cuarta característica, esto es, la autonomía, es propia de los sistemas de IA, ya que, como se ha dicho, no se da en otras tecnologías digitales³⁰. En concreto, de acuerdo con la definición de sistema IA que proporciona el Reglamento IA, para ser considerado como tal, debe actuar con cierta autonomía e independencia del control humano con capacidad de aprendizaje, razonamiento o modelización (cfr. art. 3.1 y considerando 6). Y, precisamente en relación a este rasgo, surge una pregunta que el operador jurídico que tiene que interpretar y aplicar la Directiva 85/374 está obligado a hacerse. Con la regulación actual en la mano, ¿el fabricante del sistema de IA o del producto final al que dicho sistema se incorpora puede considerarse responsable de estas decisiones?

Este es, sin duda, el interrogante fundamental que subyace a la responsabilidad derivada de estos sistemas. Como se explica después, es muy arriesgado llegar a una conclusión fundada sobre este punto conforme a las reglas que contiene la Directiva actual, hasta el punto de que contar con unas reglas claras y precisas que permitan dar una respuesta fundada a esta cuestión, justificaría por sí sola la necesidad de modificar dicho texto para su adaptación a la inteligencia artificial.

²⁹ Sobre este concreto aspecto, v. Apartado 7. Actualizaciones y mejoras.

³⁰ En el sentido apuntado, se señala que esta circunstancia es «una clara referencia a los sistemas dotados de inteligencia artificial cuya proliferación justifica en gran medida la necesidad de modificación de la Directiva actual», ATIENZA NAVARRO, *InDret*, 2, 2023, p. 16. En la misma línea se dice que la nota de la autonomía «constituye uno de los efectos más perturbadores del discurso clásico que articula los regímenes de responsabilidad» (RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLEL, *La Ley Mercantil*, nº 103, 2023, p. 6) y «que supone un reto para las reglas de responsabilidad existentes» (MARTÍN CASALS, *Las Propuestas de la Unión Europea para regular la responsabilidad civil por los daños causados por sistemas de inteligencia artificial*, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 3, 2023, p. 67).

A la hora de alcanzar una solución en este punto cabe manejar argumentos enfrentados. Razonando en términos teóricos, de una parte, cabría pensar que el carácter erróneo de las decisiones que tomen los sistemas de IA es un riesgo que no debe asumir el fabricante, dado que aquellas son imprevisibles e inherentes al propio carácter autónomo del sistema y, por tanto, no encajarían en la definición de defecto de diseño a cargo de dicho sujeto³¹. Con un criterio opuesto, cabría entender que la autonomía, y por ende la imprevisibilidad del comportamiento del sistema, constituye en sí mismo un defecto, pues el hecho de que el sistema desarrolle este comportamiento presupone que fue mal diseñado y, por tanto, el fabricante deberá responder siempre, a menos que concurra alguna causa de exoneración³².

A mi juicio, la primera interpretación supone obviar que, aunque el comportamiento concreto del sistema sea inesperado o insólito, el riesgo de que el sistema desarrolle un comportamiento impredecible es previsible, pues es inherente a la autonomía del sistema, de manera que no hay ninguna razón teórica para excluir de plano un defecto de diseño del fabricante³³. La segunda (esto es, la identificación de la autonomía con defecto), también debe rechazarse, pues, aparte de que entenderlo así implicaría consecuencias devastadoras para la innovación, no hay ninguna justificación para inferir del carácter imprevisible (y, por tanto, inseguro) del sistema la existencia del defecto³⁴. Dicho esto, la conclusión es que las expectativas legítimas de seguridad consisten en que el fabricante diseñe un sistema de IA que evite un comportamiento que sea impredecible, de manera que existirá un defecto de diseño si el riesgo -previsible- de que el

³¹ Vid., ATAZ LÓPEZ, al considerar como «dudoso» que en el caso de los dispositivos que incorporan la característica del autoaprendizaje se deba calificar como «defecto» las decisiones erróneas, puesto que dichos sistemas necesariamente dan lugar a desviaciones impredecibles en la toma de decisiones, «lo que significa que en el diseño va implícita la posibilidad de una decisión errónea, la cual, es sin embargo, necesaria para el aprendizaje del dispositivo» (*Working Papers Jean Monnet Chair*, 4, 2020, p. 38). Siguiendo a este, después de haberse dictado la Propuesta de Directiva, ATIENZA NAVARRO, *InDret*, 2, 2023, p. 17. En esta misma línea, se argumenta que, dando por sentado que la *imprevisibilidad* es la característica principal de estos tipos de sistemas, podría ser difícil imputar al fabricante un defecto de diseño, que, por su propia definición, presupone un riesgo previsible que puede ser reducido o eliminado mediante una alternativa razonable (HEISS, «Towards Optimal Liability for Artificial Intelligence: Lessons from the European Union opean Union’s Proposals of 2020», *Hastings Science & Technology Law Journal*, nº12 (2), 2021, consultado en https://repository.uclawsf.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1105&context=hastings_science_technology_law_journal). Finalmente, se interroga sobre este aspecto EBERS, quien concluye que una medida aceptable de los riesgos podría empero considerarse lograda si la tasa de errores del sistema es menor que en los seres humanos («La utilización de agentes electrónicos inteligentes en el tráfico jurídico: ¿Necesitamos reglas especiales en el Derecho de responsabilidad civil?», *InDret*, julio 2016, pp. 11-12. Esta misma interpretación subyace al argumento de que el carácter genético del defecto de diseño no se compadece con la característica de autoaprendizaje de los sistemas de IA (vid., DONCELLI, «Intelligenza artificiale e responsabilità. Verso un nuovo modello europeo», *Contratto e impresa Europa*, nº 3, 2023, p. 546).

³² Se interroga sobre si la Propuesta de Directiva obliga a entenderlo así, ATIENZA NAVARRO, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº2, 2023, p. 17.

³³ Como acertadamente se ha señalado, al reflexionar de manera general sobre la inteligencia artificial, aunque en abstracto no hay nada que prohíba atribuir subjetividad al algoritmo, es más razonable suponer que casi todos los problemas creados por aquella son resolubles a la imputación a un sujeto de esa actividad (v. FRANZONI, Massimo, «Il digitale, la rete, l’IA e la responsabilità civile», *Juscivile*, 2, 2024, p. 212).

³⁴ Con carácter general, está bastante asentada la idea de que un producto sujeto a peligros potenciales (en sentido, *perigroso*) no debe identificarse necesariamente con un producto defectuoso en el sentido previsto en la normativa específica, sino que, para entenderlo así, se requiere una circunstancia añadida (vid., por todos, SOLÉ I FELIU, *El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante*, Tirant lo Blanch, 1997, p. 331).

sistema desarrollara un comportamiento de dicha naturaleza se pudo reducir o evitar con una alternativa razonable³⁵.

En la legislación vigente, esta conclusión encuentra acomodo en la amplia definición de defecto que contempla el artículo 6 Directiva 85/374, ya que la defectuosidad se vincula a las expectativas de seguridad, teniendo en cuenta «todas las circunstancias», entre las que debe considerarse incluida la capacidad de aprendizaje del sistema, que se deberá valorar en la forma que acaba de explicarse³⁶. No obstante, el fabricante podrá ser exonerado de responsabilidad en el caso de que el estado de la ciencia o de la técnica en el momento de valoración del defecto no permitiera prever la capacidad del sistema para desarrollar un comportamiento impredecible (art. 7 e)³⁷. En todo caso, dicha causa de exoneración podrá ser excluida por las legislaciones de los Estados miembros (art. 15.1.b).

Sin entrar ahora en detalles, esta misma conclusión puede alcanzarse con la Propuesta de Directiva. Dicho texto, atendiendo a la característica de autonomía de los sistemas de IA, explicita la necesidad de atender al «efecto en el producto de la posibilidad de seguir aprendiendo o adquirir nuevas características después de su introducción en el mercado o puesta en servicio» para valorar su carácter defectuoso conforme al artículo 7.2 c). Aunque este precepto sólo exige tomar en consideración dicho extremo para valorar el carácter defectuoso del sistema, la interpretación que se defiende tiene apoyo en la Exposición de Motivos, sobre todo con arreglo al nuevo texto aprobado por el Parlamento (que, en todo caso, con absoluta claridad, permite rechazar la tesis que excluye el defecto de diseño). En dicho texto, además de la exigencia, que ya contemplaba el texto inicial, de tener en cuenta la capacidad de aprendizaje del producto «a fin de reflejar la expectativa legítima de que el programa informático de un producto y los algoritmos subyacentes estén diseñados de manera que se evite un comportamiento peligroso del producto», se añade: «Por consiguiente, un fabricante que diseñe un producto con la capacidad de desarrollar un comportamiento inesperado debe seguir siendo responsable de todo comportamiento que cause daños»³⁸. Aunque, literalmente, da pie para entender que la imprevisibilidad del comportamiento constituye un defecto en sí mismo (al hacer responsable al

³⁵ Sobre la forma de valorar el defecto de diseño, v. SOLÉ I FELIU, El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante, 1997, pp. 671-681.

³⁶ Sobre la inclusión de dicha circunstancia, v. WAGNER, *Journal of European Tort Law*, nº 13 (3), 2022, p. 18.

³⁷ Según algunos autores, la previsibilidad del comportamiento del sistema de IA, que se fundamenta en un sistema de almacenamiento de datos, justificaría que no se aplique la exoneración de la responsabilidad del fabricante. V. en este sentido IZQUIERDO GRAU, quien, tomando como ejemplo los vehículos autónomos, concluye «la inteligencia artificial del vehículo autónomo deja poco margen para la imprevisibilidad y, en todo caso, la imprevisibilidad estará limitada por la experiencia de usuario», «La causa de exoneración de los riesgos por desarrollo en el nuevo paradigma digital», *Cuadernos de derecho transnacional*, vol.15, 2023, p. 657. A mi juicio, este planteamiento supone una petición de principio, pues presupone que el sistema de IA se fundamenta en el mero almacenamiento de datos y, por tanto, tiene siempre un comportamiento previsible, por lo que deja sin explicar los casos en que el sistema de IA tiene capacidad de aprendizaje y actúa de manera autónoma. Tampoco me parece defendible excluir la aplicación de esta causa de exoneración para los sistemas de IA autónomos sobre la base de que su comportamiento es siempre *previsible*, justificando dicho carácter en que estas tecnologías conllevan un riesgo intrínseco en su forma de funcionar (v. NUÑEZ ZORRILLA, «La nueva Directiva europea sobre responsabilidad civil por productos defectuosos y su aplicación a los vehículos totalmente automatizados o autónomos», *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, nº 796, 2023, pp. 837-839). Como se explica en el texto, lo que justifica la exoneración del fabricante no es el carácter imprevisible del comportamiento del sistema sino de que su diseño permitiera desarrollar dicho comportamiento.

³⁸ V. Considerando 32.

fabricante de *todo comportamiento* inesperado que cause daños), cabe entender, de manera más razonable, que tal responsabilidad sólo procederá en el caso de que exista un defecto de diseño del que deba responder el fabricante, por existir otra alternativa razonable. Con arreglo a la Propuesta de Directiva, el fabricante también podrá ser exonerado por riesgos por riesgos del desarrollo conforme a lo previsto en el artículo 11.1 e), que, con arreglo a la última versión de dicho texto, podrá seguir siendo excluida por los Estados miembros de conformidad con el artículo 18³⁹.

e) La vulnerabilidad es otro rasgo destacado de los sistemas de IA, en el sentido de que estos se hallan más expuestos que otro tipo de productos a ataques y/o lesiones provenientes de terceros (ciberataques), debido precisamente a su carácter abierto y a la dependencia de datos externos para su funcionamiento, lo que exige a los fabricantes extremar el celo a la hora de observar todos los requisitos de seguridad (incluidos los que específicamente se contemplan para los sistemas de alto riesgo en el Reglamento IA), de manera particular los relacionados con la ciberseguridad.

El incumplimiento de dichos requisitos repercute de manera directa en la seguridad del producto y, por ello, lógicamente, debe ser tenido en cuenta a la hora de valorar aquella. La Directiva 85/374 no menciona expresamente dicho extremo, aunque, como sucede con otras circunstancias que ya se han mencionado, debe considerarse incluida en la amplia redacción que establece el artículo 5.1. La Propuesta de Directiva, al igual que sucedía en otros casos, explicita la necesidad de tener en cuenta los «requisitos de seguridad pertinentes para valorar la defectuosidad del producto, incluidos los requisitos de ciberseguridad» (art. 7.f)⁴⁰. Asimismo, el incumplimiento de los requisitos de seguridad tiene trascendencia en materia probatoria, pues la regulación proyectada presume el carácter defectuoso del producto si se demuestra que el sistema de IA no cumple aquellos requisitos obligatorios de seguridad que tienen por objeto proteger «contra el riesgo de daño sufrido por la persona perjudicada» (art. 10.2.b).

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el rasgo de vulnerabilidad se relaciona por la doctrina con la magnitud del riesgo al que se hallan expuestos estos sistemas y el efecto multiplicador del daño producido por los sistemas de IA, debido a su elevada interconexión y viralización⁴¹.

³⁹ Adviértase que el texto aprobado por el Parlamento recupera la posibilidad de que los Estados miembros puedan excluir de sus respectivas legislaciones la exoneración por riesgos del desarrollo, que había sido suprimida en la Propuesta presentada por la Comisión. En cualquier caso, dicha Propuesta no sigue el criterio propuesto por el Grupo de Expertos en el Informe «Liability for Artificial Intelligence and other emerging technologies» (ya citado en este trabajo) con arreglo al cual la exoneración por riesgos del desarrollo no debería aplicarse cuando el productor mantiene el control sobre el dispositivo o, al menos, retiene la capacidad de actualizarlo o mejorarlo tras su puesta en circulación. V. al respecto, GÓMEZ LIGÜERRE Y GARCÍA-MICÓ, «Liability for artificial intelligence and other emerging technologies», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 1, 2020, p.509, quienes se muestran a favor de que la normativa de productos defectuosos incorpore dicha limitación. Por su parte, IZQUIERDO GRAU CUESTIONA la aplicación de esta causa de exoneración a los productos digitales, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol.15, 2023, en particular, pp. 657-663.

⁴⁰ En relación con lo establecido en dicho precepto, vid., asimismo Considerandos 32 *in fine* y 34. Se desarrollan con más detalle el incumplimiento de los requisitos de seguridad en el Apartado 6. Los datos como producto defectuoso.

⁴¹ Se habla en este sentido de «vulnerabilidad», como uno de los rasgos característicos de la IA. V. en este sentido, RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, quien pone como ejemplo las consecuencias catastróficas de un ataque de ciberseguridad o una brecha de seguridad que interrumpe la operación de una flota de drones o vehículos autónomos (*La Ley Mercantil*, nº 103, 2023, p. 5).

f) Finalmente, es necesario hacer alguna referencia a la característica de opacidad, debido a las dificultades que plantea la comprensión de los algoritmos que sirven de base al funcionamiento de los sistemas de IA, sobre todo aquellos que actúan con autonomía, en los que resulta particularmente difícil saber qué es lo que ha provocado el funcionamiento inseguro o peligroso del sistema. La opacidad, junto con la complejidad, de estos sistemas, tiene especial trascendencia en materia probatoria y, por tanto, a la hora de garantizar a la víctima una compensación efectiva⁴². La regulación vigente es muy deficiente en este sentido, ya que sigue imponiendo a la víctima la prueba del defecto y la relación de causalidad entre dicho defecto y el daño causado, algo que encierra gran dificultad en este tipo de sistemas (a pesar de la flexibilidad con que ha sido entendido dicho requisito por el TJUE⁴³).

Para atajar estas dificultades, sin duda, serán de gran utilidad las novedades introducidas por la Propuesta de Directiva en materia de prueba, como la exhibición de pruebas y la presunción del carácter defectuoso del producto y el daño o ambos, prevista para los productos de complejidad técnica o científica (cfr. arts. 9 y 10.4) que, por sí mismos, serían merecedores de un tratamiento específico, por tratarse de uno de los aspectos esenciales de la nueva regulación, que aquí resulta imposible abordar .

4. Definición de sistema de IA: ¿mero *software* o sistema?

El presupuesto previo para la aplicación de la normativa de responsabilidad por productos defectuosos es que un bien se pueda considerar como producto. Con arreglo a la Directiva 85/374, dicha definición comprende cualquier bien de naturaleza mueble, aunque esté incorporado a otro, de naturaleza mueble o inmueble (art. 2). Por tanto, el único requisito exigible es que se trate de un bien de naturaleza mueble, sea tangible o no, razón por la que puede considerarse incluido cualquier intangible, incluida la inteligencia artificial⁴⁴.

No obstante, a pesar del encaje de los sistemas de IA en la definición de *producto*, durante los trabajos preparatorios de la Propuesta de Directiva, se propuso ampliar aquella, de manera que se precisara su ámbito de aplicación para reflejar mejor la complejidad de las tecnologías emergentes y garantizar una indemnización por los daños causados por «programas informáticos u otras características digitales»⁴⁵. En la dirección apuntada, la definición de producto que recoge

⁴² Atendiendo a este aspecto, algunos autores concluyen que las normas sobre productos defectuosos no están condiciones de garantizar una adecuada protección para el usuario del activo, dada la naturaleza peculiar del bien y la opacidad de su funcionamiento (v. COLETTI, «Intelligenza artificiale e responsabilità civile: le nuove sfide in ambito sanitario», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n° 18, febrero 2023, p. 1133).

⁴³ V. la conocida sentencia de 21 de junio de 2017, Sanofi Pasteur MSD SNC, C-621/15, ECLI:EU:C:2017:484.

⁴⁴ Vid., por todos, tras un estudio detenido de la cuestión, ZURITA MARTÍN, «Las propuestas de reforma legislativa del Libro blanco europeo sobre inteligencia artificial en materia de seguridad y responsabilidad civil», *Actualidad jurídica iberoamericana*, n° 14, 2021, pp. 460-461. Esta es la opinión mayoritaria en la doctrina, con algunas excepciones relevantes, como MARTÍN CASALS, «An approach to some eu initiatives on the regulation of liability for damage caused by ai-systems», *Ius et Praxis*, Vol. 28, 2022, p. 12.

⁴⁵ V., COMISIÓN EUROPEA, «Informe sobre las repercusiones en materia de seguridad y responsabilidad civil de la inteligencia artificial, el internet de las cosas y la robótica »Anexo al Libro Blanco, 19 de febrero de 2020 (COM (2020) 64 final), en el que ya se apunta la posibilidad de tener que adaptar y clarificar las normas en vigor «en el caso de los programas autónomos comercializados separadamente o descargados en un producto tras la comercialización de este último, cuando tengan repercusiones en la seguridad» (p. 16). En el mismo sentido, el ELI resalta la importancia de ampliar la definición de «producto» de manera que este incluya no sólo los productos con elementos digitales sino también los que denomina «productos digitales» (*Response of the European Law*

Propuesta de Directiva comprende todo tipo de bienes muebles, con mención expresa de los programas informáticos, incluidos los sistemas de IA (art. 4.1) y Considerando 13), incluso cuando tengan consideración de componentes, al hallarse integrados o interconectados con otros bienes (art. 4.4)⁴⁶.

Esto sentado, la cuestión es si a la luz de la normativa comunitaria dictada en materia de IA cabe considerar esta como un mero programa informático (*software*) o si, por el contrario, es necesario dar por superada y, por tanto, adaptar dicha definición, aunque el ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de ambos textos legales no sea el mismo. Para su análisis, parece lógico tomar como referencia la definición que incorpora el Reglamento IA. A estos efectos, conviene resaltar que la versión inicial de dicho texto, al igual que hace ahora la Propuesta de Directiva, los definía como *software* que se desarrollaba mediante la utilización de determinadas técnicas que se describían en el Anexo I, sin entrar ahora en otros detalles de la definición⁴⁷. Sin embargo, el Parlamento optó por cambiar dicha definición y la versión definitiva habla de un «sistema basado en máquinas» diseñado para funcionar con diversos niveles de autonomía con capacidad para generar información de salida (cfr. art. 3.1 y considerando 6)⁴⁸. En otras palabras, se deja de hablar de *software* para hablar de «sistema».

A la vista de ello, la pregunta que, casi de manera intuitiva, cabe hacerse es la siguiente: cuando se cuestiona si los sistemas de IA se pueden considerar como un producto defectuoso ¿a qué nos estamos refiriendo?: ¿únicamente al programa informático que está detrás de la toma de decisiones del sistema? ¿o al propio sistema, como realidad distinta del programa que le sirve de base? Y, en este último caso, ¿qué comprendería este o, dicho de otra forma, ¿cómo se delimitaría su perímetro? ¿También el *hardware* en el que se hubiera integrado, de forma que, todo el conjunto, como sistema, es lo que debe considerarse como producto?

A mi juicio, no es seguro si el cambio de denominación (de *software* a sistema) se le puede atribuir algún significado⁴⁹. Esto es, si con el nuevo término se intenta reflejar un cambio sustantivo o

Institute (ELI) to the European Commission's Public Consultation on Civil Liability. Adapting Liability Rules to the Digital Age and Artificial Intelligence, p. 13). En el mismo sentido se ha pronunciado, la mejor doctrina, vid. por todos, ATIENZA NAVARRO, *InDret*, 2, 2023, p. 8.

⁴⁶ La versión aprobada por el Parlamento no incorpora la mención expresa de los sistemas de inteligencia artificial como componente que contemplaba la enmienda 53. Sin embargo, no hay duda acerca de que debe considerarse incluida, dado que la definición de componente comprende todos tipo de bienes, tangibles e intangibles (art. 4.4), lo que incluye los programas informáticos, tal y como, por otra parte, explicita el Considerando 6 del texto aprobado.

⁴⁷ Según la Propuesta inicial del Reglamento IA, la definición de «sistema de inteligencia artificial (sistema de IA)» es la siguiente: «el software que se desarrolla empleando una o varias de las técnicas y estrategias que figuran en el anexo I y que puede, para un conjunto determinado de objetivos definidos por seres humanos, generar información de salida como contenidos, predicciones, recomendaciones o decisiones que influyan en los entornos con los que interactúa» (artículo 3.1)].

⁴⁸ Según el texto definitivo, dicho término se define como «un sistema basado en máquinas diseñado para funcionar con diversos niveles de autonomía y capaz, para objetivos explícitos o implícitos, de generar información de salida — como predicciones, recomendaciones o decisiones— que influya en entornos reales o virtuales» (el texto con letra diferente se corresponde exactamente con las enmiendas introducidas por el Parlamento), Artículo 3, párrafo 1, punto 1 (enmienda 165).

⁴⁹ Se pronuncia en sentido afirmativo NAVAS NAVARRO, quien resalta la diferencia entre las diferentes versiones del Reglamento IA y lo interpreta en el sentido de que la definición de IA como «sistema» es «algo más, algo diferente al puro programa informático» («Régimen europeo en ciernes en materia de responsabilidad derivada de los sistemas de inteligencia artificial», *Revista de Derecho de consumo CESCO*, n° 44, 2022, p. 48). En otro lugar,

simplemente explicar o describir mejor la idea de que un sistema de IA no se agota en un programa informático (*software*) sino que este necesita interactuar con el entorno a través de sensores para la obtención de los datos y la información necesaria para decidir o tomar una decisión de manera más o menos autónoma, que, a su vez, genera una acción del sistema. De acuerdo con esta forma de funcionar los programas informáticos que sirven de base a un sistema de IA, tan interrelacionada con el entorno, está justificado que para definir o, mejor, para explicar cómo funciona aquél, se hable de «sistema» y no simplemente de «programa informático», aunque con ello no quiere significarse un cambio de la realidad que se pretende describir. En otras palabras, el cambio introducido en la definición de sistema IA debe interpretarse como un cambio puramente formal o terminológico, y no sustantivo o de fondo. Parece avalar esta interpretación el hecho de que el término que se introduce en el Parlamento no es nuevo, sino que simplemente se recupera el que ya se utilizaba en los trabajos preparatorios de la Comisión sobre la Inteligencia artificial, lo que evidencia que el término que se utiliza para su definición (programa o sistema) es accesorio⁵⁰.

Por ello, bien pensado, y tras esta reflexión, la pregunta que se ha formulado más arriba carece de sentido práctico. Es indiferente que ahora el Reglamento IA hable de «sistema», y no de programa informático, si se tiene claro que se pretende describir es un programa informático complejo que actúa de manera interconectada con el entorno a modo de sistema.

A mi juicio, lo que no ofrece duda es que la definición de sistema de IA (como programa informático) que recoge la Propuesta de Directiva comprende cualquier tipo de sistema, esto es, tanto aquellos que tienen una capacidad de aprendizaje limitada (los llamados sistemas deterministas, basados en datos e información externa) como los sistemas de aprendizaje profundo, que aprenden del entorno y toman decisiones autónomas⁵¹. A mi juicio, las diferentes formas de definir los sistemas de IA por la Propuesta de Directiva y por el Reglamento IA no permite deducir que aquella deja fuera algunos tipos de sistemas (los que tienen mayor capacidad de aprendizaje). En cualquier caso, las posibles diferencias deberían resolverse a favor de lo establecido en el Reglamento IA como como *lex specialis*. Sobre todo, cuando no hay ningún dato en dicha Propuesta que permita entender que lo establecido en dicho texto se limita a dichos sistemas⁵².

la misma autora, de reconocida trayectoria en el estudio de esta materia, señala que un sistema de IA «es más que un mero *software* pues comprende una serie de tecnologías que combinan datos, algoritmos y poder computacional», por lo que constituye una visión reduccionista del fenómeno la denominación de software («Seguimos necesitando normas de responsabilidad civil en caso de daños ocasionados por sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo», *CESCO Publicaciones jurídicas*, octubre 2022, p. 3).

⁵⁰ Según MARTÍN CASALS, con la definición legal se trata de alinear la Propuesta de Reglamento IA con el trabajo de las organizaciones internacionales que trabajan en esta materia para garantizar la seguridad jurídica, la armonización y la amplia aceptación del término, atendiendo a las características clave de la inteligencia artificial, sin hacer ninguna alusión al cambio de denominación, *InDret*, nº 3, 2023, p. 61.

⁵¹ Lo entiende de manera distinta NAVAS NAVARRO, para quien la Propuesta de Directiva contempla el sistema de IA con capacidad de aprendizaje «limitada», esto es, aquellos en los que la información de entrada y los datos se suministran por el humano, en lugar de aprender del entorno de forma supervisada (*CESCO*, 44, 2022, p. 48).

⁵² Como argumento demostrativo de que los redactores de la Propuesta de Directiva tenían en mente únicamente los sistemas de IA con capacidad de aprendizaje se hace alusión al hecho de que la habilidad que tenga el sistema para aprender sólo se considera una circunstancia más a la hora de valorar el producto, y no como una circunstancia determinante («la más relevante») que es la que caracteriza a los sistemas de IA basados en un aprendizaje profundo (NAVAS NAVARRO, *CESCO Publicaciones jurídicas*, octubre 2022, p. 5). Sin embargo, a mi juicio

No obstante, hay que tener en cuenta que quedarán necesariamente excluidos de la normativa de productos defectuosos los programas informáticos libres y de código abierto, incluidos los sistemas de IA que reúnan estos requisitos (así lo establece expresamente el artículo 2.2 de la Propuesta de Directiva). La razón es que, como se recoge en la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva, los productos así desarrollados no se comercializan, que es el presupuesto del que parte la Directiva vigente para imponer la responsabilidad al fabricante⁵³. Una cuestión distinta es que si este tipo de sistemas de IA se integran después por un fabricante como componente en un producto en el curso de una actividad comercial se pueda imponer al fabricante la responsabilidad por los daños causados por el defecto de dichos sistemas, pero no al fabricante de estos⁵⁴.

5. La IA como producto. Distinción entre sistemas de IA como software y sistemas de IA integrada

Aclarada la definición de sistema de IA, hay que tener en cuenta que dichos sistemas se pueden comercializar o introducir en el mercado integrados o no en otros bienes (sean estos muebles o inmuebles) sin perjuicio de que, en este último caso, puedan integrarse, después, en unos u otros. Estas diferencias tienen consecuencias prácticas importantes a la hora de aplicar la legislación de productos defectuosos. A estos concretos efectos, cabe distinguir entre: a) aquellos sistemas de IA que no se hallan integrados ni incorporados en otros bienes (sistemas de IA como *software*) b) aquellos que se hallan integrados en otros bienes (sistemas de IA integrada)⁵⁵. Se analizan a continuación cada uno de estos sistemas.

a) Sistemas de IA como *software*. - Se trata de aquellos sistemas que se comercializan y funcionan desvinculados de cualquier soporte material o físico (por ejemplo, asistentes virtuales, *software* de análisis de imágenes, motores de búsqueda, sistemas de reconocimiento de voz y rostro, entre otros⁵⁶). En este sentido, cabe hablar de sistemas de IA autónomos⁵⁷.

este argumento no es decisivo. Hay que tener en cuenta que la Propuesta de Directiva regula en general los productos defectuosos, y no de manera específica los sistemas de IA, por lo que es comprensible que la circunstancia mencionada se establezca como una más, de todas las que deben tenerse en cuenta a la hora de valorar el carácter defectuoso de un producto, al mismo nivel que la presentación o el uso del mismo.

⁵³ Vid. Considerando 14 de la Propuesta de Directiva en el que se declara que «El desarrollo o la contribución a dichos programas informáticos no debe entenderse como su comercialización. No debe considerarse como comercialización el suministro de este tipo de programas en repositorios abiertos, a menos que ello se dé en el transcurso de una actividad comercial. En principio, no debe considerarse que el suministro de programas informáticos gratuitos y de código abierto por organizaciones sin ánimo de lucro tenga lugar en un contexto empresarial, a menos que dicho suministro se dé en el transcurso de una actividad comercial» (aclaración que incorpora la Propuesta de Directiva modificada tras las enmiendas del Parlamento).

⁵⁴ V., en este sentido, Considerando 15, incorporado por la Propuesta de Directiva modificada tras las enmiendas del Parlamento.

⁵⁵ Según la definición de la Comisión europea que se recoge en algunos documentos de difusión elaborados por el Parlamento durante los trabajos preparatorios del Reglamento IA es posible distinguir entre: IA como software e IA integrada (documento disponible en europarl.europa.eu/topics/es/article/20200827STO85804/que-es-la-inteligencia-artificial-y-como-se-usa (última actualización 26-03-2021).

⁵⁶ Ejemplos directamente tomados del documento que se cita en la nota anterior.

⁵⁷ Utiliza este calificativo el Libro Blanco sobre inteligencia artificial anteriormente citado, p. 20. Siguiendo a este, ZURITA MARTÍN, *Actualidad jurídica iberoamericana*, nº 14, 2021, p. 447. En todo caso, como se señala en el texto, debe quedar claro que con la utilización de este calificativo no se quiere hacer referencia al grado de autonomía

En este caso, el sistema de IA tiene en sí mismo la consideración de producto, ya que, como se ha dicho, la definición actual en la Directiva 85/374 comprende cualquier bien de naturaleza mueble, incluidos los que no tienen carácter tangible. Resulta indiferente si el producto informático se descarga directamente a través de la red o si se suministra en un soporte físico o material con fines de almacenamiento o transporte o, incluso si se suministra por un tercero a modo de servicio. Sobre este último aspecto volveré después, aunque por ahora basta con dejar apuntado que, en este último caso, aunque el sistema de IA se facilita en el marco de una prestación de servicios, por sí mismo, tiene la consideración de producto.

b) Sistemas de IA integrada. - Con esta expresión se hace referencia a aquellos sistemas que se comercializan integrados en otros bienes (Alexa, robots, drones, vehículos autónomos e internet de las cosas)⁵⁸.

En este caso, aunque, desde un punto de vista material, el sistema de IA tiene la consideración de parte integrante o componente del bien en el que se integra, conforme a la legislación vigente dicho sistema debe considerarse en sí mismo como producto, aunque haya sido instalado por un tercero, ya que la definición de producto que contempla la Directiva 85/374 comprende cualquier bien de naturaleza mueble, aunque esté unido o incorporado a otro, de naturaleza mueble o inmueble. De acuerdo con ello, el Tribunal Supremo español, en la STS 649/3014, Civil, de 13 de enero de 2015 (Roj: STS 181/2015), ha considerado como producto defectuoso el *software* dotado de inteligencia artificial incorporado a un avión causante del accidente en el que se vio implicado este⁵⁹.

A la vista de ello, la pregunta que cabría hacerse es ¿qué sentido podría tener renunciar a la responsabilidad del fabricante del bien, cuando dicho sujeto deberá responder en todo caso, y

con el que actúa el producto (que es una de las características de los sistemas de IA) sino sencillamente a que no están integrados en otros bienes. A estos efectos, resulta más aséptico, el término inglés (*standalone AI system*).

⁵⁸ En este sentido, los sistemas de IA integrados en un bien serían equivalentes a la expresión «bienes con elementos digitales» que incorporan las Directivas (UE) 2019/770, sobre el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales, y 2019/771, relativa a determinados aspectos sobre el contrato de compraventa. Asimismo, podría compararse con la expresión *software* «embedded in goods» que se utiliza en la definición del término «Goods» el artículo 9-102 (a) (44) del *Uniform Commercial Code*. De acuerdo con esta definición, «The term also includes a computer program embedded in goods and any supporting information provided in connection with a transaction relating to the program if (i) the program is associated with the goods in such a manner that it customarily is considered part of the goods, or (ii) by becoming the owner of the goods, a person acquires a right to use the program in connection with the goods. The term does not include a computer program embedded in goods that consist solely of the medium in which the program is embedded». Utiliza esta definición para justificar la consideración del *software* como producto, CASTELLS I MARQUÈS, «Drones civiles», en NAVAS NAVARRO (dir.), *Inteligencia artificial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 94.

⁵⁹ Sin entrar en el detalle de las cuestiones que se abordan en esta sentencia (de una gran complejidad procesal) para lo que ahora interesa, basta con mencionar que la sentencia tiene su origen en un accidente sufrido por un avión de pasajeros Tupolev, que el 1 de julio de 2002 se estrelló en las cercanías de Überlingen, lago Constanza, en Alemania, tras chocar en pleno vuelo contra la aeronave Boeing explotada por la compañía Dhl Airways. Ambos aviones iban dotados del sistema anticolidión TCAS II versión 7.0. En la demanda se solicitaba, entre otras cosas, la declaración de que los proveedores del sistema eran responsables de haber concebido, diseñado, fabricado, comercializado, vendido y/o instalado un producto defectuoso (el sistema anticolidión mencionado), que dicho producto y sus defectos estaban directamente vinculados y son la causa final y efectiva del accidente aéreo en el que fallecieron los familiares de los demandantes. También de manera muy resumida, el TS estimó que los defectos del producto (el sistema anticolidión mencionado) estaban directamente vinculados y fueron la causa del accidente aéreo en el que fallecieron los familiares conjuntamente con la actuación del centro de control aéreo de Zúrich.

dirigirse sólo contra el proveedor del sistema como producto, lo que requiere la prueba de que el defecto se debe a este, más difícil para la víctima? ⁶⁰. Dando por sentado que la estrategia concreta dependerá de las circunstancias particulares del caso, sobre el papel, el fabricante del bien podrá resultar exonerado en el caso de que «sea probable que el defecto que causó el daño no existiera en el momento en que él puso el producto en circulación o que este defecto apareciera más tarde» (art. 7. b Directiva 85/374). Sobre esta base, la acción contra el fabricante del sistema de IA será la única vía para obtener la reparación del daño ⁶¹.

Una solución similar se alcanza con la Propuesta de Directiva, con el matiz de que en este caso el sistema de IA tendrá la consideración de componente (y no como producto) conforme al artículo 4.4. Según el texto aprobado por el Parlamento, dicho sistema tendrá en todo caso la consideración de componente, ya que, con buen criterio, se ha eliminado de la Propuesta la exigencia de que su integración en el producto final se realice bajo el control del fabricante (cfr. art. 4.4) ⁶². No obstante, el dato de que la integración del sistema no se realice bajo el control del fabricante del bien o producto final tendrá sus consecuencias en el plano de la exoneración, ya que, si se diera esta circunstancia, el fabricante podrá ser exonerado en virtud de la causa de exoneración prevista en el artículo 11.1.c) de dicho texto, análoga a la que se contempla en la Directiva 85/374 ⁶³.

En suma, la clasificación entre los dos tipos de sistemas de IA tendrá consecuencias prácticas en lo que respecta a la identificación de los sujetos responsables. Pero la diferenciación entre estos dos tipos de sistemas no se agota aquí, sino que tiene otras consecuencias prácticas importantes, ya que la aplicación de la responsabilidad objetiva que regula la legislación de productos defectuosos resulta mucho más limitada para el primer tipo de sistemas (es decir, los que no se integran en otros bienes).

⁶⁰ De manera muy expresiva, señala ATIENZA NAVARRO que «una buena estrategia procesal llevaría a la víctima a elegir al fabricante del sistema inteligente como producto completo, puesto que este va a responder de cualquier defecto en general, mientras que en el caso de los otros sujetos deberá acreditar que dicho defecto se produjo específicamente en el ámbito de sus competencias especializadas (esto, es, si se trata, por ejemplo, del *software*, la víctima deberá probar que hubo un defecto en el programa informático, lo cual le resultará más difícil, *Daños causados por inteligencia artificial y responsabilidad civil*, Atelier, Barcelona, 2022, p. 152.

⁶¹ V., en este sentido, ZURITA MARTÍN, quien advierte sobre la imposibilidad de atribuir responsabilidad al productor por defectos del *software* en el caso de sistemas abiertos (*open systems*) provenientes de distintos suministradores (*Actualidad jurídica iberoamericana*, n° 14, 2021, p. 463).

⁶² Con arreglo a la versión actual de la Propuesta de Directiva, la definición de componente comprende cualquier artículo, tangible o intangible, «que está integrado en un producto o interconectado con él» (cfr. art. 4.4). Por tanto, se ha suprimido el requisito que preveía la Propuesta inicial de que estuviera bajo el control del fabricante (cfr. art. 4.1.3).

⁶³ Lo entiende de manera distinta IZQUIERDO GRAU, quien, incluso antes de la versión actual de la Propuesta de Directiva (que exigía que el sistema de IA se integrara bajo el control del fabricante), sostiene que el desarrollador del *software* no puede ostentar la condición de tercero, en la medida que sin dicho elemento el bien no sea capaz de desarrollar sus funciones, de manera que «frente a la víctima impera la concepción global del producto» y, por tanto, no cabría exoneración para el fabricante («Software y algoritmos defectuosos. Algunas consideraciones sobre la responsabilidad del desarrollador de software o de sistemas de inteligencia artificial», *IDP: Revista de Internet, Derecho y Política*, n° 38, 2023, p. 7). Desde un punto de vista de *lege ferenda*, antes de la adopción de la Propuesta de Directiva, defendía esta interpretación MARTÍN CASALS, al estimar que la circunstancia de que el contenido digital se instalara antes o después de la puesta en circulación del bien sería irrelevante en tanto que su «funcionalidad» dependiera de dicho contenido (*Ius et Praxis*, Vol. 28, 2022, p. 12).

En efecto, más que la propia consideración como producto de este tipo de sistemas, lo que debe cuestionarse es si la responsabilidad por los daños que puedan generar u ocasionar están comprendidos en el ámbito de aplicación de la normativa específica de productos defectuosos. La razón que justifica analizar esta cuestión es la limitación de los daños que pueden ser indemnizados al amparo de dicha normativa, debido a dos circunstancias: a) los daños indemnizables son únicamente los daños causados por el propio producto (sistema de IA), y no los que derivan de los contenidos, decisiones o recomendaciones que resultan de dichos sistemas; b) aunque se trate de daños causados por el propio sistema, sólo son indemnizables determinados tipos de daños que la propia normativa contempla, quedando excluidos los demás. Me ocupo a continuación de cada uno de estos aspectos.

a) En primer lugar, como se ha adelantado, la normativa de productos defectuosos sólo regula los daños que causa por sí mismo el propio producto (esto es, el sistema de IA). Por esta razón, en el caso de los sistemas de IA autónomos, los daños cubiertos por dicha normativa sólo podrán ser aquellos que resulten del propio sistema, mediante su ejecución o descarga, y no de los contenidos decisiones o recomendaciones suministrados por dicho sistema. Dicho de otro modo, no podrá considerarse defectuoso un sistema de IA que facilita información inexacta (defectuosa), cuando dicha información, y no el sistema por sí mismo, sea la causa del daño causado a una persona o a los bienes.

Es muy significativa en este sentido, la STJU de 10 de junio de 2021, KRONE-Verlag, asunto C-65/20, en la que se declara que no constituye producto defectuoso un ejemplar de periódico impreso en el que, tratando de un tema paramédico, da un consejo de salud inexacto relativo a la utilización de una planta (rábano recién rallado), cuyo seguimiento por el lector causa daños a su salud⁶⁴. En esta sentencia, el TJUE declara que lo que en este caso es defectuoso es el consejo, que en sí mismo tiene la consideración de servicio, y que en todo caso no forma parte de los elementos intrínsecos del periódico impreso, pues no se refiere a la presentación ni al uso de este, que son los únicos que permiten apreciar si dicho producto es defectuoso.

Trasladando este razonamiento a los sistemas de IA, la conclusión es que no cabe imponer responsabilidad al proveedor de los mismo por los daños que ocasione la información defectuosa que generen dichos sistemas, si dicha información no tiene un reflejo en el comportamiento, utilidades y/o presentación del propio sistema o del bien en el que se integra este. Por este motivo, se deben considerar excluidos del ámbito de aplicación de la normativa de productos defectuosos, los llamados sistemas de IA generativa, incluidos los sistemas de chat basados en el modelo de lenguaje por inteligencia artificial. En particular, el icónico *ChaptGPT*, sin perjuicio de que este producto, en su modalidad o versión gratuita, quedaría excluida de su ámbito de aplicación por tener carácter gratuito. En el sentido que acaba de exponerse, en la parte expositiva de la Propuesta se aclara que «la información no debe considerarse un producto»

⁶⁴ Los hechos relevantes que sirven de base a la cuestión prejudicial remitida al TJUE son los siguientes: un periódico austriaco publica un artículo sobre los beneficios de la aplicación de rábano picante rallado, firmado por un miembro de una orden religiosa, que, en su condición de experto, da consejos gratuitos en una columna publicada diariamente por el periódico. Siguiendo este consejo, el demandante en el asunto principal, aplicó esta sustancia en la articulación de su pie, que le causó una reacción cutánea tóxica. La víctima interpone demanda contra la empresa propietaria de medios de comunicación y editora de la edición regional del periódico en cuestión y solicita la condena al pago de los daños corporales sufridos y todas las consecuencias dañosas actuales y futuras resultantes del incidente. En el marco de este proceso, el tribunal se plantea la cuestión de si un editor de prensa o el propietario de un periódico puede ser considerado responsable con arreglo a la Directiva 85/374,

aunque no se hace referencia expresa a la información generada por los sistemas de IA mencionados⁶⁵.

b) En segundo lugar, como se ha dicho, hay que tener en cuenta la limitación del tipo o de la clase de daños cubiertos por la responsabilidad regulada en esta Directiva 85/374. Como es sabido, estos se limitan a los daños personales y daños causados a otros bienes, que no sea el propio producto, siempre que por su naturaleza se destine al uso o consumo privado y se utilice con ese fin, siempre que se supere el umbral económico establecido (cfr. art. 9). Asimismo, dicha Directiva permite obtener indemnización por los daños morales de acuerdo con el régimen de responsabilidad establecido en la misma, aunque únicamente en el caso de que la normativa aplicable admita la reparación de esta clase de daño (cfr. art. 9 *in fine*)⁶⁶. La Propuesta de Directiva clarifica esta interpretación en su artículo 6.2, al establecer que la indemnización que puede obtenerse con arreglo a esta Directiva cubrirá esta clase de daños, en la medida que puedan ser indemnizados con arreglo al Derecho nacional, al tiempo que establecer la inclusión obligada de los daños para la salud psicológica comprobados médicamente (art. 6.1 a).

Debido a estas limitaciones será difícil, aunque no imposible, que los sistemas de IA autónomos generen daños comprendidos en la normativa de productos defectuosos.

Esto sentado, en concreto, ¿qué tipo de daños producidos por estos sistemas serían indemnizables con arreglo a la normativa de productos defectuosos? A efectos de su determinación, conviene distinguir entre daños personales y materiales.

a) En lo que respecta a los daños materiales, está fuera de toda duda que quedan comprendidos en dicha normativa los daños causados a otros bienes por la ejecución o descarga de un programa siempre que cumplan los requisitos exigidos por dicha legislación. Dentro de estos bienes, hay que incluir la pérdida o corrupción de archivos digitales y de datos, ya que estos últimos también se deben considerar como «bienes de carácter digital»⁶⁷. En cualquier caso, la Propuesta de Directiva los incluye de una manera expresa (cfr. art. 6.1.c)⁶⁸. Lógicamente también quedan

⁶⁵ Vid., Considerando 13 de la Propuesta de Directiva. La versión aprobada por el Parlamento introduce la previsión entrecomillada en el texto, añadiendo que por este motivo la normativa de productos defectuosos no se aplica «al contenido de los archivos digitales, como los archivos multimedia o los libros electrónicos o el código fuente de los programas informáticos».

⁶⁶ Esta es, en origen, la interpretación de la norma más ajustada al proceso de elaboración de la Directiva y, al propio tiempo, la más beneficiosa para la víctima, aunque el legislador español lo entendió en el sentido de que los daños morales tenían que reclamarse con arreglo a las reglas generales tradicionales en materia de responsabilidad civil (vid., sobre esta interpretación y los problemas que plantea, PARRA LUCÁN, *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*, Reus, 2011, pp. 47-51). No obstante, la ambigua redacción del precepto mencionado propició que algunos autores entendieran excluidos estos daños del ámbito de aplicación de la Directiva 85/374, BERCOVITZ RODRÍGUEZ, «La Ley de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos», *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, tomo III, Cívitas, 1996, p. 2749.

⁶⁷ Conviene recordar que los datos (especialmente los personales) no sólo pueden ser considerados jurídicamente desde el ámbito de protección de la privacidad, o desde la perspectiva de la protección de los derechos fundamentales, sino también su vertiente patrimonial. En este sentido se ha señalado que «los datos se pueden incluir en el concepto de bienes, objeto de propiedad, como se incluyen los bienes inmateriales», vid., PLANA ARNALDOS, «Economía de los datos y propiedad sobre los datos», *Revista de Educación y Derecho*, nº 24, 2021, p. 11.

⁶⁸ El texto aprobado por el Parlamento traslada los daños del apartado de definiciones a un artículo independiente (art. 6). Respecto a la pérdida o corrupción de datos (art. 6. 1.c), la Exposición de Motivos aclara que esta circunstancia «no da lugar automáticamente a una pérdida material si la víctima puede recuperar los datos sin

incluidos cualesquiera otros bienes en el caso de que sufran algún daño debido al carácter defectuoso del sistema de IA (por ejemplo, la pérdida del *hardware* en el que se descarga o con el que se ejecuta dicho sistema).

No quedarían comprendidos en esta categoría los llamados daños económicos puros, como, por ejemplo, los generados por la denegación de un préstamo o por sistemas de IA que emiten órdenes y contraórdenes al mercado (por ejemplo, si, como consecuencia de estas se producen pérdidas económicas)⁶⁹. Este tipo de daños son excluidos de manera expresa en la parte expositiva de la Propuesta de Directiva⁷⁰. Sin embargo, a mi juicio, no serían merecedores de esta calificación y, por tanto, deberían indemnizarse como daño causado a otros bienes, los ocasionados por la pérdida de activos representados mediante anotaciones en cuenta debido a un problema de ciberseguridad, pues se trata de derechos de contenido económico, que deben considerarse incluidos en la expresión «cosa» utilizada por el artículo 9 b) de la Directiva 85/374 entendida como sinónimo de «bien» (a estos efectos, la expresión «cualquier propiedad» que utiliza la Propuesta de Directiva facilita la inclusión de este tipo de daños⁷¹).

Sin embargo, requiere alguna matización la previsión de la Propuesta de Directiva relativa a la exclusión de la discriminación como daño indemnizable, que es el ejemplo al que se hacía referencia en el primer apartado de este trabajo⁷². A mi juicio, lo que quiere decirse con ello es que la discriminación, por sí misma, no es un daño indemnizable. Pero, dicho esto, no hay problema en que, si se causa un daño comprendido en esta normativa debido a un comportamiento o actuación discriminatoria del sistema de IA, este daño deberá indemnizarse con arreglo a la misma. Lo que debe quedar claro es que no basta con que el sistema genere una información que revista dicho carácter, sino que este debe tener un reflejo en el comportamiento o funcionalidad del sistema (o del bien en el que esta se integre).

b) Es bastante más difícil que este tipo de sistemas ocasionen daños personales, aunque no cabe excluirlos completamente⁷³. Por ejemplo, piénsese en los producidos por la descarga o ejecución

coste, como por ejemplo cuando existe una copia de seguridad de los datos o los datos pueden descargarse de nuevo, o si un operador económico restaura o restablece los datos temporalmente no disponibles, por ejemplo, en un entorno virtual» (Considerando 20). En todo caso, la Propuesta de Directiva suprime el umbral mínimo de los quinientos euros para cualquier tipo de daño material.

⁶⁹ V., en este sentido, NAVAS NAVARRO, «Responsabilidad civil del fabricante y tecnología inteligente. Una mirada al futuro», *Diario La Ley*, nº 35, 27 de diciembre de 2019, consultado en versión digital, p. 2. Sin embargo, los considera incluidos ATIENZA NAVARRO, *Daños causados por inteligencia artificial y responsabilidad civil*, 2022, p. 186.

⁷⁰ V. Considerando 24, incorporado en la Propuesta de Directiva aprobada por el Parlamento, en el que se excluyen de manera expresa «los tipos de daños distintos de los previstos en la presente Directiva, como las pérdidas económicas, los ataques a la intimidad o la discriminación».

⁷¹ V. artículo 6.1.b) de la Propuesta de Directiva.

⁷² V., nota anterior.

⁷³ Así lo entiende, ATIENZA NAVARRO, *Daños causados por inteligencia artificial y responsabilidad civil*, 2022, p. 186. Sin embargo, no serían daños personales comprendidos en la Directiva el ejemplo que apunta esta autora, a saber, algoritmos que emiten órdenes y contraórdenes económicas que «en lugar de ir destinadas a adoptar decisiones económicas van dirigidas a seleccionar los destinatarios de un programa de trasplante de órganos». Como se ha explicado en el texto, los daños comprendidos en el ámbito de la Directiva son sólo los ocasionados por los sistemas de IA, por sí mismos, y no por las decisiones, consejos o recomendaciones realizadas por dichos sistemas. Otros autores, han negado categóricamente la inclusión de daños personales, vid. NAVAS NAVARRO, *Diario La Ley*, nº 35, 27 de diciembre de 2019, p. 2.

de un programa informático, que produce un calentamiento excesivo o explosión del *hardware*, a raíz de lo cual se producen daños personales.

6. Los datos como producto defectuoso

Como es sabido, una de las características principales de los sistemas de IA es su dependencia de datos, a partir de los cuales se diseñan los modelos que sirven de base a cualquier acción o actuación del sistema⁷⁴. Además, algunos de estos sistemas, los dotados de una mayor autonomía, pueden extraer o recopilar nuevos datos y elaborar nuevos modelos durante toda la vida de los mismos, lo que tendrá consecuencias a la hora de valorar la seguridad de los productos. A la vista de ello, la pregunta que cabe hacerse es si los daños causados por la falta de calidad o el carácter defectuoso de los datos pueden ser objeto de compensación al amparo de la normativa de productos defectuosos y, en su caso, a quien serían imputables y sobre qué base.

El primer aspecto que conviene resaltar es que los datos pueden considerarse defectuosos por diferentes motivos: no sólo cuando son erróneos (esto es, incorrectos o incompletos) sino también si son poco representativos o introducen sesgos discriminatorios y, por tanto, no son pertinentes para la finalidad del sistema de IA, en la medida que cualquiera de ellos puede ser la causa de que el producto sea inseguro⁷⁵. Incluso puede ser que el problema no resida en los datos como tales, sino en su recopilación o procesamiento⁷⁶. Un problema añadido es que los datos pueden provenir de fuentes diversas. Se puede suministrar por el proveedor o pueden ser recopilados mediante sensores por el propio sistema de IA. Pero también se pueden facilitar por terceros antes de su puesta en circulación, incluido el usuario, en sentido amplio, del mismo⁷⁷.

⁷⁴ En el Libro Blanco sobre IA se clarifica que la inteligencia artificial se integra principalmente por dos elementos: los datos y los algoritmos. Se añade que estos últimos son entrenados «para inferir determinados modelos a partir de un conjunto de datos, a fin de determinar las acciones que se requieren para alcanzar un objetivo determinado» (vid., «Libro blanco...», cit., p. 21). Según el mencionado documento, la dependencia de los datos es de tal magnitud, que «sin datos no hay inteligencia artificial» (p. 24). La doctrina, en general, resalta la repercusión de los datos sobre el funcionamiento del sistema y, por tanto, sobre las normas de responsabilidad civil, entre otros: ATAZ LÓPEZ, *Working Papers Jean Monnet Chair*, 4, 2020, p. 28; ATIENZA NAVARRO, *Daños causados por inteligencia artificial y responsabilidad civil*, 2022, p.146.

⁷⁵ Requiere alguna matización especial el caso de que los datos introduzcan algún sesgo discriminatorio; se refiere expresamente a este supuesto, ATIENZA NAVARRO, *Daños causados por inteligencia artificial y responsabilidad civil*, p. 146. A mi juicio, pese a su inclusión sería posible, no será fácil que los daños que los daños ocasionados por este motivo estén comprendidos en el ámbito de la Directiva 85/374: es necesario que el sistema esté conectado a algún bien o algún dispositivo que, al actuar de manera discriminatoria, ocasione daños a las personas o a los bienes comprendidos en la Directiva, lo que restringe notablemente su aplicación a este supuesto (por ejemplo, un sistema de IA integrado o interconectado con algún dispositivo médico que, al estar entrenado con datos que tienen un sesgo discriminatorio, no tuvieran en cuenta determinados rasgos característicos de un sexo o raza concreta, causando daños personales).

⁷⁶ En este sentido se señala que los defectos de los datos son de diversa índole y no pueden ser reconducidos a una categoría única (vid., LÓPEZ DEL MORAL / QUESADA LÓPEZ/ANTÓN SANCHO, «Inteligencia artificial y responsabilidad civil: ¿es realmente necesario un cambio en el ordenamiento jurídico?», *Diario La Ley*, nº 47, Sección Ciberderecho, 29 enero 2021, p. 7).

⁷⁷ Como es señala en el texto, esta expresión debe entenderse en sentido amplio, como comprensiva de cualquier persona que utilice un sistema de IA, incluido, en los sistemas de IA de alto riesgo, el llamado *responsable del despliegue*. Este sujeto se define como «toda persona física o jurídica, autoridad pública, agencia u organismo de otra índole que utilice un sistema de IA bajo su propia autoridad, salvo cuando su uso se enmarque en una actividad personal de carácter no profesional» (art. 3.4 Reglamento IA). Dicho término, incorporado en la Posición del Parlamento que sustituye a las enmiendas aprobadas el 14 de junio de 2023, sustituye el de implementador, que fue introducido en dichas enmiendas.

Es evidente que la casuística a la que puede dar lugar la combinación de todas estas variables es muy amplia y, como tal inabarcable en un trabajo de estas características. No obstante, cabe establecer algunos criterios o pautas generales que ayuden a dar una respuesta a las preguntas arriba planteadas, sin pretender agotar todos los problemas que pueden surgir.

a) En primer lugar, cabe plantear si puede aplicarse la responsabilidad objetiva que contempla la normativa de productos defectuosos en el caso de que los datos suministrados por el proveedor (o por un tercero) o recopilados directamente por el sistema de IA, se hayan extraído de una red abierta (internet), a cuyos efectos hay que distinguir entre la responsabilidad del propietario de los datos y del fabricante del sistema.

En lo que respecta al primer aspecto, en la legislación vigente, no ofrece duda que estos datos son bienes digitales públicos. Por lo que ahora interesa, estos bienes, que contribuyen al desarrollo digital sostenible, se caracterizan por el uso de licencias apropiadas para el libre acceso que legitiman su utilización, y no pueden ser apropiables⁷⁸. Pero lo determinante para excluir su responsabilidad es que, con arreglo a la normativa de productos defectuosos, no está sujeto a responsabilidad quien cede gratuitamente su uso ni los utiliza de esta forma (art. 7. c)⁷⁹.

Una cuestión distinta es si, conforme a la Directiva actual, se puede imponer la responsabilidad al fabricante del sistema por el carácter erróneo de estos datos. A mi juicio, dicho sujeto debe considerarse responsable si el diseño del sistema contempla el suministro o la recopilación de datos tomados de una red abierta, como sucedería con cualquier otro componente conforme al artículo 3.1 de dicha Directiva. Como se ha dicho más arriba, el hecho de que los datos sean un bien digital de carácter público constituye un impedimento para que pueda considerarse responsable a quien los cede de manera gratuita o los utiliza para fines particulares, pero no a quien los utiliza con fines comerciales (ya sea el fabricante o un tercero). Sobre esta base, el fabricante sería responsable como responsable de un *producto acabado* (el sistema de IA) que contiene una parte integrante defectuosa, aunque sea de carácter intangible, conforme a la amplia redacción del mencionado artículo 3.1 Directiva 85/374.

La Propuesta de Directiva no contiene ninguna previsión relativa a los datos tomados de una red abierta, aunque pueden alcanzarse los mismos resultados que se han expuesto más arriba. Además, puede aplicarse por analogía la explicación que recoge su Exposición de Motivos en relación con los programas libres y de código abierto defectuosos que se suministran al margen de una actividad comercial⁸⁰.

⁷⁸ Según ATAZ LÓPEZ, en la medida que estos datos pueden fluir libremente por internet, y ser objeto de reproducción sin trabas, es difícil considerarlos «bienes susceptibles de apropiación», cualidad indispensable para considerar que estamos ante una «cosa» y, por tanto, ante un «producto» en el sentido de esta normativa (*Working Papers Jean Monnet Chair*, p. 35). A mi juicio, como se recoge en el texto, la explicación reside, más bien, en que, al tratarse de bienes digitales públicos, no se puede imponer responsabilidad a quien los cede de manera gratuita.

⁷⁹ Sobre los requisitos exigibles a los bienes públicos digitales, vid., <http://datos.gob.es>. Por lo que ahora interesa, uno de estos requisitos es que la propiedad de los bienes debe estar claramente definida y documentada.

⁸⁰ V. Según el Considerando 14 Propuesta de Directiva, los programas libres y de código abierto defectuosos que no se suministran al margen de una actividad comercial no generan responsabilidad para el fabricante de los mismos. Sin embargo, dichos programas dan lugar a la responsabilidad del fabricante del sistema de IA si dicho sujeto los integra, como componente de aquél, con fines comerciales. Además, la Propuesta de Directiva facilita

b) En segundo lugar, en el Derecho vigente, suscita alguna dificultad el supuesto de que los datos sean suministrados por tercero, ya sea como un bien, mediante el pago de un precio u otra contraprestación, ya sea en el marco de una prestación de servicios con anterioridad al momento en que debe apreciarse la valoración del defecto, esto es, antes de la puesta en circulación del producto de conformidad con el artículo 6.1.c) de la Directiva 85/374.

La cuestión es si dichos datos pueden considerarse como parte componente del sistema de IA. No debería haber ningún problema en entenderlo así si los datos se suministran como un bien y, sobre esta base, imponer al sujeto que los ha facilitado la responsabilidad que contempla la normativa de productos defectuosos conforme al artículo 3.1 de la Directiva 85/374. Mayores dudas plantea, *a priori*, el supuesto de que dichos datos se suministren en el marco de una prestación de servicios. Cabría pensar que, con la regulación actual en la mano, la responsabilidad derivada del carácter defectuoso de estos datos debería quedar fuera de dicha normativa. No obstante, tras analizar con detenimiento esta cuestión, no hay problema en que los servicios relacionados con un producto se consideren, con carácter general, parte o componente del mismo⁸¹. En cualquier caso, para evitar todas estas dificultades interpretativas será de gran utilidad la previsión que contempla la Propuesta de Directiva, conforme a la cual la definición de parte componente comprende no sólo los bienes, tangible o intangible, sino también «cualquier servicio conexo» (cfr. art. 1.1. 3).

Una situación distinta, y más difícil de resolver, se plantea en el caso de que los datos defectuosos sean incorporados al sistema de IA por un tercero después del momento arriba señalado (esto es, la puesta en circulación del producto ex artículo 6.1.c)], incluido el propio perjudicado. La cuestión es en qué medida el fabricante del sistema de IA podrá quedar exonerado o no de responsabilidad en este supuesto, ya que la responsabilidad del primero no necesariamente exime a la que incumbe a dicho sujeto; desde luego no será así en el caso de que se trate de tercero y puede no serlo, en el caso de que se trate de la propia víctima (cfr. arts. 8.1 y 8.2 Directiva 85/374).

Es evidente que, conforme a la normativa vigente, la solución a esta respuesta debe resolverse en el marco del artículo 7 b) de la Directiva 85/374, en el que se establece como causa de exoneración del fabricante la probabilidad de que el defecto causante del daño no existiera en el momento en el que el sistema de IA se puso en circulación o que el defecto apareciera más tarde (aunque, al ser incorporado al Derecho español se introducen algunos cambios, incluida una presunción de inexistencia del mismo conforme al artículo 140.1 b) TRLGDCU). Según la doctrina más autorizada, lo dispuesto en este precepto obedece a un principio básico, a saber, si al momento de valoración de defecto el defecto no existía, el fabricante no será responsable de los defectos que puedan surgir después⁸². De acuerdo con ello, probados por el perjudicado el

la consideración de los datos como *componente*, al incluir de manera expresa en su definición los intangibles (art. 4.4).

⁸¹ V. sobre el particular, apartado 8. 1. IA y servicios conexas. En todo caso, ATAZ LÓPEZ, así lo entiende para el supuesto concreto de los datos proporcionados por una empresa de servicios, sobre la base de que en este tipo de tecnologías se desdibuja la diferencia entre «producto» y «servicio» (*Working Papers Jean Monnet Chair*, p. 35).

⁸² V., por todos, SOLÉ I FELIU, *El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante*, 1997, p. 331. Como explica este autor, aunque el precepto alude únicamente al defecto del propio producto, comprende también los derivados de un manejo incorrecto o inapropiado en la cadena de transmisión o del propio perjudicado durante su uso (p. 333).

defecto, los daños y la relación de causalidad, atendiendo al principio de facilidad probatoria, corresponderá demostrar al fabricante del sistema de IA la concurrencia de aquellas circunstancias que permitan inferir que el defecto que causó los daños no existió en dicho momento⁸⁵. A este respecto, la doctrina ofrece una muestra de criterios posibles que pueden ser utilizados en función de las expectativas protegibles en el momento de valorar la seguridad del producto⁸⁴. La cuestión es acertar a la hora de determinar aquellas que permitirían inferir que no existió ningún defecto de diseño imputable al fabricante del sistema en el caso que se analiza. A mi juicio, podría entenderse así si este sujeto demuestra que los datos necesarios para el funcionamiento del sistema no fueron suministrados por el fabricante ni, atendiendo a su diseño, pudieron ser filtrados o captados por el sistema.

Un razonamiento similar puede aplicarse tomando como base las disposiciones generales de la Propuesta de Directiva, esto es, los artículos 7 c) y 11 c), sin necesidad de incorporar una previsión específica en una regulación que se aplica a cualquier producto defectuoso, y no sólo a los sistemas de IA⁸⁵.

c) En tercer lugar, como se ha adelantado, hay que tener en cuenta la autonomía y capacidad de aprendizaje de algunos sistemas de IA, que pueden ser entrenados para extraer o recopilar nuevos datos y/o inferir nuevos modelos, que es el rasgo característico de los sistemas de aprendizaje profundo⁸⁶. La responsabilidad del fabricante de los sistemas de IA autónomos ya ha sido abordada, de manera general, al hablar de la autonomía de los sistemas de IA, por lo que me remito a lo que dije sobre el particular⁸⁷.

d) La cuestión merece algún comentario adicional si los sistemas de IA son de alto riesgo, para los que el Reglamento IA establece, desde un punto de vista preventivo, algunos requisitos exigibles a los proveedores de los mismos. Ya desde los trabajos preparatorios del Reglamento IA, la Comisión estimaba preciso la necesidad de implementar un control objetivo previo de conformidad, que incluía el control de los algoritmos y de los conjuntos de datos utilizados en la

⁸⁵ V., en este mismo sentido, SOLÉ I FELIU, *El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante*, 1997, p. 337. BORGHETTI parece entender las reglas de la prueba de otro modo, cuando concluye que la prueba de defectos de diseño o de falta de instrucciones no difieren substancialmente de la responsabilidad por culpa, en tanto que la prueba del defecto, a cargo de la víctima, requiere probar que el producto no fue diseñado como debiera («Taking EU Product Liability Law seriously: How can the Product Liability Directive effectively contribute to consumer protection?», *French Journal of Legal Policy*, nº 1, 2023, p. 33.

⁸⁴ V. sobre este particular, SOLÉ I FELIU, *El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante*, 1997, pp. 346-350.

⁸⁵ Pensando en supuestos como este, algunos expertos han propuesto que se introduzca una causa de exoneración que permita al proveedor del sistema de IA oponer que el daño fue causado por los datos suministrados por tercero y no por el sistema como tal, siempre que se pruebe este extremo y que no cabía razonablemente esperar que el sistema de IA filtrara dichos datos defectuosos (*Response of the European Law Institute (ELI) to the European Commission's Public Consultation on Civil Liability. Adapting Liability Rules to the Digital Age and Artificial Intelligence*, 2022, p. 19). Aunque se comparte el argumento o idea de fondo, como se ha explicado en el texto, me parece posible llegar a la misma solución con los preceptos generales arriba.

⁸⁶ Sobre la importancia de este elemento en los sistemas de IA, vid. NAVAS NAVARRO, *CESCO (Publicaciones jurídicas)*, 19 de octubre de 2022, p. 2.

⁸⁷ vid. apartado 3. Rasgos de la IA y su trascendencia para la aplicación de la normativa de productos defectuosos

fase de desarrollo del sistema, así como la exigencia de un control y evaluaciones reiteradas durante toda la vida útil del mismo⁸⁸.

Con estos precedentes, no constituye ninguna sorpresa la previsión del Reglamento IA relativa a que los sistemas de alto riesgo que implican el entrenamiento de modelos con datos se deben desarrollar a partir de datos de entrenamiento, validación y prueba que cumplan ciertos requisitos. Muy resumidamente, dichos datos deben ser pertinentes y representativos, carecer de errores y ser completos, así como tener las propiedades estadísticas adecuadas, también en lo que respecta a las personas o grupos de personas con los que se pretende utilizar este tipo de sistemas, y no tener sesgos discriminatorios. La exigencia se lleva al extremo de exigir que los datos mencionados tengan en cuenta, en la medida necesaria, las características o elementos particulares del contexto en el que se pretende utilizar el sistema (cfr. art. 10.3 Reglamento IA).

Lo que ahora interesa es abordar cuáles son las consecuencias derivadas del incumplimiento de estos requisitos a la hora de imponer al proveedor la responsabilidad por productos defectuosos, cuestión que debe reconducirse, en términos más amplios, al problema general de coordinación de la normativa de productos defectuosos con la normativa de seguridad. Como ya se ha dicho, al explicar la característica de vulnerabilidad de los sistemas de IA, aunque la Directiva 85/374 no exige de manera expresa atender al cumplimiento de los requisitos de seguridad para apreciar el carácter defectuoso de un producto, no hay duda de que debe entenderse así. La Propuesta de Directiva ha venido a clarificar de manera decisiva este aspecto, como se decía entonces, ya que establece de manera explícita la exigencia de cumplir con los requisitos de seguridad pertinentes (art. 7. 2 f) al mismo tiempo que establece una presunción del defecto si no se cumplen los requisitos de seguridad que tienen por objeto proteger contra el daño sufrido (art. 10. 2 b).

En todo caso hay que entender que, según el Reglamento IA, el mero incumplimiento de los requisitos mencionados no se traduce en la imposición de responsabilidad al proveedor del sistema si dicho incumplimiento no supone un incremento del riesgo concreto cuya materialización fue la causa del daño sufrido. Incluso en dicho supuesto, la falta de cumplimiento de los requisitos de seguridad mencionados no podrá ser tenida en cuenta si el proveedor demuestra que el daño se hubiera producido de todas formas⁸⁹. Estas consideraciones permitirán dotar de contenido y hacer más previsible la necesidad de estar al cumplimiento de

⁸⁸ Señala ZURITA MARTÍN que, habida cuenta que la normativa europea no trata de manera específica el riesgo para la seguridad derivado de los datos erróneos, en el Informe que acompaña al Libro Blanco, se plantea la necesidad de estudiar la inclusión de requisitos específicos en la fase de diseño de los productos y mecanismos para garantizar la calidad de los datos cuando se usan con sistema de IA (*Actualidad jurídica iberoamericana*, nº 14, 2021, p. 453). La autora hace referencia al «Informe de la Comisión sobre las repercusiones en materia de seguridad y responsabilidad civil de la inteligencia artificial, el internet de las cosas y la robótica» que acompaña al Libro Blanco en el que se concretan y se dan forma a las ideas que, de una de manera más general, se recogen en este documento.

⁸⁹ Según la Exposición de motivos del Reglamento IA, conforme a la redacción que resulta de las enmiendas introducidas por el Parlamento, el incumplimiento de estos requisitos deberá ser tenido en cuenta si dicho incumplimiento «aumentó el riesgo de que el producto cause daños del tipo sufrido por la persona perjudicada y dicho riesgo se ha materializado». Se añade que, no obstante, «los operadores no serán responsables si demuestran que el daño sufrido por la persona perjudicada también se habría producido si se hubieran cumplido los requisitos obligatorios pertinentes con arreglo al Derecho de la Unión o nacional».

los requisitos de seguridad para valorar el carácter defectuoso del sistema (art. 6 Directiva 85/374 y art. 7.2 f) Propuesta de Directiva⁹⁰).

Finalmente, cabe hacer alusión al problema de que el proveedor no pueda cumplir con las obligaciones que le impone el Reglamento IA por no tener acceso a los datos, en cuanto se hallan exclusivamente en poder del *responsable del despliegue* (en el sentido del artículo 3.4 Reglamento IA). Para este supuesto, la versión definitiva del Reglamento IA ha suprimido la previsión de que, en virtud de pacto, el proveedor pudiera trasladar a quien entonces se denominaba *implementador* (ahora *responsable del despliegue*), la responsabilidad que resultara del incumplimiento de las obligaciones orientadas a garantizar la seguridad de los datos⁹¹. Sin entrar en muchos detalles, habida cuenta que la previsión ya ha sido suprimida, parece claro que dicho pacto no exoneraba al proveedor de la responsabilidad objetiva que regula la normativa de productos defectuosos, basada en un defecto de diseño del sistema⁹². De este modo, según lo explicado en este apartado, para quedar exonerado de esta última clase de responsabilidad, el proveedor debería demostrar que concurren las circunstancias exoneradoras que contempla el artículo 7 b) de la Directiva 85/374 (en la regulación proyectada, el artículo 11.1 c) de la Propuesta de Directiva).

Todo lo expuesto en este apartado evidencia la enorme importancia de cumplir con los requisitos que impone el Reglamento IA, con el fin de poder conocer con exactitud el diseño del sistema y la causa de que no funcionara correctamente⁹³. En efecto, aunque no es el momento de entrar a analizar de manera exhaustiva esta cuestión, conviene dejar constancia de que los sistemas de IA de alto riesgo no sólo deben cumplir con el requisito relativo a los datos de alta calidad sino también de documentación, trazabilidad y transparencia para reducir los riesgos que derivan de dichos sistemas, como se recoge de manera insistente, a lo largo de toda la Exposición de Motivos del Reglamento IA.

Estas exigencias se concretan en la obligación de cumplir con un sistema de gestión de riesgos adecuado durante todo el ciclo de vida del sistema de alto riesgo (art. 9), documentación técnica

⁹⁰ La Propuesta de Directiva no acoge el criterio propuesto por el ELI, a mi juicio excesivo, conforme al cual la mera desviación de los requisitos de seguridad en el diseño del producto debería constituir un defecto (*Feedback of the European Law Institute, European Commission's Proposal for a Revised Product Liability Directive, 2022*, disponible en https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Feedback_on_the_EC_Proposal_for_a_Revised_Product_Liability_Directive.pdf, p. 16.

⁹¹ Con fecha de 14 de junio de 2023, como enmienda del Parlamento se introdujo un nuevo apartado 6 bis en el artículo 10, suprimido en la Posición del Parlamento. Con arreglo a dicho precepto: «Cuando el proveedor no pueda cumplir las obligaciones establecidas en el presente artículo porque dicho proveedor no tenga acceso a los datos y los datos estén en poder exclusivamente del implementador, este último podrá, en virtud de un contrato, ser responsable de cualquier infracción del presente artículo». En esta misma fase de enmiendas, se sustituye la definición de *usuario* que contemplaba la Propuesta de Reglamento IA por la de *implementador*, que en la versión definitiva, como ya se ha dicho, pasa a denominarse *responsable del despliegue*, cuya definición recoge el artículo 3.4) del Reglamento IA.

⁹² De manera más general, CARPÍ MARTÍN, se interroga acerca de cuál sería la naturaleza de dicha responsabilidad y sobre cómo debería establecerse aquélla, en HERBOSA MARTÍNEZ/ FERNÁNDEZ DE RETANA GOROSTIZAGOIZA (dirs.), *Derecho e inteligencia artificial. El jurista ante los retos de la era digital* p. 92.

⁹³ En este sentido, antes de la adopción del Reglamento IA, en el Informe que acompaña al Libro Blanco se propone imponer a los desarrolladores de los algoritmos la obligación de revelar los parámetros de diseño y los metadatos de los conjuntos de datos si se producen accidentes, vid., en este sentido, ZURITA MARTÍN, *Actualidad jurídica iberoamericana*, n° 14, 2021, p. 453.

(art. 11), registros (art. 12) y transparencia (art. 13). De manera muy general, puede decirse que en dichos preceptos se refleja la preocupación del legislador comunitario por identificar y establecer un sistema de gestión de los riesgos que pueden derivar de un sistema de IA y la adopción de medidas oportunas. En particular, la obligación de registro y transparencia de la información incluye la que se refiere tanto a los datos de entrenamiento, validación y prueba utilizados como a los datos de entrada, lo que será determinante a la hora de depurar responsabilidades por los daños causados por el sistema que tengan su origen en tales datos (cfr. arts. 12.4.b) y art.13.3. b) v)]⁹⁴.

7. Actualizaciones y mejoras

Como se ha adelantado, una de las características de los sistemas de IA es que, como consecuencia de su carácter abierto o dinámico, con frecuencia se hallan sujetos a modificaciones, entre las deben incluirse las actualizaciones y mejoras. Por este motivo, es necesario aclarar cuál es el régimen aplicable a estos elementos bajo la legislación de productos defectuosos, tanto en el caso de que el daño sea resultado de la interacción del sistema de IA con dichas actualizaciones y/o mejoras como en el de que estas tengan, por sí mismas, algún defecto que sea la causa del daño producido por el sistema. En este último caso, como ya se ha adelantado, la posibilidad de que el fabricante introduzca directamente alguna de estas modificaciones, o lo haga un tercero bajo su control, exige un cambio a la hora de entender cuál es el momento a tener en cuenta para valorar el carácter defectuoso del sistema, que bien puede alcanzarse al amparo del artículo 6.1 c) de la Directiva 85/374, aunque el artículo 7.2 e) de la Propuesta de Directiva lo establece de manera explícita.

Desde un punto de vista material, las actualizaciones y mejoras de un producto digital (incluidos los sistemas de IA) son un componente o parte integrante de este, ya sea como un bien o como servicio digital (si, por ejemplo, las actualizaciones se realizan en régimen de prestación de servicios)⁹⁵. Desde un punto de vista jurídico, con arreglo a la normativa vigente de productos defectuosos, dichos elementos no sólo generan responsabilidad del fabricante del sistema de IA (como producto acabado) sino también de quien los fabrica (como parte integrante del mismo) conforme a la amplia definición de productor del artículo 3 Directiva 85/374. En este caso, el interés de la víctima en obtener el máximo resarcimiento del daño llevará a esta a dirigirse no sólo contra el fabricante de las actualizaciones y/o mejoras, sino también contra el fabricante del sistema en el que se integran (salvo que concurran causas para su exoneración) al amparo del

⁹⁴ Es muy ilustrativa la redacción definitiva del mencionado artículo 13.3.b)v), resultante de la enmienda 309 introducida por el Parlamento, relativo al deber de transparencia y comunicación de información a los usuarios, conforme al cual la obligación de información incluye: información pertinente sobre las acciones de los usuarios que puedan influir en el rendimiento del sistema, incluido el tipo o la calidad de los datos de entrada, o cualquier otra información pertinente en relación con los conjuntos de datos de entrenamiento, validación y prueba usados, teniendo en cuenta la finalidad prevista del sistema de IA.

⁹⁵ Sobre las dificultades que suscita la consideración de las actualizaciones de las mejoras y actualizaciones como producto o como servicio, vid., ATIENZA NAVARRO, *Daños causados por inteligencia artificial y responsabilidad civil*, 2022, pp. 149-150. Partiendo de la base de que la cuestión es controvertida, la autora, con razón pone de relieve que, a pesar de lo que defiende un sector de la doctrina, no hay una base legal suficiente para entender que *el software* que no está incorporado a otro bien deba considerarse como prestación de un servicio, ya que la legislación de productos defectuosos no exige que el producto sea un bien corporal. Aunque esta cuestión será objeto de análisis en otro apartado, por ahora, basta con poner de relieve que la consideración de las actualizaciones y mejoras como producto o como servicio no depende de que esté o no incorporado a otro bien.

artículo 5 de la Directiva 85/374. Este esquema, como no puede ser de otra forma, ya que favorece el resarcimiento de los daños, se mantiene en la Propuesta de Directiva, que lo clarifica, al establecer de manera explícita la responsabilidad de ambos sujetos en el artículo 8 a) y b).

Sobre estas bases, aunque es imposible abarcar todos los escenarios que pueden plantearse en relación con las actualizaciones y mejoras, cabe establecer algunas reglas que, a modo de criterios orientadores, permitan resolver los diferentes supuestos que puedan darse en la práctica.

A estos efectos, cabe distinguir las siguientes situaciones:

a) En primer lugar, cabe plantear cuál es el régimen aplicable en el caso de que un sistema de IA ocasione daños debido a la interacción del mismo con actualizaciones y mejoras (aunque estas no contengan ningún defecto). No ofrece duda que la circunstancia de que el sistema de IA sea seguro en caso de interacción con estas modificaciones entra dentro de las expectativas de seguridad que legítimamente cabe esperar de dicho sistema. En la legislación vigente, bien puede decirse que es una de las circunstancias a tener en cuenta para valorar dichas expectativas conforme a la amplia previsión al artículo 6.1 de la Directiva 85/374⁹⁶. No obstante, la Propuesta de Directiva facilita esta interpretación, al establecer de manera expresa que, a la hora de valorar la seguridad del producto deberá tenerse en cuenta «el efecto razonablemente previsible sobre el producto de otros productos que quepa esperar que se utilicen junto con el producto, también mediante interconexión» (art. 7.2. d).

2º En segundo lugar, corresponde analizar a quien debe imputarse la responsabilidad en el caso de que las modificaciones incorporadas al sistema de IA tengan algún defecto, siendo este la causa del daño. Como se ha adelantado, aunque cabe que estas modificaciones se lleven a cabo por un tercero que no tenga ninguna vinculación con el fabricante del sistema, es muy frecuente que estas se lleven a cabo por dicho sujeto (en la nube) o por un tercero con algún tipo de vínculo con este, lo que exige un cambio a la hora de fijar cuál es el momento relevante para establecer carácter defectuoso del sistema de IA.

La Directiva vigente establece que este momento es el de la puesta en circulación del producto (art. 6.1 c), esto es, cuando este haya salido de la esfera de control del fabricante y haya entrado en la cadena de distribución), sobre la base de que en ese momento el fabricante pierde cualquier posibilidad de influir sobre su seguridad. Pero, como acaba de explicarse, esto no sucede en los sistemas de IA, en los que dicho sujeto puede seguir poniendo en riesgo su seguridad mediante la incorporación de modificaciones, ya lo haga por sí mismo o por medio de tercero con su consentimiento, en cuyo caso es razonable entender que el momento a tener en cuenta para apreciar la existencia del defecto del sistema sea aquél en que el sistema de IA abandona el control del fabricante⁹⁷. Este resultado, a mi juicio, puede alcanzarse sin excesivas dificultades

⁹⁶ V., en el sentido expuesto, WAGNER, *Journal of European Tort Law*, nº 13 (3), 2022, p. 18. Explica este autor que, con carácter general, la interacción entre el producto y sus accesorios se considera relevante en el Derecho vigente a la hora de valorar la seguridad de aquél, de modo que, por ejemplo, el fabricante de una motocicleta será responsable en caso de accidente debido a la incorporación de un revestimiento externo por el usuario.

⁹⁷ Con anterioridad a la Propuesta de Directiva, algunos autores proponían atender al momento de la puesta en circulación de la propia actualización, mejora o modernización, sobre la base de que hay diferentes momentos de puesta en circulación que deberían tenerse en cuenta (vid. NAVAS NAVARRO, *Diario La Ley*, nº 35, 27 de diciembre de 2019, pp. 4-5). Sin embargo, esta interpretación permitiría establecer el carácter defectuoso de las

con una interpretación ajustada a la *ratio* de la norma, con arreglo al citado artículo 6.1 c) de la Directiva 85/374⁹⁸. Favorece esta interpretación la sentencia del TJUE de 9 de febrero de 2006, O'Byrne, C-127/04, ECLI:EU:C:2006:93⁹⁹.

La Propuesta de Directiva, poniendo fin a cualquier esfuerzo interpretativo, clarifica de forma definitiva la cuestión, al redefinir cuál es el momento que debe tenerse en cuenta para valorar la falta de seguridad del producto (art. 7.2 e), con su correspondiente reflejo en las causas de exoneración (art. 11). Como regla general, mejorando la redacción de la Directiva 85/374, establece que dicho momento será aquel en que el producto (sistema de IA) fue introducido en el mercado, o en su caso, el de su puesta en servicio (en sustitución del término *puesta en circulación*)¹⁰⁰. Sin embargo, en el caso de que el fabricante mantenga el control sobre el producto después de dicho momento, ordena estar al cese del control del fabricante. Se aclara expresamente que se consideran bajo *el control del fabricante* la integración o suministro de actualizaciones o mejoras de los programas informáticos llevadas a cabo por sí mismo o por tercero con su autorización o consentimiento (cfr. art. 4.5). Se aclara, con buen criterio, que no debe considerarse que concurre dicho consentimiento simplemente por prever dicha posibilidad o por recomendar determinadas marcas o por no prohibir posibles servicios o componentes conexos (considerando 18).

Lo que acaba de decirse (esto es, la imposición de responsabilidad al proveedor del sistema de IA cuando este mantenga el control sobre el bien), no debe entenderse como algo propio o exclusivo de los programas informáticos, sino que también debe aplicarse a otro tipo de bienes (tangibles o intangibles), en tanto que el fabricante del producto mantenga el control sobre los mismos. Es cierto que no será habitual que el fabricante del bien mantenga un control sobre un producto una vez introducido en el mercado, mientras que sí lo es en el caso de los bienes digitales. A mi juicio, esta es la razón por la que, a buen seguro, la Exposición de Motivos menciona de manera expresa

actualizaciones o mejoras, pero resulta insuficiente para hacer responsable al productor del sistema, en cuanto dichos elementos se incorporan después de su puesta en circulación.

⁹⁸ V. en este sentido, WAGNER, *Journal of European Tort Law*, nº 13 (3), 2022, p. 18.

⁹⁹ La cuestión que se somete al tribunal en este supuesto es determinar cuál es el momento de la puesta en circulación del producto en aquellos casos en que este se entrega por el productor a una filial y esta lo vende a un tercero. El TJUE entiende que el producto se pone en circulación cuando abandona el proceso de producción establecido por el productor y entra en el proceso de comercialización en la forma que es ofrecido al público para su uso o consumo. A estos efectos, se considera irrelevante si el producto se vende directamente por el productor al usuario o si la venta se lleva a cabo dentro del proceso de distribución con la implicación de más operadores, salvo que el vínculo entre el productor y la filial sea de tal entidad que el concepto de productor englobe también a la filial (párrafos 27 a 30). Con arreglo a este pronunciamiento, cabe concluir que, en aquellos casos en que el producto se entrega a otro operador antes de iniciarse su comercialización, su puesta en circulación no se produce hasta que finaliza completamente el proceso de fabricación o producción establecido por el productor. Dicho de otro modo, el producto no se considera puesto en circulación, aunque haya sido entregado a otro operador, «hasta que no haya abandonado completamente el proceso de fabricación establecido por el productor». No se habla expresamente de pérdida de control pero la idea es condicionar la puesta en circulación al hecho de que se haya completado el proceso de producción, aunque el bien ya se haya entregado a otro operador.

¹⁰⁰ El término «puesta en servicio» se define como «la primera utilización de un producto en la Unión en el transcurso de una actividad comercial, ya sea a título oneroso o gratuito, en circunstancias en las que el producto no se haya introducido en el mercado antes de su primera utilización» (en relación con ello, Considerando 26). Con esta definición se acoge la interpretación del término «puesta en circulación mantenida por el TJUE en la sentencia de 10 de mayo de 2001, *Henning Veedfald*, C- 203/99, ECLI:EU:C:2001:258). En el caso en cuestión, se trata de un producto fabricado por un hospital que no es introducido en el mercado sino utilizado por el propio hospital en el marco de una prestación de un servicio médico.

las actualizaciones y mejoras, aunque ello no impide que la misma regla pueda aplicarse a otro tipo de bienes cuando se dé el requisito mencionado¹⁰¹.

c) Mayores dudas plantea si, con arreglo a la legislación vigente, cabría imponer la responsabilidad establecida en la Directiva a quienes, mediante actualizaciones y/mejoras, introduzcan modificaciones sustanciales en el sistema de IA, hasta el punto de que, jurídicamente hablando, este pueda considerarse otro producto distinto, a modo de novación. A mi juicio, aunque no existe una previsión expresa al respecto, si esta modificación se produce sin el consentimiento o autorización del fabricante del producto (sistema de IA), habría una justificación para considerar como fabricante del sistema de IA a quien introdujo las actualizaciones o mejoras, quien deberá responder, a todos los efectos, como si fuera el fabricante del producto final.

La Propuesta de Directiva establece de manera explícita la responsabilidad de la persona que modifique sustancialmente un producto fuera del control del fabricante y que posteriormente lo comercialice o ponga en servicio (art. 8.2)¹⁰². En relación con ello se especifica qué constituye, a estos efectos, constituyen una «modificación sustancial» (art. 4.18)¹⁰³.

8. Interconexión entre IA y servicios

Como es sabido, con carácter general, la responsabilidad por productos defectuosos no resulta aplicable a los servicios, de manera que para estos rige exclusivamente el régimen establecido en los respectivos Estados miembros. Esta idea ha sido consagrada por el TJUE en algunas resoluciones. Entre las más recientes, la STJUE de 10 de junio de 2021 ya citada, insiste en la idea de que los servicios no están comprendidos en el ámbito de aplicación de esta Directiva. Así se deduce del artículo 1 de la Directiva 85/374, que se interpreta a la luz del considerando segundo, en el que se señala que dicha Directiva regula la responsabilidad objetiva del productor, definido este como el fabricante de un producto acabado, productor de materia prima o fabricante de una parte integrante conforme a su artículo 3. No obstante, la cuestión es si esta interpretación obliga a dejar fuera de esta regulación a todos los servicios, incluidos aquellos que se hallan integrados en un producto o están interconectados con este. A mi juicio, no necesariamente debe entenderse así, sino que una interpretación recta de la Directiva 85/374, teniendo en cuenta el contexto general de la misma y sus objetivos, permiten alcanzar una solución distinta

Ya se ha anticipado que una de las características de los sistemas de IA es que la distinción entre bienes y servicios se desdibuja, de manera que se evidencia la falta de claridad de la diferenciación entre ambos. Según una interpretación que tiene su origen en los trabajos de la

¹⁰¹ Parece entenderlo de manera distinta NAVAS NAVARRO, cuando sostiene que «Parece que implícitamente existe un doble régimen jurídico: uno para programas informáticos y otro para el resto de productos, en su mayoría, bienes tangibles» (Revista CESCO, nº 44, 2022, p. 58).

¹⁰² Con anterioridad a la Propuesta de Directiva, El Eli proponía incorporar a la legislación de productos defectuosos la previsión que se recogía en el artículo 12 de lo que entonces era la Propuesta de Reglamento relativo a la seguridad general de los productos (actual Reglamento (UE) 2023/988 sobre esa misma materia). Con arreglo a dicha previsión, la persona que modifique de manera sustancial el producto debe ser considerada como fabricante de la parte de producto afectada por la modificación o de todo el producto si la modificación afecta a su seguridad (*Response of the European Law Institute (ELI) to the European Commission's Public Consultation on Civil Liability. Adapting Liability Rules to the Digital Age and Artificial Intelligence*, 2022, p. 16).

¹⁰³ Sobre este aspecto, vid., Considerandos 39 y 40 de la Propuesta de Directiva.

Comisión sobre inteligencia artificial y responsabilidad civil, las dificultades para distinguir entre ambos se deben a que los programas informáticos (incluidos los sistemas de IA) se pueden considerar o como producto o como servicio en función de que estén incorporados o no a otro bien¹⁰⁴. A mi juicio, esta interpretación no es defendible, ya que no existe ninguna base para entender que la consideración de un sistema de IA como producto (*rectius*, componente) requiere que esté integrado o interconectado con otro bien. Dicho de otro modo, el sistema de IA puede estar incluido o integrado en el bien o haber sido instalado después por un tercero, y en ambos casos merecerá la consideración de producto (*rectius*, componente), exactamente igual que sucede con los servicios conexos¹⁰⁵. Con buen criterio, como se ha adelantado, la versión aprobada por el Parlamento ya no exige que, para su consideración como componente, unos y otros estén bajo el control del fabricante, sin perjuicio de la repercusión que esta circunstancia pueda tener en la identificación de los sujetos responsables¹⁰⁶.

Dicho esto, la razón por la que es difícil distinguir entre ambos reside en que, en muchas ocasiones, un sistema de IA requiere, para que pueda cumplir algunas de sus funciones, no sólo de otros bienes sino de servicios, que se hallan integrados o interconectados como parte componente de aquél. Y, en otros casos, es el propio sistema de IA, como sistema de IA autónomo, el que puede funcionar como un servicio. Me refiero a aquellos en los que el distribuidor permite al usuario el acceso y la utilización de un sistema de IA que se halla alojado en su servidor, sin necesidad de que el usuario tenga que incurrir en gastos para su instalación. En cualquiera de los casos, es evidente que la distinción entre bienes y servicios se difumina, lo que exige analizar en qué medida estos servicios se pueden incluir o no en el ámbito de aplicación de la Directiva

¹⁰⁴ V. Informe del Grupo de Expertos en responsabilidad y nuevas tecnologías Liability for artificial intelligence and other emerging digital technologies, 2019, en <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/1c5e30be-1197-11ea-8c1f-01aa75ed71a1/language-en>. V. asimismo el «Informe de la Comisión sobre las repercusiones en materia de seguridad y responsabilidad civil de la inteligencia artificial, el internet de las cosas y la robótica» que acompaña al Libro Blanco (al que ya se ha hecho referencia en este trabajo). En dicho informe, que tiene por objeto analizar las derivaciones en materia de responsabilidad civil y de seguridad en esta materia, y en concreto la aplicación de la Directiva 85/374/CEE, se señala expresamente que una de las dificultades que plantean las nuevas tecnologías es la falta de claridad en la distinción entre producto y servicio, especialmente en lo que respecta a los programas informáticos, en cuanto a veces pueden considerarse partes componentes de un producto y en otras funcionan autónomamente.

¹⁰⁵ Se pronuncia en este sentido, en relación a la Propuesta de Directiva inicial de la Comisión, GÓMEZ LIGÜERRE, *InDret*, nº 4, 2022, Editorial, p. v. Para este autor, la Propuesta obvia los efectos legales que pudiera tener que el programa informático que asiste al funcionamiento del producto «se encuentre incluido en él (*embedded*) o haya sido instalado desde fuentes ajenas al fabricante del producto (*stand alone*)».

¹⁰⁶ Sin embargo, la Propuesta de Directiva inicial de la Comisión exigía que, para su consideración como componente, los artículos o servicios conexos estuvieran bajo el control del fabricante (art. 4.1. 3). Algunos autores consideraban que dicha exigencia no era aplicable a los servicios (vid. GÓMEZ LIGÜERRE, nº 4, 2022, Editorial, p. v, aunque, a mi juicio, la literalidad del precepto no permitía extraer dicha conclusión. En cualquier caso, la redacción actual de la norma no ofrece duda, ya que suprime dicho requisito de la definición de «componente». Ello supone que, aunque los programas o servicios conexos se incorporen por persona distinta del fabricante del producto en que se integran tendrán en todo caso la consideración de «componente» defectuoso, y será de aplicación la responsabilidad objetiva de la Directiva, aunque, en el caso de que no se haga bajo el control del fabricante, este no responderá.

A estos efectos, conviene distinguir entre aquellos los servicios que se hallan integrados o interconectados con un sistema de IA (forme o no este parte de un bien) y la propia inteligencia artificial como servicio.

8.1. IA y servicios conexos

Como acaba de decirse, el funcionamiento de un sistema de IA en muchas ocasiones requiere el suministro de determinados servicios, integrados o interconectados con este, que, al igual que otros componentes o integrantes del sistema, permiten que este pueda cumplir sus funciones. Sobre esta base, el elemento que justificaría, sobre el papel, la equiparación de bienes y servicios sería un criterio funcional, esto es, la dependencia del sistema de IA respecto de unos y otros para que pueda cumplir sus funciones. Pero la pregunta que debe hacerse es otra, a saber, si dicha dependencia constituye un criterio o razón suficiente para justificar su equiparación respecto de los bienes.

En concreto, a los efectos de la responsabilidad derivada de productos defectuosos, ¿esta dependencia justifica la «cosificación» del servicio, de tal modo que este último puede considerarse como componente o parte integrante de un producto comprendido en su ámbito de aplicación? Si así fuera, a la vista de los objetivos de la Directiva 85/374, ¿qué grado de dependencia se exige para entenderlo así? Esto es, ¿se requiere que el servicio sea un elemento necesario para el funcionamiento del bien (sin el cual el bien no podría funcionar) o bastará con que impida que este realice alguna de sus funciones?

Por lo que respecta la primera cuestión, la dependencia funcional del bien ha sido un criterio tenido en cuenta por el legislador a la hora de establecer el régimen aplicable a los bienes con contenidos digitales en algunas Directivas de consumo. En primer lugar, la Directiva (UE) 2019/771, de 20 de mayo, que regula el principio de conformidad de los bienes con el contrato¹⁰⁷. Como es sabido, esta Directiva se aplica a la compraventa de bienes, incluidos los «bienes con elementos digitales», que se definen como cualquier objeto mueble tangible que incorpora contenidos o servicios digitales incorporado o está interconectado con ellos, siempre que se faciliten con el contrato y cuya ausencia impediría que los bienes cumplieran sus funciones¹⁰⁸. Por su parte, la Directiva 2019/770, que complementa la anterior, se refiere a la falta de conformidad, la falta de suministro y remedios aplicables en relación al suministro de contenidos y servicios digitales¹⁰⁹. Esta Directiva también incorpora en la lista de definiciones la relativa a «bienes con elementos digitales, que define en los mismos términos que la anterior, esto es, como

¹⁰⁷ Directiva 2019/771, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (UE) 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE, y se deroga la Directiva 1999/44/CE.

¹⁰⁸ V. Definición de «bienes» que establece dicha Directiva (art. 2. 5.b), en relación con el artículo 3.3. y la Exposición de Motivos, considerandos 14 y 15.

¹⁰⁹ En principio, la Directiva 2019/770, se aplica a los contenidos y servicios digitales, aunque se suministren en un soporte material que sirva exclusivamente como portador (en cuyo caso también quedaría incluido en su ámbito de aplicación el propio soporte), conforme a los artículos 3.1 y 3.3. No obstante, también pueden quedar incluidos los contenidos y servicios que se hallan integrados o interconectados con un bien si no se dan los requisitos exigidos por la Directiva 2019/771, esto es, si no han sido suministrados con el contrato de compraventa o no impiden que el bien cumpla su función (artículo 3.4 y Considerando 22).

cualquier mueble tangible que incorpore «contenidos o servicios digitales», de tal modo que la ausencia de dichos contenidos o servicios impida que los bienes realicen sus funciones (art. 2.3).

Pues bien, la conclusión que cabe extraer de lo establecido en la Directivas 2019/771 y 2019/770 es la unidad de tratamiento que reciben los bienes o servicios digitales cuando estos se integran o están interconectados con un bien en el caso de los «bienes con elementos digitales» (en este sentido, puede decirse que el servicio se «cosifica»), cuyo contenido ha sido incorporado al Derecho español en virtud del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales¹¹⁰. En el contexto de ambas Directivas, la exigencia de que los elementos digitales sean necesarios para que los bienes cumplan su función (de conformidad con lo que se halla pactado en el contrato o lo que se considera normal para los contratos del mismo tipo) tiene una explicación clara. Hay que recordar que estas Directivas, cada una en su respectivo ámbito, regulan la conformidad de los bienes con el contrato lo que presupone su aptitud para los fines a los que normalmente se destinan los bienes del mismo tipo o para los fines específicos para los que el consumidor los necesite (cfr. arts. 6.b) y 7 a) Directiva 2019/771 y 7.b) y 8.a) Directiva 2019/770)¹¹¹.

Pero la cuestión que hay que resolver es si el requisito mencionado (esto es, que el servicio sea necesario para que los bienes cumplan su función) también es exigible y, en su caso, en qué términos, a efectos de la responsabilidad por productos defectuosos, dado el contexto y los objetivos que esta persigue¹¹². A estos efectos, como ha declarado el TJUE, dando por sentado que los servicios no están comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 85/374, hay que recordar que, conforme al artículo 6 de dicho texto legal, un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad que cabe esperar, teniendo en cuenta, «todas las circunstancias», en particular, la presentación, el uso y el momento en que se pone en circulación (STJUE de 10 de junio de 2021, *Krone*, C- 65/20). De acuerdo con esta interpretación, una de las circunstancias a tener en cuenta serán los servicios que, al hallarse integrados o interconectados con el bien, afecten a alguna o varias de sus funciones. Ahora bien, al no estar en juego la conformidad del bien con el contrato, no será necesario que la ausencia de dichos servicios impida que el bien

¹¹⁰ RDL 7/2021, de 27 de abril, por el que se transpone o incorpora en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios las Directivas 2019/770 y 2019/771, sobre contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y contratos de compraventa de bienes. Sobre dicho texto, vid., 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)», *Diario La Ley*, nº 9887, 8 de Julio de 2021, versión digital.

¹¹¹ El requisito añadido para la Directiva 2019/771, consistente en que los bienes y servicios digitales deben suministrarse con el contrato, obedece a que al legislador comunitario sólo se le preocupa regular en esta Directiva la falta de conformidad con el contrato de compraventa, razón por la que no se exige para la aplicación de la Directiva 2019/770 ni tampoco tiene sentido que se haga para la aplicación de la normativa de productos defectuosos.

¹¹² En este sentido el ELI sugiere que lo establecido en la Directiva 2019/770 pueda servir como modelo para la legislación de productos defectuosos (*Response of the European Law Institute (ELI) to the European Commission's Public Consultation on Civil Liability. Adapting Liability Rules to the Digital Age and Artificial Intelligence*, 2022, p. 12). De manera más tajante, IZQUIERDO GRAU considera que la legislación de productos defectuosos sigue las directrices de la Directiva 2019/771: concepción unitaria del bien, aunque incorporen elementos digitales y la concentración en el productor del bien (*IDP: Revista de Internet, Derecho y Política*, nº 38, 2023, p. 3. Sin embargo, ya se ha dicho que no se comparte la conclusión que el autor citado extrae de dicha concepción unitaria, a saber, que el fabricante del bien sea responsable cuando el sistema de IA integrado en el mismo tenga carácter defectuoso, aunque no esté bajo control de aquél, siempre que dicho sistema sea necesario para que el bien pueda desarrollar sus funciones (p. 7).

funcione conforme a lo pactado o lo que se espera de él; bastará con que algunas de sus funciones se vean afectadas y, como consecuencia de ello, el bien se convierta en inseguro¹¹³.

En el sentido que se defiende, el artículo 4.4. de la Propuesta de Directiva establece que son componentes del bien, no sólo los bienes tangibles o intangibles, sino también cualquier «servicio conexo». A estos efectos, se considera como tal, «un servicio digital que está integrado en un producto o interconectado con él, de tal manera que su ausencia impediría al producto realizar una o varias de sus funciones». Por tanto, la Propuesta de Directiva parece confirmar la idea de que la exclusión de los servicios del ámbito de la normativa de productos defectuosos no debe entenderse de manera absoluta, sino que puede aplicarse a los «servicios conexos», debiendo entenderse dicha expresión en la forma que se ha explicado.

8.2. IA como servicio

En la práctica, para hacer referencia a este modo de distribución del *software* (sistema de IA) se habla de «software como servicio», conocido como *SaaS* (de las ingles, *software-as-a-service*). De manera muy resumida, puede decirse que se trata de un modelo de distribución de *software*, al que también se accede mediante conexión a internet, pero, a diferencia del *software* como producto, no requiere instalación en el equipo del usuario, sino que aquel se aloja en los servidores del proveedor (o de terceros). De este modo, el sistema de IA se pone a disposición del usuario, pero sin necesidad de que este tenga que invertir en su instalación, en equipos o servidores de su propiedad, lo que le permite cubrir sus necesidades de una forma más ágil y económica que con otras formas de acceso al mismo.

Es discutible cuál es la naturaleza de este contrato, es decir, si, siguiendo la terminología que utiliza la Directiva 2019/770, se trata del suministro de un contenido digital (producto) o del suministro de un servicio¹¹⁴. A la hora de llegar a una conclusión, debe tenerse en cuenta que el rasgo característico del mismo es, como se ha dicho, el almacenamiento del *software* (sistema de IA) en los servidores del proveedor (o de un tercero), de manera que este no sólo ofrece al usuario la posibilidad de utilizar aquél, sino que también debe garantizar su accesibilidad o darle acceso al mismo. Además, de manera habitual, el proveedor del servicio suele incluir otros servicios: de

¹¹³ El informe emitido por el ELI propone una interpretación restrictiva de los servicios incluidos en la Directiva, que sólo serían aquellos servicios vinculados al bien necesarios para que este funcione. Además, propone la exclusión de todos aquellos servicios excluidos por el artículo 3.5 de la Directiva 2019/770 sobre suministro de contenidos y servicios digitales, así como todos aquellos en los que prevalece el elemento personal sobre el material (*Response of the European Law Institute (ELI) to the European Commission's Public Consultation on Civil Liability. Adapting Liability Rules to the Digital Age and Artificial Intelligence, 2022*, p. 13). Se propone, por tanto, una definición más restrictiva de la que se recoge en el texto, que se refiere a aquellos contenidos y servicios digitales que impiden que el bien afecte a alguna de sus funciones, aunque no condicione estrictamente su funcionamiento (el bien puede funcionar, aunque alguna de sus funciones se vea afectada).

¹¹⁴ Como ha señalado la doctrina, si el contenido digital se suministra por internet sin un soporte material, la Directiva 2019/770 no se pronuncia acerca de cuál es la naturaleza del contrato (compraventa, servicios, alquiler o licencia), lo que deberá ser objeto de determinación con arreglo al Derecho nacional. A diferencia del contenido digital que forme parte o esté conectado con un bien cuyo funcionamiento condiciona, en cuyo caso se configura como una compraventa conforme a la Directiva 2019/771 (vid., en este sentido, APARICIO VAQUERO, «La tipificación del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales: entre la propiedad intelectual y el derecho de consumo», *Revista de Educación y Derecho*, n° 24, abril 2021, p. 11.

asistencia, mantenimiento, actualización e incluso formación para su utilización¹¹⁵. Teniendo en cuenta las mencionadas prestaciones de hacer que asume el proveedor del sistema de IA en este contrato es razonable hablar en estos casos de suministro de un servicio (aunque si faltaran dichas prestaciones se trataría sencillamente de suministro de contenido digital)¹¹⁶. Así parece entenderlo la Directiva 2019/770, aunque sea a los limitados efectos de su aplicación, ya que la Exposición de motivos de la misma, expresamente califica este modelo de distribución del *software* (el llamado *software* como servicio») como un servicio digital¹¹⁷.

En cualquiera de los casos, no ofrece duda que la legislación de productos defectuosos debería aplicarse a los sujetos que suministran el sistema de IA bajo este modelo de distribución, puesto que el riesgo que representan para la seguridad es exactamente el mismo si el *software* se adquiere mediante compraventa que si se accede al mismo a través de un alquiler o bajo licencia en régimen de prestación de servicios. El hecho de que en este último caso el usuario acceda al sistema de IA en el marco de una prestación de servicios no debe constituir ningún impedimento para que el fabricante o proveedor del sistema responda con arreglo a la normativa de productos defectuosos¹¹⁸. A mi juicio, este resultado puede alcanzarse con la Directiva vigente, a la luz de la interpretación mantenida por el TJUE, que ha declarado aplicable esta normativa para compensar los daños causados por un producto defectuoso que se fabrica por el prestador de un servicio para ser utilizado en el curso del mismo (vid. STJUE de 10 de mayo de 2001, *Henning Vedfald*, C- 203/99, ECLI:EU:C:2001:258)¹¹⁹. Atendiendo a esta resolución, no cabe duda de que

¹¹⁵ Incluso el suministro de contenido digital puede ser un elemento de un contrato de prestación de servicios más amplio, en el que, además, de un servicio digital, se prestan otros servicios añadidos. Por ejemplo, NAVAS NAVARRO, se refiere al suministro de servicio o contenido digital jurídico, en el que, al contrato de suministro de contenido y suministro digital, se añaden otras prestaciones, de índole jurídica, que no necesariamente comprenden ni servicio ni contenido digital, «Del «servicio» al «producto jurídico». Herramientas LawTech», *Diario La Ley*, nº 32, 7 de octubre de 2019, consulta on line, p. 7.

¹¹⁶ En todo caso, a la hora de hablar de suministro de servicio, hay que entenderlo, como hace la mencionada Directiva 2019/770, de manera abstracta, esto es, con independencia de la naturaleza jurídica del contrato por el que se vehiculiza dicho suministro (esto es, con independencia que se trate de un contrato de obra, de servicio en sentido estricto, de un contrato de licencia de uso o, o incluso mediante el suministro de datos personales). Dicho de otro modo, se habla de contrato de suministro, como hace la legislación de consumo, haciendo abstracción de la diversidad de tipos contractuales a los que se puede reconducir este contrato (esto es, arrendamiento de servicio, de obra, o uso mediante licencia) en función de cuál sea la relación o el aspecto que prevalece en cada caso. La determinación del contrato por el que se articula o vehiculiza dicho suministro deberá realizarse conforme al Derecho interno, atendiendo a los concretos términos de cada contrato (vid., APARICIO VAQUERO, *Revista de Educación y Derecho*, nº 24, 2021, p. 10).

¹¹⁷ Vid., Exposición de Motivos. Sobre esta base, incluye *el software como servicio* entre los servicios digitales, CÁMARA LAPUENTE, *Diario La ley*, nº 9887, 2021.

¹¹⁸ El ELI pone de manifiesto la necesidad de que la responsabilidad por productos defectuosos se debe extender a los suministradores del *software* como servicio. Se argumenta en este sentido que, desde un punto de vista funcional, esta forma de distribución del *software* es muy similar a la venta del *software* con suministro de actualizaciones. Se añade que las expectativas de seguridad son más o menos similares en ambos casos, de manera que sería difícil explicar un trato diferente para cada uno de ellos (*Response of the European Law Institute (ELI) to the European Commission's Public Consultation on Civil Liability. Adapting Liability Rules to the Digital Age and Artificial Intelligence*, 2022, p. 14).

¹¹⁹ En el supuesto enjuiciado los daños fueron causados por un líquido que resultó defectuoso fabricado específicamente por un hospital para la limpieza de un órgano (un riñón) que iba a ser trasplantado por otro hospital, ambos propiedad del *Amtskommune*. Como consecuencia de dicho defecto, el riñón quedó inutilizado para el trasplante. Aunque el TJUE no duda en considerar que el caso tiene encaje en la Directiva 85/374, sin cuestionar en ningún momento su aplicación, el Abogado General del caso mantiene una opinión contraria. Por lo que ahora interesa, argumenta que, a falta de una Directiva específica sobre servicios defectuosos, la legislación comunitaria no cubre los daños causados por un producto fabricado por un profesional para su uso durante la

los daños causados por un producto defectuoso que se utiliza en el marco de una prestación de servicios deben considerarse incluido en la normativa de productos defectuosos. En el sentido que se apunta la Propuesta de Directiva considera como producto el programa informático como servicio¹²⁰.

9. Conclusiones

El trabajo realizado me lleva a concluir que la regulación vigente permite dar una respuesta razonable a los problemas más relevantes que plantea el encaje de los sistemas de IA en la definición de *producto* en la legislación vigente de productos defectuosos, de manera perfectamente alineada con las soluciones que, de manera más o menos explícita, incorpora la Propuesta de Directiva. Desde un punto de vista teórico, el estudio realizado permitirá a los operadores jurídicos valorar en su justa dimensión la novedad y acierto de la reforma. Desde un punto de vista práctico, facilitar y promover una interpretación razonable de la misma antes de que esta quede desplazada por la mencionada Propuesta de Directiva. Aspecto, este último, en absoluto desdeñable, pues, contando con que su aprobación no se demore en exceso, los plazos que se establecen en las disposiciones derogatorias y transitorias de la misma permiten vaticinar que la normativa vigente, en el peor de los casos, todavía seguirá siendo de aplicación doce años después desde su entrada en vigor. No obstante, la Propuesta de Directiva constituye un instrumento muy útil a la hora de dotar de contenido y hacer más previsible la interpretación de la normativa vigente, algo especialmente deseable en una materia tan sensible como los daños causados por estos sistemas.

En el cuerpo del trabajo se han abordado las dificultades que plantea la propia definición de sistema de IA y su encaje en la normativa de productos defectuosos (incluida la Propuesta de Directiva), así como el tipo de sistemas a los que esta última resulta aplicable. Dicho de manera muy breve, se alcanza la conclusión de que ambos textos legales comprenden todo tipo de sistemas (con independencia de su autonomía), tanto si se comercializan desligados de un soporte material (sistemas de IA como software) como los sistemas de IA integrada. No obstante, su aplicación resulta, en la práctica, mucho más limitada para los sistemas de IA como *software*, en cuanto las decisiones incorrectas no se traducen en un funcionamiento inseguro de dichos sistemas que generen daños contemplados en dicha normativa.

A continuación, se resumen algunas de las cuestiones que plantea la responsabilidad que deriva de la inteligencia artificial como producto, y sobre las que se ha tomado postura en el trabajo, esto es: la responsabilidad del fabricante derivada de decisiones incorrectas de los sistemas de IA autónomos, así como la que resulta de los datos defectuosos y de la incorporación de actualizaciones y mejoras.

a) Tanto en la legislación vigente, como de forma más clara, en la Propuesta de Directiva, la capacidad de aprendizaje del sistema deberá ser tomada en cuenta para valorar la seguridad del producto. A la hora de realizar dicha valoración, hay que tener en cuenta que el hecho de que el

prestación del servicio (vid. Opinión del Abogado general RUIZ-JARABO COLOMER, entregada el 14 de diciembre de 2000).

¹²⁰ V. Considerando 13. Esta previsión, que se propuso como enmienda 9, ha sido incorporada al texto aprobado por el Parlamento.

comportamiento concreto adoptado por el sistema de IA sea impredecible no impide que pueda apreciarse un defecto de diseño que dé lugar a la responsabilidad del fabricante, en tanto que el riesgo de que dicho sistema desarrolle un comportamiento de esta naturaleza es previsible. De igual modo, se rechaza que la autonomía, y por ende la imprevisibilidad constituya por sí mismo un defecto, de manera que el fabricante deba responder en todo caso, pues los resultados serían excesivos y no existe ninguna justificación para entenderlo así. Por tanto, teniendo en cuenta la capacidad de aprendizaje del sistema, las expectativas legítimas de seguridad consisten en que el sistema de IA esté diseñado de forma que no tenga la capacidad de desarrollar un comportamiento que sea imprevisible, bien entendido que el fabricante sólo responderá por defecto de diseño en caso de que este hubiese podido evitarse o anularse mediante un diseño alternativo razonable.

Esta interpretación es compatible con la redacción que contempla el artículo 6. 1 de la Directiva 85/374, cuando establece la necesidad de atender *a todas las circunstancias* para valorar el carácter defectuoso del producto, entre ellas la autonomía o capacidad de aprendizaje, que debe entenderse en la forma que arriba se ha explicado. Este aspecto se clarifica en el artículo 7.2 c) de la Propuesta de Directiva y, sobre todo su Exposición de Motivos (que, interpretada de manera razonable, puede conducir a la misma conclusión). En ambos casos, será posible la exoneración del fabricante por riesgos del desarrollo (arts. 7.2 e) Directiva 85/374 y 11.1.c) Propuesta de Directiva), a menos que se haya previsto de manera expresa la inaplicación de esta causa de exoneración por las legislaciones internas de los Estados miembros (cfr. arts. y 15.1.b) Directiva 85/374 y 18 Propuesta de Directiva).

b) En lo que respecta a la responsabilidad derivada de los datos defectuosos, han sido objeto de análisis específico los casos en los datos se han tomado de una red abierta y los suministrados por tercero. Muy brevemente, en el primer caso (datos extraídos de una red abierta), no podrá considerarse responsable a quien los cede de manera gratuita o los utiliza para fines particulares, pero sí a quien los utiliza con fines comerciales (ya sea el fabricante o un tercero), en cuyo caso, el fabricante del sistema de IA deberá responder de los daños causados por un componente defectuosos (los datos), al amparo del artículo 3.1 de la Directiva 85/374 y, de forma más clara, conforme a la Propuesta de Directiva (arts. 4. 4 y 8.1.b). En el caso de que hayan sido facilitados por tercero, el fabricante podrá quedar exonerado de responsabilidad si puede probar que, atendiendo a las circunstancias concurrentes, es probable que el defecto no existiera en el momento de valorar este (cfr. arts. 7 b y 8.1 Directiva 85/374 y arts. 11.1 c) y 13.1 Propuesta de Directiva).

c) Asimismo, el fabricante deberá responder por los daños ocasionados por los sistemas de IA debido a su interacción con actualizaciones y mejoras (arts. 6.1 Directiva 85/374 y 7.d) Propuesta de Directiva). En el caso de que las modificaciones se hayan realizado bajo el control del fabricante, el momento a tener en cuenta para valorar el defecto del sistema de IA será el momento en que cesa el control de dicho sujeto (cfr. art. 6.1 c) Directiva 85 /374), tal y como explicita la Propuesta de Directiva (art. 7.2. e).

Finalmente, se defiende la inclusión en la normativa de productos defectuosos de algunos sistemas de IA que se suministran en el ámbito de una prestación de servicios (la llamada inteligencia artificial como servicio). La razón es que el riesgo que el producto representa para la

seguridad es el mismo se adquiriera como suministro de un bien o a través de un alquiler o bajo licencia en régimen de prestación de servicios. En todo caso, se trata de daños causados por un producto, aunque este se facilite en el marco de una prestación de servicios, por lo deben considerados incluidos en el ámbito de la Directiva 85/374, conforme a la interpretación mantenida por el TJUE (en línea con la previsión expresa de la Propuesta de Directiva).

10. Bibliografía

ÁLVAREZ OLALLA, Pilar, «Propuesta de Reglamento en materia de responsabilidad civil por el uso de inteligencia artificial, del Parlamento europeo, de 20 de octubre de 2020», *Revista CESCO de Derecho de consumo*, nº 38, 2021.

APARICIO VAQUERO, Juan Pablo, «La tipificación del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales: entre la propiedad intelectual y el derecho de consumo», *Revista de Educación y Derecho*, nº 24, abril 2021.

ATAZ LÓPEZ, Joaquín, «Daños causados por las cosas: una nueva visión a raíz de la robótica y de la inteligencia artificial», *Working Papers Jean Monnet Chair 4/2020*, Universitat de Barcelona.

ATIENZA NAVARRO, María Luisa, «Últimas propuestas de la Unión Europea para la responsabilidad civil por daños causados por inteligencia artificial», en HERBOSA MARTÍNEZ, Inmaculada/ FERNÁNDEZ DE RETANA GOROSTIZAGOIZA, David (dirs.), *Derecho e Inteligencia artificial. El jurista ante los retos de la era digital*, Thomson Reuters (Aranzadi), Cizur Menor, 2023.

ATIENZA NAVARRO, María Luisa, «¿Una nueva responsabilidad por productos defectuosos?. Notas a la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos de 28 de septiembre de 2022 (COM/2022/495)», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº2, 2023.

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

BERCOVITZ RODRÍGUEZ, Rodrigo, «La Ley de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos», *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, tomo III, Cívitas, 1996.

BERTOLINI, Andrea, *Artificial intelligence and civil liability* (estudio encargado por la Comisión de asuntos jurídicos del Parlamento Europeo), julio 2020.

BORGHETTI, Jean-Sébastien, «Taking EU Product Liability Law seriously: How can the Product Liability Directive effectively contribute to consumer protection?», *French Journal of Legal Policy*, nº 1, 2023.

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*, nº 9887, 8 de Julio de 2021.

CARPÍ MARTÍN, Rebeca, «Evaluación de solvencia y calificación crediticia en el Reglamento europeo sobre Inteligencia artificial (Ley de Inteligencia artificial)», en HERBOSA MARTÍNEZ, INMACULADA/ FERNÁNDEZ DE RETANA GOROSTIZAGOIZA, David (dirs.), *Derecho e inteligencia artificial. El jurista ante los retos de la era digital*, Thomson Reuters (Aranzadi), 2023

CASTELLS I MARQUÈS, MARINA, «Drones civiles», en NAVAS NAVARRO, Susana (dir.), *Inteligencia artificial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

COLETTI, Elisa, «Intelligenza artificiale e responsabilità civile: le nuove sfide in ambito sanitario», *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N° 18, febrero 2023, p. 1133.

COMISIÓN EUROPEA, *Libro Blanco sobre la inteligencia artificial- un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza*, COM (2020) 65 final, 19 de febrero de 2020, disponible en <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/ac957f13-53c6-11ea-aece-01aa75ed71a1>.

COMISIÓN EUROPEA, *Informe sobre las repercusiones en materia de seguridad y responsabilidad civil de la inteligencia artificial, el internet de las cosas y la robótica*, Anexo al Libro Blanco, 19 de febrero de 2020 (COM (2020) 64 final), disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0064>

COMISIÓN EUROPEA, *Liability for artificial intelligence and other emerging digital technologies*, Oficina de publicaciones de la Unión Europea, 2019, disponible en <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/1c5e30be-1197-11ea-8c1f-01aa75ed71a1/language-en>

COMISIÓN EUROPEA, *Evaluation of 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. Accompanying the document Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the Application of the Council Directive on the approximation of the laws, regulations, and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products (85/374/EEC) {COM(2018) 246 final} - {SWD(2018) 158 final}*, 7 de mayo de 2018, SWD/2018/157 final, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52018SC0157>.

EBERS, Martín, «La utilización de agentes electrónicos inteligentes en el tráfico jurídico: ¿Necesitamos reglas especiales en el Derecho de responsabilidad civil?» (traducción al castellano por VENTURA VENTURA, José Manuel), *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, julio 2016.

EUROPEAN LAW INSTITUTE (ELI), *Feedback of the European Law Institute, European Commission's Proposal for a Revised Product Liability Directive*, 2022, disponible en https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Feedback_on_the_EC_Proposal_for_a_Revised_Product_Liability_Directive.pdf.

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

EUROPEAN LAW INSTITUTE (ELI), *Response of the European Law Institute (ELI) to the European Commission's Public Consultation on Civil Liability. Adapting Liability Rules to the Digital Age and Artificial Intelligence* (Koch, B., Borghetti, J.S., Machnikowski, P., Pichonnaz, P., Rodríguez de las Heras, T., Ballell, T., Twigg-Flesner, C., Wendehorst, C., 2022, en https://europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/Public_Consultation_on_Civil_Liability.pdf.

EUROPEAN LAW INSTITUTE (ELI), *Guiding principles for updating the Product Liability for the Digital age*, 2021, disponible en https://europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Guiding_Principles_for_Updating_the_PLD_for_the_Digital_Age.pdf.

FRANZONI, Massimo, «Il digitale, la rete, l'IA e la responsabilità civile», *Juscivile*, 2, 2024, p. 212.

DONCELLI, Giulio, «Intelligenza artificiale e responsabilità. Verso un nuovo modello europeo», *Contratto e impresa Europa*, n° 3, 2023.

GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, «Agencias de información comercial y registros concursales. La STJUE de 7 de diciembre de 2023», *Revista para el Análisis del Derecho*, *InDret*, Editorial, n° 1, 2024

GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, «La Propuesta de Directiva sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n° 4, 2022, Editorial

GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos/GARCÍA MICÓ, Tomás Gabriel, «Liability for artificial intelligence and other emerging technologies», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 1, 2020, pp. 501-511.

HEISS, Stefan, «Towards Optimal Liability for Artificial Intelligence: Lessons from the European Union's Proposals of 2020», *Hastings Science & Technology Law Journal*, n°12 (2), 2021, consultado en https://repository.uclawsf.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1105&context=hastings_science_technology_law_journal.

HERNÁNDEZ ESTEBAN, Elena, «Inteligencia artificial y vehículos autónomos el régimen de la responsabilidad civil ante los nuevos retos tecnológicos», *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías*, n°. 49, 2019.

IZQUIERDO GRAU, Guillem, «Software y algoritmos defectuosos. Algunas consideraciones sobre la responsabilidad del desarrollador de software o de sistemas de inteligencia artificial», *IDP: Revista de Internet, Derecho y Política*, n° 38, 2023.

IZQUIERDO GRAU, Guillem, «La causa de exoneración de los riesgos por desarrollo en el nuevo paradigma digital», *Cuadernos de derecho transnacional*, vol.15, 2023.

IZQUIERDO GRAU, Guillem, «Reacondicionamiento, refabricación y modificación sustancial de productos», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n° 4, 2023.

LI, Shu/ FAURE, Michael/ HAVU, Katri, «Liability Rules for AI-Related Harm: Law and Economics Lessons for a European Approach», *European Journal of Risk Regulation*, n° 13(4), 2022, consultado en https://cris.maastrichtuniversity.nl/ws/portalfiles/portal/108561069/Faure_2022_Liability_Rules_for_AI_Related_Harm.pdf.

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

MARTÍ GRAU, Ricard, «Reflexiones acerca de la Propuesta de Directiva sobre responsabilidad por daños derivados de la inteligencia artificial y su impacto en el Derecho español de daños », *Revista Aranzadi Doctrinal*, n° 4, 2023.

MARTÍN CASALS, Miquel, «Las Propuestas de la Unión Europea para regular la responsabilidad civil por los daños causados por sistemas de inteligencia artificial», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 3, 2023.

MARTÍN CASALS, Miquel, «An approach to some eu initiatives on the regulation of liability for damage caused by ai-systems», *Ius et Praxis*, Vol. 28, 2022.

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

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

MUÑOZ VELA, José Manuel, «IA y responsabilidad civil. Comentarios a las propuestas europeas en materia de derechos de daños por productos defectuosos y adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual», *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, nº 61, 2023.

NAVAS NAVARRO, Susana, «Régimen europeo en ciernes en materia de responsabilidad derivada de los sistemas de inteligencia artificial», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 44, 2022.

NAVAS NAVARRO, Susana, «Seguimos necesitando normas de responsabilidad civil en caso de daños ocasionados por sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo », *CESCO Publicaciones jurídicas*, octubre 2022.

NAVAS NAVARRO, Susana, «Responsabilidad civil del fabricante y tecnología inteligente. Una mirada al futuro», *Diario La Ley*, nº 35, 27 de diciembre de 2019.

NAVAS NAVARRO, Susana, «Del «servicio» al «producto jurídico». Herramientas LawTech», *Diario La Ley*, nº 32, 7 de octubre de 2019.

NÚÑEZ ZORRILLA, Carmen, «La nueva directiva europea sobre responsabilidad civil por productos defectuosos y su aplicación a los vehículos totalmente automatizados o autónomos», *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, nº 796, 2023.

PARRA LUCÁN, M.^a Ángeles, *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*, Reus, 2011.

PLANA ARNALDOS, M.^a Carmen, «Economía de los datos y propiedad sobre los datos», *Revista de educación y derecho*, nº 24, 2021.

PORTELLANO DÍEZ, Pedro, «Inteligencia artificial y responsabilidad por productos», *Revista de Derecho mercantil*, nº 316, 2020.

RAMÓN FÉRNÁNDEZ, Francisca, «El robot como producto defectuoso y responsabilidad civil», *Derecho Digital e Innovación*, nº 14, 2022.

RODRÍGUEZ DE LAS HERAS, Teresa, «La revisión de la Directiva de responsabilidad por producto: una pieza clave en el puzle de la responsabilidad por daños causados por inteligencia artificial», *La Ley Mercantil*, nº 103, 2023.

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

SOYER, Baris/TETTENBORN, Andrew, « Artificial intelligence and civil liability—do we need a new regime?», *International Journal of Law and Information Technology*, nº 30 (4), 2022, consultado en <https://academic.oup.com/ijlit/article/30/4/385/7039697>

WAGNER, Gerhard, «Liability rules for the Digital Age-Aiming for the Brussels Effect», *Journal of European Tort Law*, nº 13 (3), 2022, consultado en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4320285.

ZURITA MARTÍN, «Las propuestas de reforma legislativa del Libro blanco europeo sobre inteligencia artificial en materia de seguridad y responsabilidad civil», *Actualidad jurídica iberoamericana*, nº 14, 2021.

Sonia Martín Santisteban
Universidad de Cantabria

Sumario

-

La flexibilidad de la que ha dotado al art. 252CC la reforma operada por la Ley 8/2021, de 3 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, obliga a replantear la utilidad, como instrumento de carácter asistencial, del patrimonio especialmente protegido en favor de personas con discapacidad. El trabajo analiza las diferentes estrategias de afectación de bienes para la protección de personas vulnerables y, en especial, las particularidades que ofrece el patrimonio protegido frente a la posibilidad de realizar singulares atribuciones a título gratuito, sujetas a un régimen de administración especial. Transcurridos veinte años desde la entrada en vigor de la Ley 41/2003, la autora sugiere modificaciones que puedan hacer aflorar el potencial de un instrumento a fecha de hoy poco utilizado. El trabajo aborda cuestiones tales como la conveniencia de implementar mecanismos que garanticen la afectación de los bienes transmitidos, adecuar el régimen jurídico del cargo de administrador a su naturaleza jurídica y ampliar el ámbito subjetivo de aplicación de la figura.

Abstract

-

The flexibility given to art. 252CC by the reform introduced by Law 8/2021, of June 3, which reforms civil and procedural legislation to support persons with disabilities in the exercise of their legal capacity, makes it necessary to rethink the usefulness, as an instrument of assistance, of the specially protected estate in favor of persons with disabilities. The paper analyzes the different strategies for the allocation of assets for the protection of vulnerable persons and, in particular, the particularities offered by the protected patrimony as opposed to the possibility of making singular allocations free of charge, subject to a special administration regime. Twenty years after the entry into force of Law 41/2003, the author suggests modifications that can bring out the potential of an instrument that is still little used. The work addresses issues such as the convenience of implementing mechanisms that guarantee the assignment of the transferred assets, adapting the legal regime of the position of administrator to its legal nature and broadening the subjective scope of application of the figure.

Title: *Strategies for the allocation of assets for the protection of vulnerable individuals*

-

Palabras clave: Protección patrimonial, asistencia, discapacidad, apoyo, patrimonio protegido, administración especial, separación patrimonial.

Keywords: *Asset protection, assistance, disability, support, protected assets, special administration, separation of assets.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2024.i3.03

3.2024

Recepción
02/04/2024

-

Aceptación
18/05/2024

-

Índice

-

1. Introducción

2.El punto de partida: instrumentos de carácter asistencial

3.Las personas destinatarias del patrimonio asistencial

4.Naturaleza del patrimonio protegido frente a las aportaciones gratuitas sujetas a un régimen de administración especial

4.1. Patrimonio separado

4.2. Patrimonio de destino o afectación

4.3. Patrimonio protegido

5.Constitución y extinción del patrimonio protegido y de las aportaciones sujetas a administración especial. Destino del remanente tras su extinción

6.Finalidad perseguida por la Ley 41/2003 y posibles modificaciones que hagan aflorar el potencial del instrumento

6.1. La separación patrimonial a efectos de la administración y responsabilidad por deudas

6.2. El estatuto jurídico del administrador del patrimonio protegido

6.3. Las personas beneficiarias

7.Conclusiones

8.Bibliografía

9.Resoluciones judiciales y administrativas

-

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

1. Introducción

En el año 2003, la Ley 41/2003 introdujo en el ordenamiento jurídico español diferentes instrumentos destinados a incrementar la protección patrimonial de las personas con discapacidad. Uno de ellos fue el patrimonio especialmente protegido en favor de personas con discapacidad, que desde un primer momento recibió diversas críticas por parte de la doctrina y que, a pesar de puntuales modificaciones en los años 2009, 2015, 2021 y 2023¹, ha sido escasamente utilizado por los familiares y allegados de las personas con discapacidad². Entre los motivos aducidos se encuentra el de un escaso conocimiento de la figura por los familiares de personas con discapacidad³, un régimen fiscal pobre y complejo⁴ o una regulación civil innecesaria⁵.

El objetivo de este estudio es, por una parte, visitar qué es lo que aporta la actual regulación civil del patrimonio protegido al derecho español, especialmente tras la nueva redacción de la que ha dotado al art. 252CC la reforma operada por la Ley 8/2021, de 3 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, ¿Qué ventajas ofrece hacer aportaciones a un patrimonio protegido, frente al patrimonio asistencial que se puede crear en favor de una persona vulnerable, a través de un entramado de aportaciones gratuitas sujetas a administración especial?

Nos proponemos retomar algunas de las características asociadas tradicionalmente a esta figura y que resultan puestas en entredicho, hoy más que nunca, tras la flexibilidad con la que se regulan

¹ Ley 1/2009, de 25 de marzo; Ley 15/2015, de 2 de julio; Ley 8/2021, de 2 de junio; Ley 13/2023, de 24 de mayo.

² Aluden al escaso éxito de la figura PALOMINO DÍEZ, « Modificación de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento civil y de la normativa tributaria con esta finalidad », en GUILARTE MARTÍN-CALERO (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p.1265; NAVARRO GARMENDIA, « El concepto de disposición en el régimen fiscal del patrimonio protegido », *Crónica Tributaria*, núm.143, 2012, pp. 127 y 128; VIVAS TESÓN, « Título I. De las Personas jurídicas, los Patrimonios especialmente protegidos y otros Entes sin personalidad. Capítulo II (leyes 44 y 45) », en RUBIO TORRANO/VIEIRA (dirs), *Comentarios al Fuero Nuevo*, 2ªed., Aranzadi, Pamplona, 2020, p.147; LAUROBA LACASA, « Los patrimonios protegidos, un mecanismo valioso de planificación patrimonial pre y postmortem », en TARABAL BOSCH (dir.), *Previsión y transmisión intergeneracional del patrimonio al margen de la sucesión*, Colegi Notarial de Catalunya, Madrid, 2022, p.196, quien aporta información acerca del número de patrimonios protegidos registrados en Cataluña. Entre el cuerpo notarial: SOLER MARTÍN-JAVATO, « El patrimonio protegido de las personas con discapacidad en Cataluña como patrimonio fiduciario », en MARTÍN SANTISTEBAN (dir.), *Los patrimonios de afectación como instrumento de gestión y transmisión de riqueza*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p.83 o LOURO GARCÍA, « Modificación de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento civil y de la normativa tributaria con esta finalidad », en GARCÍA RUBIO/MORO ALMARAZ (dirs), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp.989-990.

³ VIVAS TESÓN, « Una aproximación al patrimonio protegido a favor de la persona con discapacidad », *Revista de Derecho*, núm.I, 2009, pp. 58 y 75.

⁴ ENTRENA PALOMERO, « El patrimonio protegido de las personas con discapacidad », en TERRENOS (coord.), *Los derechos de las personas con discapacidad*, vol. II, Consejo General del poder Judicial, Madrid, 2007, p. 987 y VIVAS TESÓN, *La protección económica de la discapacidad*, Bosch, Barcelona, 2009, p.64 califican de pobres las medidas fiscales; SOLER MARTÍN-JAVATO, op. cit., p.106 y PÉREZ HUETE, « Régimen fiscal del Patrimonio protegido de los discapacitados », *Crónica Tributaria*, núm,116, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2005, pp.134-135, alifican el régimen fiscal de complejo.

⁵ SERRANO GARCÍA, « Discapacidad e Incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre », *Revista Jurídica del Notariado*, núm.52, octubre-diciembre 2004, pp.249-250

las aportaciones sujetas a administración especial. Para ello nos centraremos en el supuesto más frecuente en que son los familiares y allegados quienes desean aportar bienes propios a la persona con discapacidad y no a aquél, más residual, en que lo hacen con bienes del propio discapacitado o en que es la persona con discapacidad quien constituye el patrimonio. Aunque no es nuestro propósito analizar el régimen fiscal de la figura, es indudable que el mismo juega un gran protagonismo en su utilización y, a diferencia de los que ocurre con los planes de pensiones, en el patrimonio especialmente protegido la reducción fiscal no beneficia a quien aporta sus propios bienes, por lo que la figura pierde en esos casos todo atractivo fiscal.

Por otra parte, transcurridos ya veinte años desde la entrada en vigor de la Ley 41/2003, queremos reflexionar acerca de las modificaciones que pudieran hacer aflorar el potencial de este instrumento, a la vista de los objetivos declarados por el legislador del año 2003 y que la actual regulación no alcanza⁶. La Ley asocia a la constitución de dicho patrimonio beneficios fiscales, tanto para su beneficiario como para quien hace las aportaciones, siempre que los bienes aportados no sean del propio favorecido y que los aportantes guarden cierto grado de parentesco con él. Esto representa sin duda un incentivo frente a la donación clásica, pero por sí solo resulta insuficiente cuando los allegados pueden seguir proveyendo, en vida, a las necesidades de la persona con discapacidad, sin desprenderse de la propiedad de sus bienes. Una de las pocas ventajas de una transmisión *inter vivos* puede ser la de ver cómo desempeña sus funciones la persona designada como administrador, pero nada garantiza que ésta siga actuando con la misma diligencia tras el fallecimiento del disponente. Asimismo, la Ley nos ofrece una regulación incompleta e incoherente de la figura del administrador del patrimonio protegido, que debe reunir los mismos requisitos que se exigen a los curadores pese a las importantes diferencias existentes entre ambas figuras y pese a resultar hoy, más difícil que nunca, ligar la administración del patrimonio protegido a la representación. Finalmente, son varias las críticas recibidas a la forma de determinar la discapacidad de los potenciales beneficiarios del patrimonio protegido y muchas las situaciones que quedan fuera del ámbito de cobertura de la norma. Planteamos la conveniencia de ampliar el elenco de beneficiarios en aras de incrementar la utilidad social de la figura.

2. El punto de partida: instrumentos de carácter asistencial

En nuestro derecho existen diversos instrumentos destinados a prestar apoyo y asistencia patrimonial. El motivo para contratar uno u otro depende del objetivo del constituyente y de las necesidades y circunstancias del beneficiario. Algunos de ellos, como los seguros de protección de discapacidad y dependencia, los seguros de accidente o enfermedad, los planes de pensiones y otros instrumentos análogos de previsión y ahorro permiten al disponente protegerse a sí mismo o a un tercero ante una futura situación de vulnerabilidad⁷. Otros instrumentos de

⁶ Aunque previa a la reforma de 2021, la Proposición no de Ley de 11 de septiembre de 2020, relativa a la evaluación de la Ley 41/2003, presentada por el Grupo Parlamentario del Partido popular ante el Congreso, ya afirmaba que « Catorce años después de la entrada en vigor de la Ley 41/2003, se hace necesario proceder a evaluar la efectividad de dicha norma ante la casuística surgida durante su vigencia, y estudiar si se han cumplido los objetivos previstos, y si es necesario proceder a abordar alguna modificación de la norma para la adaptación a la nueva realidad social », (Boletín de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XIV Leg., Serie D, General, 11 de septiembre de 2020, núm. 137, p.26. https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/D/BOCG-14-D-137.PDF).

⁷ Aunque, a partir de 2025, se podrán recuperar las aportaciones y los rendimientos generados por los planes de pensiones que tengan al menos diez años de antigüedad, sin tener que llegar a la jubilación ni justificar ninguna situación excepcional (Real Decreto de Modificación del Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones en Materia de Liquidez y Reducción de Comisiones, de 10 de febrero de 2018. Artículo segundo Veintiséis)

derecho privado, como la hipoteca inversa, la renta vitalicia o el contrato de alimentos permiten convertir el patrimonio inmobiliario en renta y, en el caso del contrato de alimentos, también en cuidados asistenciales, sin tener que anticiparse a la situación de vulnerabilidad. Y también existen actos de disposición, *inter vivos* y *mortis causa*, que pueden acompañarse de cargas o gravámenes al adquirente consistentes en prestar asistencia al disponente o a un tercero.

En todos estos supuestos, cuando lo que mueve a quien recurre al instrumento es beneficiar a un tercero, a costa de un empobrecimiento propio, estamos ante una liberalidad o donación indirecta. Como sabemos, no existe una figura general y abstracta de donación indirecta, sino figuras singulares de actos o negocios directos, que actúan como vehículos de la liberalidad. En los supuestos aquí mencionados, esos vehículos son estipulaciones en favor de tercero (como en el caso de los instrumentos de previsión y ahorro, el contrato de alimentos o la renta vitalicia) y disposiciones a título gratuito (como en el caso de las donaciones o disposiciones testamentarias) que gravan al donatario, heredero o legatario, con la obligación de prestar asistencia a un tercero. Mientras que en el caso de la estipulación en favor de tercero estamos ante un contrato oneroso, con obligaciones recíprocas para las partes, en el de la atribución a título gratuito no hay reciprocidad ya que la carga no transforma la donación en contrato oneroso mientras no supere el valor de lo donado (art.619CC). Esta diferencia, como sabemos, tiene importantes consecuencias a efectos sucesorios puesto que, de tratarse de una disposición a título gratuito, si el disponente tiene herederos forzosos la disposición se verá reducida por inoficiosidad en cuanto exceda de la parte de libre disposición. Lo que ha llevado precisamente a que, en el ámbito familiar, en más de una ocasión se haya simulado la celebración de un contrato de alimentos cuando en realidad se quería la celebración de una donación modal⁸.

Pero más allá de los problemas que puede plantear diferenciar el contrato de alimentos o la renta vitalicia de la donación con carga, cuando los herederos del transmitente ejercen una acción de simulación por ver peligrar sus derechos legitimarios, tanto los contratos en favor de tercero como las donaciones *sub modo* exigen despojarse o transmitir irrevocablemente la propiedad de ciertos bienes a quien, como contraprestación o gravamen, se obliga a satisfacer rentas, una indemnización o una prestación asistencial al beneficiario. Esta transmisión de la propiedad puede disuadir a quien proyecta apoyar o asistir a un ser querido si, por ejemplo, no dispone de efectivo sino de bienes muebles o inmuebles que quiere conservar en el ámbito familiar, sin afectar las expectativas de los herederos, y tampoco cuenta en su entorno familiar con una persona de confianza a quien transmitir la propiedad de los bienes a cambio o con la carga de que el adquirente siga prestando asistencia cuando él ya no pueda.

Además, ante el incumplimiento de las obligaciones asistenciales, ya se hayan contraído éstas a través de contrato o a resultas de una disposición gratuita, sólo cabe exigir ante el juez, en el primer caso, el cumplimiento o la resolución del contrato y, en el segundo, el cumplimiento o la revocación de la donación. Luego de no lograrse la colaboración de quien debía prestar asistencia, se podrán recuperar los bienes transmitidos, pero no queda garantizado el cumplimiento del objetivo asistencial⁹.

⁸ Así, se considera probada la intención liberal de las partes, bajo la forma de un contrato de vitalicio, en la STS 452/1997, Civil, de 26 de mayo de 1997 (RJ 1997/4234, ECLI: ES:TS:1997:3702), que atiende a la falta de proporción de lo recibido y lo atendido y a la falta de aleatoriedad característica del vitalicio, y en las SSAP Girona 169/2002, Civil, de 14 de marzo de 2002, (AC 2002/886) y Las Palmas de 1 de julio de 2008, JUR 2009/15734.

⁹ Arts. 1795CC y 647CC. En el caso del contrato de alimentos, debemos considerar además los problemas de legitimación del tercero, tras el fallecimiento del alimentante, ante la pasividad de sus herederos: BERENGUER

Una forma de superar estos escollos es transmitir directamente los bienes que queremos destinar a cumplir la función asistencial, ya sea *inter vivos* o *mortis causa*, a la persona que queremos beneficiar, pero sujetando esa atribución gratuita a un régimen de administración especial, de modo que los bienes se destinen al mantenimiento o la asistencia del adquirente. Nuestro Código civil contempla expresamente esta posibilidad cuando se quiere asistir o atender a las necesidades vitales de personas con discapacidad, a través de la figura del patrimonio especialmente protegido, cuando se quiere beneficiar en general a menores, a través del art.164.1CC -cuando éstos están sujetos a patria potestad- o del art.205CC -cuando se encuentran bajo tutela-, y cuando se quiere beneficiar, con carácter general, a personas necesitadas de apoyo, a través del art. 252CC¹⁰. A diferencia de otros instrumentos asistenciales, estos mecanismos no sólo persiguen la asistencia de la persona vulnerable sino también la gestión patrimonial de los bienes transmitidos. Su propósito no es cambiar bienes por asistencia sino prestar asistencia con cargo a los frutos generados por la gestión de los bienes, y en su caso, con cargo a los mismos bienes o a su contravalor¹¹. Estamos ante lo que podemos denominar patrimonios asistenciales.

Algunos entendemos que parecida posibilidad se puede también alcanzar cuando el beneficiario es una persona mayor de edad, que no necesita apoyo, a través de la figura de las donaciones o disposiciones testamentarias modales o sujetas a condición¹². El modo o carga puede tener un

ALBALADEJO, *El contrato de alimentos*, tesis doctoral, Universidad de Alicante, 2012, pp.381-394. Y tratándose de la revocación de donaciones, sólo el donante o sus herederos podrán ejercer la acción de revocación: ORDÁS ALONSO, « Revocación por incumplimiento de cargas », EGUSQUIZA/PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, *Tratado de las liberalidades*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp.576-579.

¹⁰ Recordemos que este precepto tiene su origen en el antiguo art. 227CC., que antes de la reforma abarcaba la administración especial de los bienes donados a menores y personas incapacitadas judicialmente y, con posterioridad, se ha escindido en el art. 252CC. aquí comentado, y el art.205CC, referido a los menores.

¹¹ En el caso del patrimonio protegido el art. 5.4LPPD menciona el deber de destinar los bienes y derechos, así como sus frutos, rendimientos o productos « a la satisfacción de las necesidades vitales de su beneficiario, o al mantenimiento de la productividad del patrimonio protegido ».

¹² GARCÍA RUBIO, « Artículo 252 », en GARCÍA RUBIO/MORO ALAMARAZ (dir.), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Civitas Thomson Reuter, Cizur Menor, 2022, p.245: « Es por todos sabido que las atribuciones gratuitas son, precisamente, la sede natural de cargas o modos o condiciones; al fin y al cabo, lo que aquí se contempla es un negocio en el que la atribución gratuita se puede acompañar de reglas impuestas por quien la hizo sobre la administración y disposición de los bienes objeto de su generosidad. Así como, eventualmente, de mecanismos de control o supervisión de las facultades conferidas ». Igualmente, MARIÑO PARDO, « El administrador de bienes de un menor o incapacitado nombrado en acto a título gratuito. Naturaleza y cuestiones generales. La Resolución DGRN de 12 de julio de 2013. 1 », *Juris Prudente. Blog de derecho privado, desde la óptica notarial y registral*, 12 de junio de 2014. Disponible en <https://www.iurisprudente.com/2021/09/reforma-del-codigo-civil-por-la-ley-55.html>: « Sin embargo, no creo que pueda rechazarse que el que disponga de bienes a título gratuito a favor de una persona mayor y capaz pueda establecer las reglas de administración de los bienes. Sería una simple carga o limitación de la disposición a título gratuito. Si el Código Civil no se refiere expresamente a ella, es por considerar, precisamente, que en este caso no se plantean dificultades de conflicto con la representación legal y de protección de los menores e incapacitados ». Entiende el autor que la reforma no ha cambiado nada en este sentido: « a mi entender, el sentido fundamental de la norma es precisamente la posibilidad de gravar la legítima de la persona sujeta a medidas de apoyo, pues fuera de este caso de afectar a un legitimario, el disponente a título gratuito tendría libertad para configurar el régimen de la liberalidad en cuanto a administración y disposición, lo que no sería sino una limitación a la disposición, posible, pues el disponente a título gratuito puede llegar a prohibir válidamente la disposición de la cosa donada y si puede lo más, prohibirla, debe poder lo menor, limitarla o condicionarla », (« Reforma del Código Civil por la Ley 8/2021, para el apoyo de personas con discapacidad: El administrador testamentario », *Juris Prudente. Blog de derecho privado, desde la óptica notarial y registral*, 30 de septiembre de 2021. Disponible en <https://www.iurisprudente.com/2021/09/reforma-del-codigo-civil-por-la-ley-55.html>).

contenido variado, que no sólo puede consistir en la realización de una conducta (como es el caso de la donación con la carga de prestar asistencia al donante o a un tercero), sino también en la determinación del destino que hay que dar a los bienes donados (art. 797CC). Buena prueba de ello lo constituyen los numerosos casos en que nuestros tribunales se han pronunciado sobre donaciones de bienes que se han de destinar al cumplimiento de determinado fin¹³. Luego quien realiza una atribución gratuita, a una persona mayor de edad no necesitada de apoyo, puede someter esa atribución a la carga de que el donatario destine los bienes a su propia asistencia y acompañar la atribución del nombramiento de un administrador y de reglas acerca de la administración y disposición de los bienes objeto de su generosidad¹⁴. En otros términos, los arts. 164.1, 205 y 252CC no limitarían las atribuciones a título gratuito, acompañadas de un régimen especial de administración, a las realizadas en favor de menores y personas necesitadas de apoyo, sino que aclaran que, en estos casos, el régimen de administración previsto por el disponente desplaza la gestión prevista para el resto de los bienes del menor o de la persona necesitada de apoyo. Lo contrario sería una discriminación por razón de discapacidad, al permitir imponer una administración específica que no es posible cuando el beneficiado no tiene discapacidad, lo cual sería manifiestamente contrario al espíritu de la reforma de 2021, que preconiza que las personas con discapacidad deben poder hacer lo mismo que las demás.

3. Las personas destinatarias del patrimonio asistencial

Pueden beneficiarse del patrimonio especialmente protegido quienes presentan una discapacidad psíquica igual o superior al 33 por ciento y las personas afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento, acreditada administrativamente o mediante resolución judicial firme (art. 2.2 y 2.3 LPPD). Esta forma de determinar la discapacidad ha recibido diversas críticas, ya sea por su naturaleza administrativa¹⁵, por su complejidad¹⁶ o por

¹³ STS 900/2007, Civil, de 20 de julio de 2007 (RJ 2007/ 4696), en la que se donan terrenos para crear un campamento militar, de instrucción o de tiro; SAP Valencia, 234/2002, Civil, de 6 de abril de 2002 (AC 2002/1510), en la que se donan unas pinturas con la carga de ser expuestas permanentemente en el Instituto Valenciano de Arte Moderno; SAP Zaragoza 603/2003, de 22 de octubre de 2003 (AC 2003/252236), en la que se dona una casa para que se establezca una comunidad religiosa dedicada a la enseñanza. La SAP de Madrid, Civil, de 24 de febrero de 2011, ROJ: 5864, 2011, interpreta una cláusula testamentaria en la que la testadora nombraba un administrador de los bienes dejados a su hija, única heredera, además de reconocer su legítima a su cónyuge viudo, previendo que los administradores «con los rendimientos del negocio, al cual no tendrá acceso ningún familiar no autorizado expresamente por los administradores, provea las necesidades de su familia, manteniendo en lo posible un nivel similar al actual, dando al remanente el destino que creen más conveniente para los intereses de su hija y heredera». La sentencia declara que para el cumplimiento de la voluntad de la testadora se fija, a cargo del patrimonio, una pensión mensual a satisfacer por los administradores a la familia, integrada por el padre, cónyuge viudo de la testadora, y la hija y heredera de la misma.

¹⁴ En este sentido, GARCÍA RUBIO, « Artículo 252 », en op. cit., p.247. En relación al art.252CC y a la designación de la persona o personas a quienes se encomienda la administración de los bienes de la persona necesitada de apoyo, afirma que « lo cierto es que lo mismo podría hacer el disponente cuando tratara de favorecer a cualquier persona mayor de edad, aunque no precisare apoyo; también a él le podría imponer la administración por un tercero de los bienes gratuitamente atribuidos, si no se quiere la sustitución, en cualquier caso, basta con no aceptar la atribución gratuita, pero si esta se acepta, deberá hacerse con las cargas o condiciones que, siendo lícitas, el disponente establezca (cfr. art.619 y 790, 797CC) ».

¹⁵ MARÍN SÁNCHEZ, « Protección patrimonial de la persona discapacitada o dependiente », en ROCA TRÍAS/ORTUÑO MUÑOZ (coords), *Persona y Familia*, Sepín, Madrid, 2011, p.443; SERRANO GARCÍA, « Discapacidad e Incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre », *Revista Jurídica del Notariado*, núm.52, octubre-diciembre 2004, pp. 240-241.

¹⁶ Puede verse DE PABLO VARONA, *Los patrimonios protegidos de las personas con discapacidad. Su régimen fiscal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, p.39 y ss, acerca de los problemas interpretativos.

los límites al tipo de beneficiarios¹⁷. Si nos centramos en este último aspecto, es cierto que la figura no puede utilizarse para dar cobertura a personas dependientes que no tienen reconocida judicial o administrativamente la situación de discapacidad, como sí lo hacen en cambio sus homónimos en derecho catalán (art. 227-1.1CCCat.) y en derecho navarro (ley 44 de la Ley 1/1973, por la que se aprueba la compilación del derecho civil foral de navarra)¹⁸. Podemos pensar que la dependencia a la que se refiere la Ley 39/2006 es la relacionada con condiciones de salud alteradas, luego siempre es consecuencia de un grado severo de discapacidad. El concepto de dependencia debería quedar por lo tanto subsumido en los grados de discapacidad exigidos por la figura de derecho estatal, pero la referencia expresa a la dependencia permitiría que, quienes no tienen reconocida judicial o administrativamente la situación de discapacidad, pero sí la de dependencia, pudieran beneficiarse de un patrimonio protegido.

Tampoco puede recurrirse al patrimonio protegido para prestar asistencia a las personas necesitadas de apoyo, en general, o a las necesitadas de apoyo para administrar sus bienes, si éstas no tienen reconocido judicial o administrativamente los grados de discapacidad exigidos por la Ley 41/2003. No hay coincidencia absoluta entre el concepto de persona con discapacidad a que se refiere la LPPD y el que está en la base de las instituciones de apoyo que regula el Código Civil. No sólo estamos ante conceptos de distinta naturaleza (administrativo uno, civil el otro) sino que mientras que la discapacidad incluye a quienes tienen « deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás » (art. 1 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de febrero de 2006), el « apoyo » tiene un significado más amplio, « que engloba todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad » (Ley 8/2021. Exposición de Motivos. III).

Aunque el art. 252CC habla genéricamente de « personas necesitadas de apoyo », entendemos que está pensando en las que lo precisan para administrar sus bienes ya que éste es el tipo de apoyo que queda desplazado por el régimen de administración fijado por el disponente. Estas personas previsiblemente sufrirán una deficiencia mental, pero si la misma es temporal, aunque haya que prestarles apoyo para actuar en sede notarial, no pueden calificarse como persona con discapacidad a efectos de la Convención de Nueva York. Y a la inversa, una persona con una discapacidad física, incluso superior al 65%, no tiene porqué necesitar apoyo para administrar sus bienes. Ni las deficiencias temporales, ni las deficiencias permanentes no acreditadas o que no alcancen los grados exigidos por la Ley 41/2003, permiten constituir un patrimonio protegido.

Es discutible si « personas necesitadas de apoyo » son exclusivamente aquellas que tienen establecidas medidas de apoyo en el momento de realizar la aportación¹⁹ o quienes, sin tenerlas

¹⁷ DEL POZO CARRASCOSA, « La protecció patrimonial de la persona discapacitada o dependent: el patrimoni protegit », IINSTITUT DEEDRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT. UNIVERSITAT DE GIRONA (coord), *Questions actuals del dret català de la persona o de la família. Materials de les Dissetenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Documentia universitària, Girona, 2013, p. 186.

¹⁸ Aunque el derecho navarro circunscribe la protección al ámbito familiar.

¹⁹ MARIÑO PARDO, « Reforma del Código Civil por la Ley 8/2021, para el apoyo de personas con discapacidad: El administrador testamentario », op. cit., « La norma no exige ni aclara si estas medidas de apoyo han de haber sido tomadas en el momento en que se realiza el acto gratuito. No obstante, y a mi entender, este es el sentido de la

establecidas, las necesitan²⁰. Si nos inclinamos por la segunda opción, el ámbito de posibles beneficiarios de una administración especial se amplía aún más frente al de los destinatarios de un patrimonio protegido.

En otros términos, cualquier aportación gratuita, independientemente de quien sea su beneficiario, puede someterse a una administración especial a través de modo o carga. Si su beneficiario es una persona necesitada de apoyo para administrar sus bienes, los bienes transmitidos quedarán excluidos de la administración que ejerzan quienes deben prestarle apoyo, sobre el resto de su patrimonio (art. 252CC). Y si el beneficiario adolece de alguno de los grados de discapacidad previstos por el art. 2LPPD, sus allegados podrán optar por la constitución de un patrimonio protegido, independientemente de que necesite o no apoyo para ejercer su capacidad jurídica.

Es cierto que el ámbito subjetivo de aplicación del art. 252CC -que en su anterior versión (art.227CC) sólo se refería a los menores y personas incapacitadas judicialmente porque eran quienes contaban con un régimen de administración específico fijado legalmente y/o judicialmente- es más amplio ahora que antes de la reforma. Pero este cambio no ha añadido nada nuevo respecto del ámbito de personas que pueden recibir bienes sujetos a una administración especial. Sólo especifica que, cuando el adjudicatario es una persona necesitada de apoyo, lo previsto por el disponente desplaza el régimen de apoyos existente.

4. Naturaleza del patrimonio especialmente protegido frente a las aportaciones gratuitas sujetas a un régimen de administración especial

La Ley configura el patrimonio protegido como una masa patrimonial carente de personalidad jurídica (Exposición de Motivos II), un conjunto unificado y estable de bienes y derechos, incluidos sus frutos, productos y rendimientos o, tal y como se refiere a ellos la Ley en múltiples ocasiones, un patrimonio. Este patrimonio -añade el legislador- está destinado o afecto a la satisfacción de las necesidades vitales de su beneficiario y al mantenimiento de la productividad de los bienes que lo integran.

Tradicionalmente, la utilidad del concepto de patrimonio se concentra en permitir la mejor consecución de fines, que pueden ser generales o particulares, y en delimitar los bienes que pueden ser atacados por los acreedores que se han relacionado con ese patrimonio. La unidad patrimonial cobraría así todo su significado jurídico en la idea de responsabilidad²¹. Por ello, hay quien opina que el denominado por la Ley « patrimonio » protegido no cumple la función que se

norma, el establecimiento de un régimen especial de administración y disposición sujeto a que la persona esté ya sometida a medidas de apoyo, aunque quizás se pudiera extender a quien, sin tener medidas de apoyo formalmente establecidas, se encuentre en una situación de discapacidad que haga probable su necesidad ».

²⁰ En este último sentido GARCÍA RUBIO, « Artículo 252 », op. cit., p.246.

²¹ Según DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Hachette, Paris, 1911, pp.383-384, el patrimonio no es « sino el conjunto de bienes considerados como garantía de las obligaciones pecuniarias o de otra clase (en la medida en que éstas tienen una sanción pecuniaria) que pesan sobre la persona ». Y según la concepción de patrimonio expresada por CASTRO Y BRAVO, « Temas de Derecho civil », en *Derecho civil de España*, t. II, Thomson, 2008, p.38, el patrimonio supone la existencia de masas de bienes «de una doble faz, una activa (poder, ámbito de libertad) y otra pasiva (garantía para los acreedores) ».

le ha atribuido tradicionalmente a la institución patrimonial en nuestro derecho²², puesto que coincide la doctrina en que a falta de una previsión legal específica que establezca una distinción de responsabilidades, la persona con discapacidad responde de sus deudas, independientemente de cuál sea su origen, con todos sus bienes, incluidos los que forman parte del patrimonio protegido²³. Pero también existen autores para quienes no es esencial, para que exista patrimonio separado y por tanto patrimonio -puesto que la separación o delimitación respecto de otros es una cualidad inherente a cualquier patrimonio-, la separación de responsabilidades, sino que bastaría con que la ley dote a esta masa patrimonial de unas singularidades que la diferencien del patrimonio personal de su titular²⁴.

Como vamos a ver, consideremos o no las aportaciones al patrimonio especialmente protegido como partes integrantes de una unidad, poco diferencia el régimen jurídico del patrimonio protegido de las aportaciones a título gratuito que pueden hacerse en favor de personas necesitadas de apoyo (art. 252CC), en favor de menores (art. 205CC), o en favor de un adulto no necesitado de apoyo a través de una donación o una disposición testamentaria con carga modal.

4.1. Patrimonio separado

Quienes ven en la figura un patrimonio separado destacan la posibilidad de que el constituyente pueda designar el o los administradores del patrimonio protegido y quienes realizan aportaciones las reglas de administración y disposición de los bienes por ellos aportados. La persona y las reglas elegidas se distinguirán de las que se aplican a la administración y disposición de los demás bienes y derechos de la persona con discapacidad. Efectivamente así lo contempla la Ley (Exposición de Motivos. Apartado II y art. 4LPPD), y la reforma operada por la Ley 8/2021 ha hecho incluso desaparecer la necesidad de que el administrador cuente con autorización judicial en aquellos casos en que la requería antes el tutor, es decir, cuando la requiere ahora, *en todo caso* y de acuerdo con el art. 287CC, quien presta apoyo con funciones de representación. La Disposición Final 10ª de la Ley 15/2015, de 2 de julio, ya eximió de esta obligación al

²² En este sentido SERRANO GARCÍA, « Discapacidad e Incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre », op. cit., p.250, para quien el patrimonio protegido no es un patrimonio o HERBOSA MARTÍNEZ, « El patrimonio especial del discapacitado en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad », *Actualidad Civil*, núm.16, 2005, p.1929, para quien el patrimonio especialmente protegido no constituye un patrimonio propiamente dicho en un sentido técnico-jurídico.

²³ Las diferentes enmiendas legislativas que, primero durante la tramitación parlamentaria de la Ley 41/2003 y después durante la tramitación de la Ley 1/2009 de 25 de marzo, de reforma de la anterior, han propuesto declarar la separación a efectos de responsabilidad patrimonial y han sido rechazadas, parecen confirmar esta postura. Algunos autores han defendido la existencia de una responsabilidad subsidiaria del patrimonio protegido por las deudas vinculadas al patrimonio personal de su titular (LEÑA FERNÁNDEZ, « El patrimonio protegido de las personas con discapacidad: Inscripción, administración, supervisión, modificación y extinción », *Academia Sevillana del Notariado*, t.16, 2, 2008, p. 41; ESCRIBANO TORTAJADA, « El patrimonio protegido de las personas con discapacidad como patrimonio separado », *Actualidad Civil*, núm.3, 2013, pp. 11-14; VIVAS TESÓN, *La protección económica de la discapacidad*, op. cit., p. 56; MACÍAS DÍAZ, « El patrimonio protegido de las personas con discapacidad », en S. DE SALAS MURILLO (coord.), *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, Zaragoza, 2010, El Justicia de Aragón, p. 721, LORA-TAMAYO, *Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*, Francis Lefevre, Madrid, 2021, p. 194), pero los tribunales no han tenido, hasta la fecha, la ocasión de confirmar dicha interpretación.

²⁴ DIEZ PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil I*, Tecnos, 10.ª ed., Madrid, 2001, pp. 383 y 385; DE LOS MOZOS, « proximación a una teoría general del patrimonio », *RDP*, julio 1991, p. 607; ALBALADEJO, *Derecho civil I*, 16ªed., Edisofer, Madrid, 2003, p.510; RIVERO HERNÁNDEZ, « Los patrimonios autónomos. ¿Hacia una categoría general? », en E. LLAMAS POMBO (coord.), *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, t.II, La Ley, Madrid, 2006, p.628.

administrador del patrimonio especialmente protegido cuando se trata del gasto de dinero o el consumo de bienes fungibles integrados en el patrimonio y que se hacen para atender las necesidades vitales de la persona beneficiaria (art. 5.2 LPPD). Pero ahora, siempre que el aportante no hay previsto lo contrario, tampoco será necesario contar con autorización judicial para disponer de bienes muebles o inmuebles²⁵. Sin duda, esta modificación flexibiliza la administración del patrimonio protegido ya que, antes de la reforma, sólo cabía excepcionar la autorización judicial si el constituyente o el administrador instaban al Ministerio Fiscal a que solicitase a la autoridad judicial competente dicha excepción, la cual podía concederse en determinados supuestos y atendidas las circunstancias del caso concreto²⁶.

Pero también pueden fijar reglas específicas de administración y disposición de los bienes, excepcionando la necesidad de contar con autorización judicial, quienes realizan aportaciones gratuitas, sujetas a administración especial, a una persona necesitada de apoyo (art. 252CC), hasta el punto de que algunos autores hablan también en estos casos de una suerte de patrimonio separado²⁷. Zanjando cualquier posible discrepancia doctrinal anterior acerca del alcance de las reglas de administración fijadas en las atribuciones gratuitas que se hacían en favor de un menor o de una persona incapacitada judicialmente, la nueva redacción del art. 252CC prevé que la persona que disponga de bienes a título gratuito en favor de una persona necesitada de apoyo, « podrá establecer las reglas de administración y *disposición* de aquellos, así como designar la persona o personas a las que se encomienden dichas facultades. Las facultades no conferidas al administrador corresponderán al favorecido por la disposición de los bienes, que las ejercerá, en su caso, con el apoyo que proceda ». Y el último párrafo del art. 252CC permite además al disponente « establecer los órganos de control o supervisión que se estimen convenientes para el ejercicio de las facultades conferidas ». Luego parece lógico que el disponente pueda atribuir

²⁵En este sentido se pronuncia también PALOMINO DÍEZ, « Modificación de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento civil y de la normativa tributaria con esta finalidad », op. cit., pp.1292 y 1293, para quien, si no se prevé ningún tipo de medida de control previo de la administración del patrimonio protegido, hay que entender que el administrador puede actuar con libertad bajo la supervisión institucional del Ministerio Fiscal y sujeto a la preceptiva rendición de cuentas, « dadas las enormes dudas que se plantean sobre las reglas a aplicar supletoriamente y que no parece que recurrir subsidiariamente al CC haya sido la opción del legislador ». En sentido contrario LOURO GARCÍA, « Modificación de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento civil y de la normativa tributaria con esta finalidad », op. cit., p.1024, entiende que el hecho de que el párrafo 3º del art.5 se mantenga inalterado tras la reforma debe interpretarse en el sentido de que « no previendo nada el documento público de constitución o aportación acerca de los requisitos aplicables a los actos dispositivos de los bienes integrados en el patrimonio protegido, será exigible en todo caso la autorización judicial para los mismos, incluso cuando el beneficiario no esté sujeto a curatela representativa o aun cuando, desaparecida la excepción de que « el beneficiario tuviera capacidad de obrar suficiente » tal beneficiario con discapacidad (normalmente física o sensorial= no necesite ningún apoyo para el ejercicio de su propia capacidad ».

²⁶ Con bastante menos utilidad, el art. 5.3LPPD sigue previendo esta posibilidad, que sólo cobra ahora sentido cuando el disponente o la autoridad judicial han exigido contar con autorización judicial para administrar el patrimonio protegido o cuando los bienes aportados pertenecen al propio beneficiario y son actos incluidos en el listado del art. 287CC o que según la resolución judicial en que se determina el ámbito de la medida de apoyo, han de contar con dicha autorización. Ver al respecto nuestro trabajo: « Reforma de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad », en DE VERDA Y BEAMONTE, *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021*, Capítulo 16, de 2 de junio, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp.710-712.

²⁷ LETE DEL RÍO, « Comentario al art.227 », en ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. IV, Madrid, 1985, Edersa, pp.276-277; GASPAR LERA, « Comentario al art.227CC », en CANIZARES LASO/DE PABLO CONTRERAS/ORDUÑA MORENO/VALPUESTA (dirs.), *Código civil comentado*, vol.I, Civitas, 2ª ed, Madrid, 2016, p.1063; SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, « La institución tutelar », en GARRIDO DE PALMA (coord.), *Instituciones de Derecho privado*, t.IV, vol.2, Civitas, Madrid, 2002, p.466.

al administrador la facultad de administrar y disponer, estableciendo alguna medida de control que no consista en la autorización judicial, o incluso que pueda dispensar al administrador de todo control, si así lo desea, ya que el art. 252CC reconoce una facultad, no impone una obligación²⁸.

Ya antes de la reforma, la DGSJFP permitía al causante establecer un régimen de administración especial de los bienes dejados a un menor, que excluyera la autorización judicial, siempre que las reglas de administración no afectasen a la legítima, que el menor no tuviera que responder de cargas o gravámenes que empeoren su situación patrimonial preexistente y que se cumpliesen ciertos requisitos en protección del interés del menor, como que la herencia fuese aceptada por quienes le representan legalmente y a beneficio de inventario²⁹. Y, con posterioridad a la reforma, el mismo órgano directivo ha ratificado su postura al dispensar al administrador testamentario de la obligatoriedad de obtener autorización judicial, para realizar actos dispositivos para los que se exigiría dicha autorización en caso de ser otorgados por los representantes legales de un menor o una persona con discapacidad³⁰.

Hay quien considera más dudoso el alcance que ha de darse a la facultad de administrar cuando el disponente no precisa, con claridad, si ésta alcanza solamente a la administración ordinaria o se extiende también a la facultad de disponer de los bienes, o cuando el disponente no contempla medida de control alguna respecto de la actuación del administrador³¹. A pesar de que el art. 252CC no indique expresamente incluido en el término administración los actos de disposición -como lo hace en cambio la Ley 41/2003 (Exposición de Motivos. IV)-, creemos que aquí también debe entenderse así teniendo en cuenta la nueva redacción del precepto y la postura que venía manteniendo ya la doctrina mayoritaria, antes de la reforma, respecto del alcance de la facultad de administrar. Y en lo referente a la ausencia de pronunciamiento del disponente sobre las medidas de control del administrador, a diferencia de lo previsto en el art. 222.41.3CCat, no existe en el Código Civil una remisión expresa o implícita a las normas de la curatela, por lo que, al igual que si se trata de la administración de un patrimonio protegido y el aportante no ha previsto medida de control alguno, nos inclinamos por entender que es porque se ha querido dispensar de ellas al administrador.

Por lo que respecta al administrador de los bienes transmitidos, en el caso del patrimonio especialmente protegido su designación sólo puede hacerse en el documento público o en la

²⁸ En este sentido PALOMINO DÍEZ, « Comentario al art.252 », op. cit., p.561.

²⁹ Resolución DGRN de 12 de julio de 2013. BOE núm 229, 24 de septiembre de 2013. Puede verse un comentario de dicha resolución en LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, *Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*, op. cit., pp.70-71, que no comparte la posibilidad de que un testador o donante pueda directamente suprimir la autorización del art. 166CC, en lo dejado a un menor, aunque imputable a la parte de libre disposición.

³⁰ Resolución DGSJFP de 26 de septiembre de 2022. BOE núm.258, de 27 de octubre de 2022. La cuestión se resolvió con arreglo al derecho navarro, al que estaba sujeto el caso, pero el órgano directivo realiza también un análisis de la cuestión en el derecho común y, aunque incurre en alguna contradicción (como afirmar que en el derecho común anterior a la reforma de la Ley 8/2021 no era posible esa dispensa de la autorización judicial al administrador testamentario), establece que « tras la reforma de la Ley 8/2021, que da nueva redacción a los artículos 205 y 252 del Código Civil, la cuestión de si es admisible la dispensa de la autorización judicial al menos está abierta a interpretación ». Puede verse un comentario de dicha resolución en MARIÑO PARDO, « La dispensa de la autorización judicial por el testador al administrador testamentario en los actos de disposición. Su posibilidad en el derecho común y en los derechos forales. La Resolución DGSJFP de 26 de septiembre de 2022 », *Iuris Prudente. Blog de derecho privado, desde la óptica notarial y registral*, 18 de noviembre de 2022. Disponible en <https://www.iurisprudente.com/2022/11/la-dispensa-de-la-autorizacion-judicial.html>.

³¹ En este sentido PALOMINO DÍEZ, « Comentario al art. 252CC », op.cit., pp.560-562.

resolución judicial de constitución del mismo, y en su defecto, judicialmente a solicitud del Ministerio Fiscal (arts. 3.3b y 5.6LPPD). Debe hacerse constar en el Registro Civil la existencia del cargo (art. 8.1LPPD) y deben respetarse las limitaciones que afectan a quienes desempeñan el cargo de curador, que, tras la reforma de 2021 son las previstas específicamente en el art. 275CC para los curadores y en el art. 250CC para quienes prestan medidas de apoyo en general, así como las que resulten en su caso aplicables conforme a las normas de derecho civil, foral o especial (art 5.5LPPD). No podrá además recaer el nombramiento, salvo justa causa, en la persona encargada de prestar el apoyo que se hubiera negado injustificadamente a la constitución del patrimonio protegido (art. 3.2LPPD). Los requisitos para poder desempeñar el cargo coinciden por tanto con los aplicables al curador, incluida la imposibilidad de que desempeñen el cargo personas jurídicas con ánimo de lucro o que no cuenten entre sus fines con la promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad (art. 275CC).

Frente a estas importantes limitaciones, no existen restricciones en el nombramiento de quien ha de administrar los bienes aportados a título gratuito a una persona necesitada de apoyo. Ante la falta de normativa específica, la doctrina viene debatiendo cuál es el estatuto jurídico de este administrador voluntario cuyo nombramiento también puede tener acceso al Registro Civil (art. 74.2 Ley del Registro Civil). Tradicionalmente las opciones propuestas han sido las de asimilarle a un mandatario o un albacea (cuando el administrador es designado en testamento), a quien se exigiría la capacidad general para obligarse³², o a un tutor³³. Al no existir en el art. 252CC remisión expresa o implícita a las normas de la tutela y tras la nueva redacción del precepto, que aleja aún más esta figura de la tutela (« las facultades no conferidas al administrador corresponderán al favorecido por la disposición de los bienes -y *no ya al tutor*- que las ejercerá, en su caso, con el apoyo que proceda »), consideramos que sólo cabe exigir a la persona designada capacidad general para obligarse. La atribución, al favorecido por la disposición, de las facultades no conferidas al administrador, implica que también a él debe corresponder la administración cuando el disponente ha fijado reglas de administración específicas, pero no ha designado administrador. La persona necesitada de apoyo, debidamente asistida, o en su caso el curador que ejerza funciones representativas, deberá administrar los bienes conforme a las reglas establecidas por el disponente a título gratuito³⁴.

4.2. Patrimonio de destino o afectación

El legislador indica en más de una ocasión que « todos los bienes y derechos que integren el patrimonio protegido, así como sus frutos, rendimientos o productos, deberán destinarse a la satisfacción de las necesidades vitales de su beneficiario o al mantenimiento de la productividad del patrimonio protegido » (art. 5.4LPPD), sin identificar cuáles son estas necesidades y sin que

³² En este sentido MARIÑO PARDO, « El administrador de bienes de un menor o incapacitado nombrado en acto a título gratuito. Caracteres del cargo. La Resolución DGRN de 12 de julio de 2013. 2 », *Juris Prudente. Blog de derecho privado, desde la óptica notarial y registral*, 18 de noviembre de 2022. Disponible en https://www.iurisprudente.com/2014/06/el-administrador-de-bienes-de-un-menor_12.html, con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 1998.

³³ Para SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, « La institución tutelar », op. cit., p.467, « el artículo 227Cc está no sólo incluido sistemáticamente, sino también imbuido de toda la regulación de la tutela y de sus principios inspiradores ».

³⁴ En este sentido, antes de la Reforma: LETE DEL RÍO, « Comentario al art.227CC », op. cit., pp.276-277; MATEO SANZ, « La disposición a título gratuito de bienes inmuebles en favor de incapacitados: nombramiento de un administrador especial », en PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (dir), *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, Comunicaciones, La Ley, 2011, Madrid, CD-ROM, pp.298-299.

los operadores jurídicos hayan aportado a fecha de hoy mayor concreción³⁵. Algunos autores siguen un criterio restrictivo y ciñen dichas necesidades a las vitales o las cubiertas por la obligación legal de alimentos entre parientes (art. 142CC)³⁶. Otros, entre los que nos incluimos, consideran que debe mantenerse un criterio más amplio, que aleje la asistencia de la subsistencia y que incluya sin duda el alojamiento, la manutención, el vestido, los gastos de educación y asistencia médica, pero también la asistencia patrimonial necesaria para cubrir las necesidades cotidianas del beneficiario -e incluso de las personas de él dependientes- atendiendo a sus circunstancias y *modus vivendi*. Tratándose de personas con discapacidad, deberían incluirse las necesidades sociales del beneficiario, tan importantes para su integración social³⁷. De mantener un criterio restrictivo, habría que entender que la Ley sólo tiene por objeto incentivar fiscalmente a quienes no tienen obligación de prestar alimentos a la persona con discapacidad ya que, quienes ya la tienen y más susceptibles son de realizar aportaciones (los familiares cercanos), sólo aportarían aquello a lo que ya están legalmente obligados.

Pero si es cuestionable la calificación como patrimonio de un conjunto de bienes que no se diferencian de los demás bienes de su titular a efectos de su responsabilidad patrimonial, lo es más aún la calificación del mismo como patrimonio de destino o afectación cuando estamos ante un patrimonio, con titular, y el legislador no habilita los mecanismos que permitan hacer valer la proclamada afectación frente a los terceros que se relacionan con el patrimonio. De poco sirve que el disponente quiera afectar sus aportaciones a la satisfacción de las necesidades vitales de la persona con discapacidad si dichos bienes no quedan protegidos frente a deudas que pueda contraer su beneficiario y que no guarden relación con la gestión de esos mismos bienes o con el cumplimiento del fin principal del patrimonio protegido.

Ni siquiera la administración separada parece contar con instrumentos que garanticen la misma ya que, aunque los bienes que integran el patrimonio protegido deben inscribirse en los respectivos Registros de la Propiedad, haciendo constar su pertenencia a un patrimonio protegido (art. 8.2LPPD), el legislador nada dice acerca de la posibilidad de hacer valer esa afectación frente a terceros, de modo a resolver los actos realizados por el administrador y titular contraviniendo los fines por los que se creó el patrimonio. Los autores que se han pronunciado al respecto entienden que a estos efectos la afectación no tiene repercusión alguna y que sólo podrá exigirse al administrador responsabilidad por incumplimiento, así como su remoción o

³⁵ La administración tributaria se ha limitado a afirmar que « tanto la concreción de las necesidades vitales del discapacitado, las circunstancias excepcionales anteriormente señaladas, así como la efectiva existencia de un patrimonio, son una cuestión de hecho, que deberán ser acreditadas por el contribuyente a través de medios de prueba admitidos en Derecho, según dispone el artículo 106 de la Ley General Tributaria (Ley 58/2003, de 17 de diciembre), correspondiendo su valoración a los órganos de gestión e inspección de la Administración Tributaria »: entre otras, Consultas a la Dirección general de Tributos V0121-20, 21 de enero de 2020; V0050-21, de 18 de enero de 2021; V0415-21, de 26 de febrero de 2021. Disponibles en <https://petete.tributos.hacienda.gob.es/consultas>

³⁶ ACHÓN BRUÑÉN, « La protección del patrimonio de las personas con discapacidad: problemas que suscita Análisis de los arts. 56 a 58 de la Ley de Jurisdicción voluntaria », *Práctica de los tribunales*, nº123, 2016 (laleydigital360), p.3; ESCRIBANO TORTAJADA, *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad*, Tirant lo blanch, Valencia, 2012, pp.94-95, considera necesario mantener un criterio restrictivo si se pretende configurar el patrimonio protegido como separado a efectos de la responsabilidad por deudas.

³⁷ En este sentido, entre otros, PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, « Protección patrimonial de las personas mayores: el patrimonio especialmente protegido de las personas mayores con discapacidad como medida de protección de los mayores », *Informes Portal Mayores*, nº42, 2005, pp.6-7; NAVARRO GARMENDIA, « El concepto de disposición en el régimen fiscal del patrimonio protegido ». *Crónica Tributaria*, núm.143, 2012, p.134; DE PABLO VARONA, *Los patrimonios protegidos de las personas con discapacidad. Régimen fiscal*, op. cit., pp.248-249.

cese³⁸. Hay quien añade que dicha afectación podría lograrse, en su caso, mediante el establecimiento de una prohibición de disponer, dentro de los límites previstos en el Código Civil y la legislación hipotecaria³⁹, o a través de una condición resolutoria expresa que permitiese recuperar lo donado cuando es el propio beneficiario quien administra el patrimonio sin cumplir el fin para el que se creó⁴⁰. Pero, como sabemos, para esto no hace falta crear un patrimonio protegido sino simplemente acompañar la atribución a título gratuito de una condición resolutoria o de una prohibición de disponer inscribible en el Registro de la Propiedad, o de un modo o gravamen que, tal y como indica el art. 647CC, permitirá que los bienes donados vuelvan al donante quedando nulas las enajenaciones que el donatario haya hecho, con la limitación establecida, en cuanto a terceros, por la Ley Hipotecaria.

Sí coincide la doctrina en la aplicación al patrimonio protegido del principio de subrogación real, que se contempla como regla en los « auténticos » patrimonios especiales, separados o autónomos y donde la subrogación desempeña un papel decisivo para la conservación de la masa patrimonial afectada al cumplimiento de los fines establecidos legalmente⁴¹. De hecho, el art. 4.3LPPD prevé que « al hacer la aportación de un bien o derecho al patrimonio protegido, los

³⁸ Así lo entiende HERBOSA MARTÍNEZ, « El patrimonio especial del discapacitado en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad », op. cit., pp.1930 y 1948: « la mención de que los bienes inscritos en el Registro de la Propiedad forman parte del patrimonio especial del discapacitado no es causa de resolución y consiguiente recuperación de los bienes que hayan sido enajenados contraviniendo la finalidad a la que los mismos se hallaban afectos. La mención producirá simplemente el cierre del Registro a los actos inscribibles (de administración, en sentido amplio) que no respeten las reglas de administración establecidas, incluida, en su caso, la autorización judicial en los casos en que ésta sea preceptiva de conformidad con lo dispuesto en el art. 5.2. Se trata, por tanto, de una norma preventiva dirigida más bien al registrador como un elemento que éste ha de tener en cuenta en la calificación, pues una vez constatada la cualidad de bien integrante de un patrimonio especial del discapacitado, deberá exigir el cumplimiento de los requisitos legales para los actos inscribibles ». PEREÑA VICENTE, « El incapacitado ante la nueva protección jurídica del discapacitado », *Actualidad Civil*, 2004-2, pp. 1764-1765 afirma, refiriéndose a la mención de que el bien inmueble o derecho real forma parte de un patrimonio protegido, en el Registro de la Propiedad, que « no parece que esta mención tenga fuerza para sustraer el bien del tráfico jurídico, especialmente cuando el administrador del mismo es el propio discapacitado. Su función consistirá en advertir, en su caso, de la necesidad de autorización judicial para su enajenación si el administrador es persona diferente al titular del patrimonio, pues es en este caso cuando la Ley prevé la necesidad de que concurra dicha autorización (art. 5.2 (LA LEY 1737/2003)). Cuando el que administra es el propio discapacitado la Ley no exige intervención judicial para llevar a cabo actos de disposición, y de la misma no se desprende que la mención en el Registro produzca efecto alguno ». En el mismo sentido MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, « Naturaleza jurídica del patrimonio especial de las personas con discapacidad », en PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (dir.), *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, Wolters Kluwer, Madrid, 2007, p.656; DOMÍNGUEZ LUELMO, « El papel del registro de la propiedad en la protección del patrimonio de las personas con discapacidad », en PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (dir.), *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, La Ley, Madrid, 2011, pp.550-553 y CORVO LÓPEZ, « Reflexiones ante la comunicación de la responsabilidad por deudas entre el patrimonio especialmente protegido y el patrimonio personal del discapacitado en la Ley 41/2003 », en PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (dir.), *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, La Ley, Madrid, 2011, p.98.

³⁹ HERBOSA MARTÍNEZ, « El patrimonio especial del discapacitado en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad », op. cit., pp.1930 y 1941.

⁴⁰ HERBOSA MARTÍNEZ, « El patrimonio especial del discapacitado en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad », op. cit., p.1941: « la afectación de los bienes a las necesidades vitales del discapacitado es inherente a la propia institución por disposición legal, pero sólo si se configura expresamente como condición resolutoria, podrá afectar a terceros (cfr art. 37LH), y en otro caso no ».

⁴¹ PEREÑA VICENTE, « El incapacitado ante la nueva protección jurídica del discapacitado », *Actualidad Civil*, 2004-2, p.7 (base de datos laleydigital), para quien « La finalidad de protección del discapacitado que guía la intención del legislador provoca que debamos admitir que esta subrogación tendrá lugar no sólo cuando sea automática, sustitución de un bien por otro, sino que también se aplicará la subrogación por empleo o reemplazo y por sustitución ya que sólo así se garantiza la integridad del patrimonio protegido ».

aportantes podrán establecer el destino que deba darse a tales bienes o derechos o, en su caso, a su equivalente ».

Pero, aunque la afección no esté prevista legalmente, entendemos que nada impide al disponente que realiza atribuciones gratuitas sujetas a administración especial, establecer que los bienes adquiridos en sustitución de los sujetos a dicha administración queden sujetos a la misma administración especial o afectación⁴².

4.3. Patrimonio especialmente protegido.

Así como discutimos la calificación de patrimonio separado y patrimonio de destino o afectación, sí compartimos la de patrimonio especialmente protegido. En primer lugar, porque estamos ante una figura que permite extraer ventajas fiscales de los gastos vinculados a la discapacidad de un allegado y, en segundo lugar, porque su administración está supervisada por el Ministerio Fiscal. Si nos centramos en la perspectiva civil, los únicos mecanismos previstos para garantizar la afección de los bienes y derechos aportados, así como de sus frutos, rendimientos o productos, a la satisfacción de las necesidades vitales de su beneficiario o al mantenimiento de la productividad del patrimonio protegido, consisten precisamente en medidas de control y supervisión de la gestión realizada por el administrador. Éstas son de carácter voluntario y de carácter obligatorio. Las medidas voluntarias son las que haya establecido el disponente al constituir el patrimonio protegido (art. 3.3b) y c) o al hacer aportaciones posteriores al mismo (art. 5.2 LPPD), y que también se pueden adoptar ahora -dice expresamente el art. 252CC- cuando se hacen aportaciones gratuitas a una persona necesitada de apoyo. Las medidas de carácter obligatorio consisten en una supervisión institucional, que el art. 7LPPD atribuye al Ministerio Fiscal, auxiliado y asesorado por la Comisión de protección patrimonial de las personas con discapacidad. Esta supervisión se articula, en primer lugar, en la posibilidad de instar del juez lo que proceda respetando la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, incluyendo solicitar la sustitución del administrador, el cambio de las reglas de administración, el establecimiento de medidas especiales de fiscalización, la adopción de cautelas o la extinción del patrimonio protegido. Y, en segundo lugar, en la obligación del administrador -cuando éste no sea el propio beneficiario- de rendir cuentas de su gestión cuando el Ministerio Fiscal lo determine y, en todo caso, anualmente, mediante la remisión documentada de una relación de su gestión y un inventario de los bienes y derechos que lo formen⁴³.

Aquí radica a nuestro entender la principal diferencia entre las aportaciones a un patrimonio protegido y las que se pueden hacer sujetas a una administración especial, en favor de cualquier persona, esté o no necesitada de apoyo. Cuando el beneficiario es una persona necesitada de apoyo, el art. 252CC contempla hoy la posibilidad de establecer los órganos de control o supervisión que se estimen convenientes para el ejercicio de las facultades de administración

⁴² En este sentido se pronuncia MARIÑO PARDO, « El administrador de bienes de un menor o incapacitado nombrado en acto a título gratuito. Naturaleza y cuestiones generales. La Resolución DGRN de 12 de julio de 2015. 1 », op. cit., respecto del patrimonio sujeto a las reglas de administración establecidas por el disponente a título gratuito a favor de un menor o incapacitado, y sin necesidad de que el disponente haga mención expresa al respecto.

⁴³ La obligación que se impone tras la Reforma, incluso a los padres, de rendir cuentas anualmente ante el Ministerio Fiscal es considerada excesiva por LORA TAMAYO, *Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*, 2021, op. cit., p.193 y LOURO GARCÍA, « Modificación de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento civil y de la normativa tributaria con esta finalidad », op.cit., pp.1028 y 1029.

conferidas. Luego el disponente podrá adoptar las mismas medidas que quien dispone de bienes en favor de un patrimonio protegido, con carácter voluntario, incluida la obligación de hacer inventario y rendir cuentas de la gestión realizada con la periodicidad que se estime conveniente. A falta de previsión específica al respecto, por parte del disponente, y de remisión al régimen jurídico de la curatela, por parte del legislador⁴⁴, no parece exigible al administrador la práctica de inventario⁴⁵. Dicha obligación no es exigible al mandatario ni al albacea -con el cual el administrador testamentario presenta claras analogías-. Cuestión distinta es la rendición final de cuentas (arts. 907 y 1720CC), a la que está sujeto todo administrador de bienes como último acto de administración⁴⁶.

Pero, en todo caso, con lo que no podrá contar quien realiza atribuciones gratuitas sujetas a administración especial es con la rigurosa supervisión que corresponde al Ministerio Fiscal y que permite solicitar del juez la sustitución del administrador, el cambio de las reglas de administración o la extinción del patrimonio protegido (art. 7.1LPPD). Tratándose de aportaciones gratuitas sujetas a una administración especial, y al no existir -de nuevo- remisión a las normas de la curatela, entendemos que no cabe invocar la aplicación de la vigilancia a cargo del Ministerio Fiscal, a la que alude actualmente el art. 209CC⁴⁷, o las causas de remoción o sustitución de los curadores si no es por incumplimiento de los deberes inherentes al cargo⁴⁸.

⁴⁴ Remisión que sí contempla el Código Civil Catalán: art.222.41.3.

⁴⁵ Por lo que respecta a la regulación previa a la reforma de 2021, así lo entiende MARIÑO PARDO, « El administrador de bienes de un menor o incapacitado nombrado en acto a título gratuito. Caracteres del cargo. La Resolución DGRN de 12 de julio de 2013. 2 », op. cit., con cita de la sentencia del Tribunal Supremo 335/1998, Civil, de 16 de abril de 1998 (RJ 1998\2392), que declara aplicables las reglas generales de los administradores de bienes a los administradores testamentarios. En sentido contrario: ARNAU MOYA, « El administrador testamentario. ¿Venganza póstuma? », *Revista Boliviana de Derecho*, nº27, enero 2019, pp.152-156 y GÓMEZ LAPLAZA, « Comentario al art. 270 », en AMORÓS GUARDIOLA, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Tecnos, Madrid, 1986, p.534, para quienes obligaciones como la de hacer inventario (cuando parezca necesario) o la de rendir cuentas parecen ineludibles a todo administrador de bienes ajenos.

⁴⁶ En este sentido, la STS 335/1998, Civil, de 16 de abril de 1998 (RJ 1998\2392), en relación con la administración, a cargo de la hermana del testador y con exclusión de la madre de los herederos menores de edad, de los bienes dejados a los hijos en testamento; la SAP. Alicante 218/2003, Civil, de 28 de abril de 2003 (JUR 2003\222502), donde el causante encomendó la administración de los bienes dejados a su nieto a quienes debían actuar como albaceas y administradores del caudal relicto (« si bien no pueden ser equiparados al tutor, a pesar de que algún autor aluda a un supuesto de « tutela real », son en su actuación, en el desempeño de su función, administrar el caudal bienes o patrimonio que el donante o testador hubiera transmitido al menor, independientes del tutor, aunque como es obvio también se deben de hallar sometidos en el ejercicio de su misión, y al igual que el tutor en el desempeño de la suya, por un lado a la inspección o vigilancia del Ministerio Fiscal en los términos que para los tutores establece el art. 232 del Código Civil (LEG 1889, 27) como sobre todo a la del Tribunal que constituyó la tutela en los términos que también establecen los Arts. 231, 233, 271 y concordantes del Código Civil, así como finalmente vendrá obligado a la oportuna rendición de cuentas a la finalización de su cargo, como también lo previene el Art., 907 y concordantes del mismo texto legal con relación al albacea »); y la SAP. de Pontevedra 95/2006, Civil, de 24 de febrero de 2006 (JUR 2006\104680), donde el testador nombra herederos a sus hijos menores y administradores y comisarios contadores partidores de todos sus bienes a su pareja sentimental, cuñado y amigo, hasta el cumplimiento de 25 años de los menores, con exclusión de la madre (« pese a la no exigencia legal, se hace preciso el mentado inventario, dentro de la obligación de rendición de cuentas que se deduce de los arts. 907 y 1.720 CC y que, de no establecerse normas especiales en las disposiciones testamentarias-como aquí ocurre-, se llevará a cabo al finalizarse el encargo recibido, como último acto de administración (SS. TS. 19.2.1993) »).

⁴⁷ En sentido contrario la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 28 de abril de 2003, anteriormente citada.

⁴⁸ En este sentido LETE DEL RÍO, « Comentario al art.270CC », op. cit., p.385. En contra: SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, « La institución tutelar », op. cit., p.467, para quien el juez podrá, en interés del menor (o de la persona con discapacidad) y en resolución motivada, remover al administrador y designar a otra persona encargada de la administración, así como modificar las reglas de administración establecidas y rechazar la exclusión del

5. Constitución y extinción del patrimonio protegido y de las aportaciones sujetas a administración especial. Destino del remanente tras su extinción

La constitución del patrimonio protegido y las aportaciones posteriores al mismo están sujetas a específicos requisitos formales (los previstos en el art. 3.3LPPD), no aplicables a quien aporta bienes sujetos a administración especial a una persona necesitada de apoyo (los propios de la donación o del negocio testamentario), lo cual es comprensible si tenemos en cuenta que estamos ante un negocio jurídico que lleva asociado el reconocimiento de beneficios fiscales. Pero también existen mayores trabas para solicitar su constitución.

La persona con discapacidad, en su caso con el apoyo que requiera, y quien le preste apoyo cuando estemos ante una curatela representativa⁴⁹, pueden constituir un patrimonio protegido y realizar aportaciones al mismo. Aunque, como decíamos al inicio de este trabajo, si los bienes aportados pertenecen a la persona con discapacidad, la afectación no gozará de ventajas fiscales. En el supuesto más frecuente de que quienes deseen constituir el patrimonio o realizar aportaciones al mismo sean terceros que empleen sus propios bienes, deben solicitarlo a la persona con discapacidad o a quien le preste apoyo. Por lo tanto, al igual que si se tratara de una atribución sujeta a administración especial, el beneficiario o quien le preste apoyo pueden oponerse a dicha atribución, que sustraería los bienes transmitidos de la gestión por él desarrollada. Pero mientras que en el caso de tratarse de una atribución gratuita sujeta administración especial, el rechazo exige autorización judicial (ya se trate de una atribución *inter vivos* o *mortis causa*)⁵⁰, no la necesita quien se opone injustificadamente a la constitución de un patrimonio protegido -más dudoso es el caso, no previsto legalmente, en que se opusiera a la realización de aportaciones ulteriores al mismo-. El solicitante deberá acudir en ese caso al Ministerio Fiscal, que instará de la autoridad judicial lo que proceda (art. 3.2LPPD). En otros términos, en el caso de no contar con la colaboración de quien presta apoyo al beneficiario, será más fácil realizar una donación sujeta a administración especial que constituir un patrimonio protegido.

También goza de legitimación activa para constituir el patrimonio protegido la persona comisaria o titular de la fiducia sucesoria, siempre que la legislación civil aplicable lo permita. La Ley 41/2003 presupone la constitución del patrimonio por acto *inter vivos* y nada dice acerca de la posibilidad de encomendar al albacea o al cónyuge supérstite en quien se delegue la facultad de mejorar a los hijos comunes, la constitución de un patrimonio protegido. No debería existir

representante legal. ORDÁS ALONSO, *La institución tutelar como mecanismo de protección jurídica de los menores e incapacitados*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2008, p.375, afirma que parece posible que la autoridad judicial, mediante resolución motivada, modere la administración del tercero e, incluso, confiera dicha administración al tutor con carácter excepcional y previa audiencia de la persona que hubiere realizado la liberalidad y el nombramiento.

⁴⁹Aunque la ley no lo prevea expresamente, entendemos que cuando quien aporta bienes de la persona con discapacidad sea quien ejerce funciones de representación, será necesario contar con autorización judicial, por estar ante un acto de disposición de bienes del patrimonio personal de la persona con discapacidad (art. 287CC). Acerca de esta cuestión puede verse nuestro trabajo « Reforma de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad », op. cit., pp. 701-709.

⁵⁰ Tal y como declara la resolución de la DGRN de 4 de diciembre de 2017, BOE núm. 314, de 27 de diciembre de 2017, son los representantes legales del menor, aun habiendo sido excluidos de la administración por el donante o testador, quienes tienen la facultad de aceptar o repudiar donaciones o legados.

problema al respecto y ello permitiría al albacea, en caso de negativa injustificada por parte de quien preste apoyo a la persona con discapacidad, recurrir al Ministerio Fiscal para exigir del juez su constitución. De no admitirse la posibilidad de constituir *mortis causa* un patrimonio protegido, el testador se vería obligado a solicitar su constitución, con los bienes indicados en el testamento, al heredero instituido *sub modo*.

No plantea duda alguna, en cambio, la atribución de bienes que pueda hacer el testador a una persona necesitada de apoyo, designando expresamente en el testamento quien ha de hacerse cargo de su administración, ya sea para eludir su entrega en libre disposición al heredero necesitado de apoyo, para excluir a un representante legal que no merece la confianza del testador, o por ambas razones (art.252CC). Se ha discutido el alcance de la administración cuando el adjudicatario de los bienes es heredero forzoso del disponente y los bienes transmitidos integran su legítima estricta, ya que el art. 813.2CC impide sujetar la legítima a gravamen, con la salvedad de lo establecido en los arts. 782 y 808CC. En la actualidad, ni siquiera lo previsto en estos preceptos constituye una excepción a la regla general, cuando estamos hablando de gravar la legítima de la persona vulnerable ya que, de acuerdo con el actual art. 808CC, la legítima estricta de la persona con discapacidad queda excluida de la posibilidad de establecer una sustitución fideicomisaria. Sólo la legítima estricta de los descendientes sin discapacidad podrá ser objeto de gravamen con una sustitución fideicomisaria en la que será fiduciario el hijo con discapacidad y fideicomisarios los demás co-legitimarios. De querer sujetar los bienes que integran la legítima estricta de la persona con discapacidad a especiales reglas de administración sería necesario recurrir a una cautela *socini*, condicionando el llamamiento a suceder de la persona con discapacidad a la aceptación de una administración especial sobre la legítima estricta.

En cualquier caso, de existir una curatela representativa, no creemos que pueda hablarse de gravamen ya que la persona discapacitada ya está representada o asistida para tales actos. En estos supuestos, el régimen previsto por el aportante desplazará, sin más, el de la curatela representativa mientras dure ésta⁵¹. Pero, en el caso de que el beneficiado pueda administrar sus bienes, a éste le corresponderá la administración de los que integren su legítima, ya sea por sí solo o con medidas de apoyo, pues lo contrario sería lesivo a la intangibilidad legitimaria⁵². Nada impediría en cambio sujetar la mejora a administración, siempre que el mejorado sea uno de los herederos forzosos o descendientes del testador y la persona designada como administrador sea otro de los descendientes (art. 824CC).

Tras la extinción del patrimonio protegido, ya sea por fallecimiento del beneficiario o por dejar de reunir éste el grado de discapacidad exigido por la ley, se dará al remanente el destino previsto por quienes aportaron los bienes (art. 4.3LPPD). Luego, si bien los aportantes se despojan de la propiedad de los bienes y derechos transmitidos mientras dura la situación de vulnerabilidad, pueden controlar el destino ulterior de los mismos. Si no fuera posible darles el destino previsto por el aportante, se les dará otro análogo (art.6.3LPPD) y, a falta de previsión, los bienes

⁵¹ No obstante, admiten la validez de dicha cláusula, hasta que el legitimario cumpla los veintitrés años, la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 1998 (RJ 1998\2392), ya citada, y la sentencia del Tribunal Supremo 724/2005, Civil, de 6 de octubre de 2005 (ROJ: STS 5931/2005), en otro caso relativo a un menor de edad y en que la norma aplicable era el art. 164.1CC.

⁵² En este sentido LORA-TAMAYO RODRIGUEZ, *Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*, op. cit., p.69 y GARCÍA RUBIO, « Artículo 252 », op. cit., p.248.

aportados integrarán el patrimonio personal de la persona con discapacidad (art. 2.2LPPD) o su haber hereditario (art. 6.2LPPD).

Pero de nuevo, ninguna especialidad reviste esta característica del patrimonio protegido. El mismo efecto se puede conseguir, respetando las limitaciones que establece el Código Civil para las sustituciones fideicomisarias, con una donación o una disposición testamentaria sujeta a administración especial y con cláusula de reversión o a término. De este modo se puede disponer que los bienes transmitidos reviertan al aportante o se entreguen a la persona por él designada, en caso de cesar la situación de vulnerabilidad contemplada o de fallecer el beneficiario. A falta de disposición especial al respecto, dicha administración cesará con la muerte o declaración de fallecimiento de la persona favorecida. La flexibilidad será aún mayor que si se recurre al patrimonio protegido ya que, así como las aportaciones a un patrimonio protegido no pueden constituir afecciones a término (art. 4.2LPPD), salvo que este término sea el fallecimiento del titular-beneficiario del patrimonio, no existe tal límite tratándose de atribuciones gratuitas sujetas a administración especial.

6. Finalidad perseguida por la Ley 41/2003 y posibles modificaciones que hagan aflorar el potencial del instrumento

Son varios los mecanismos previstos por la Ley 41/2003 para proteger patrimonialmente a las personas con discapacidad, pero el principal y el que constituye el objeto inmediato de la misma es el patrimonio especialmente protegido (Exposición de Motivos II). Y de acuerdo con el art. 1 del Capítulo dedicado al Patrimonio Protegido, el objeto del legislador es « favorecer la aportación a título gratuito de bienes y derechos al patrimonio de las personas con discapacidad y establecer mecanismos adecuados para garantizar la afección de tales bienes y derechos, así como de los frutos, productos y rendimientos de éstos, a la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares ». Por lo tanto, la ley atribuye a dicha figura dos objetivos principales, distintos, aunque interrelacionados, ya que establecer mecanismos que garanticen la afección de los bienes aportados debería contribuir también a incentivar la aportación de bienes a ese mismo patrimonio. Además, el art. 5.4 añade que « Todos los bienes y derechos que integren el patrimonio protegido, así como sus frutos, rendimientos o productos, deberán destinarse a la satisfacción de las necesidades vitales de su beneficiario o al mantenimiento de la productividad del patrimonio protegido. Luego el mantenimiento de la productividad del patrimonio aparece como finalidad instrumental a la satisfacción de las necesidades de la persona con discapacidad⁵⁵, recalcando la idea que apuntábamos al inicio de este trabajo de que estamos ante una figura que, a diferencia de otros instrumentos asistenciales, no sólo persigue la asistencia de la persona vulnerable sino también la gestión patrimonial de los bienes transmitidos.

Del estudio realizado en la primera parte de este trabajo cabe concluir que, desde el punto de vista civil, son pocos los atractivos que singularizan el patrimonio protegido en favor de personas discapacitadas, frente a las aportaciones gratuitas que se pueden realizar en favor de cualquier persona, con discapacidad o no, y a cuyo régimen jurídico se refiere el art. 252CC cuando el

⁵⁵ En este sentido SOLER MARTÍN-JAVATO, « El patrimonio protegido de las personas con discapacidad en Cataluña como patrimonio fiduciario », op. cit., p.102.: « existe una finalidad que podríamos llamar instrumental, que es la de mantener la productividad del patrimonio, y aquí el administrador deberá realizar los actos necesarios para ello, como pueden ser, por ejemplo, sustituir unos bienes por otros, obtener rendimiento de los bienes aportados o realizar inversiones financieras o inmobiliarias ».

adquirente es una persona necesitada de apoyo. Si el objetivo del legislador es « favorecer la aportación a título gratuito de bienes y derechos al patrimonio de las personas con discapacidad », no parece que los mecanismos adoptados hasta ahora sean « los adecuados para garantizar la afectación de tales bienes y derechos, así como de sus frutos, productos y rendimientos, a la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares » y las últimas modificaciones introducidas por la reforma de 2021 empeoran dicha situación.

6.1. La separación patrimonial a efectos de la administración y responsabilidad por deudas

La desaparición de la necesidad de contar con autorización judicial, como regla general, para administrar el patrimonio protegido, redundará en una administración más flexible, pero hace más vulnerable la posición del beneficiario si los mecanismos de control fijados por el constituyente o los aportantes no son efectivos o si van evolucionando las circunstancias inicialmente valoradas por el constituyente y aportantes, al fijar las reglas de administración. Es cierto que el administrador debe rendir cuentas periódicamente de su gestión y que se le puede exigir responsabilidad por los daños derivados de una administración negligente. Además, el Ministerio Fiscal puede solicitar del juez su sustitución o una modificación de las reglas de administración. Y hay quien defiende la posibilidad de invocar, por aplicación analógica y como mecanismo protector de la persona con discapacidad, el art. 1291.1CC, con la consiguiente rescisión de los contratos realizados por el administrador cuando, a pesar de no precisar autorización judicial, producen una lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubieran sido objeto de aquellos⁵⁴. No obstante, ni la rendición de cuentas, ni la acción por daños, ni la modificación de las reglas de administración o la sustitución del administrador son medidas que permiten recuperar los bienes indebidamente transmitidos por su titular y la rescisión ex art. 1291.1CC puede ser suficiente cuando el administrador celebró un contrato económicamente desafortunado pero que respondía a la satisfacción de las necesidades vitales del beneficiario del patrimonio, pero no cuando se ejecutó con otra finalidad. La regulación previa a la reforma exigía al administrador del patrimonio protegido, como medida de control *ex ante*, autorización judicial para realizar los actos de mayor transcendencia económica (art.227CC) pero la desaparición de este requisito -salvo que lo haya previsto expresamente el aportante- hace que la aludida afectación desaparezca totalmente, sin que la amenaza de la pérdida de beneficios fiscales genere un efecto disuasorio cuando quien incumple no es quien se beneficia fiscalmente.

La afectación plena sólo es posible adscribiendo los bienes a un régimen jurídico diferenciado a efectos de su administración y responsabilidad, tal y como lo han hecho los legisladores catalán y navarro al regular esta misma figura en sus respectivos ordenamientos jurídicos. Para brindar esta protección patrimonial, ambos legisladores han recurrido a la figura del patrimonio autónomo, sin titular y gestionado por quien no es su beneficiario, pero cuenta con amplios poderes para ello. Y es que, la afectación no requiere la existencia de un titular, sino que lo que viene caracterizando tradicionalmente al patrimonio afectado es precisamente la superposición del elemento real al elemento personal, que pasa a un segundo plano⁵⁵. Al optar por esta

⁵⁴ GALLEGO DOMÍNGUEZ, « Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado » en PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (coord.), *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, La ley, 2007, p.159.

⁵⁵ VIVAS TESÓN, *La protección económica de la discapacidad*, op. cit., p.42 define el patrimonio afectado como « patrimonio, que, transitoriamente, carece de titular y que, en atención al destino futuro, en espera de la concreción de su titular o, en su defecto, de su liquidación, el Ordenamiento Jurídico mantiene unido y sometido a una administración unitaria ».

estructura, ambos legisladores consiguen separar el patrimonio protegido de los patrimonios personales del disponente, administrador y beneficiario, y sortean la necesidad de introducir una excepción al principio consagrado en el art. 1911CC, a costa de crear un patrimonio sin titular, pero con legitimación procesal y NIF propio⁵⁶.

En derecho común, la figura del patrimonio especialmente protegido tiene titular, su beneficiario, pero ello no tiene por qué estar reñido con la posibilidad de hacer valer la existencia de una administración y responsabilidad separadas frente a terceros. Tenemos ejemplos de administración separada, a cargo del titular, en el fideicomiso y la propiedad bajo condición resolutoria o *sub modo*, donde el fideicomiso, la condición o el modo son oponibles a los adquirentes que conocen su existencia. De acuerdo con el art. 5.4LPPD, « Todos los bienes y derechos que integren el patrimonio protegido, así como sus frutos, rendimientos o productos, deberán destinarse a la satisfacción de las necesidades vitales de su beneficiario o al mantenimiento de la productividad del patrimonio protegido ». Luego si quieren hacerse valer las finalidades proclamadas deben sancionarse expresamente con la nulidad los actos de disposición realizados, por el titular del patrimonio o su administrador, que no respondan a dichas finalidades, sin perjuicio de la protección brindada a terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso.

Por lo que respecta a la responsabilidad por deudas, también tenemos ejemplos de patrimonios separados en nuestro derecho, como la herencia aceptada a beneficio de inventario o el patrimonio ganancial, aunque en este último caso la separación no sea absoluta al existir una responsabilidad subsidiaria entre patrimonios privativos y patrimonio ganancial. Gran parte de la doctrina coincide en que la función social que está llamado a cumplir el patrimonio protegido justifica sobradamente la introducción de una excepción legal al principio consagrado en el art. 1911CC, de forma análoga a la prevista para el salario mínimo interprofesional. De modo que el patrimonio protegido no responda de las deudas contraídas por su titular, no relacionadas con la satisfacción de sus necesidades vitales o el mantenimiento de la productividad del patrimonio protegido⁵⁷. Cualquier mecanismo a través del cual los aportantes pretendan introducir excepciones voluntarias a este principio -como, por ejemplo, una prohibición de disponer- está

⁵⁶ Acerca del patrimonio protegido de Derecho catalán, entre otros: SOLER MARTÍN-JAVATO, « El patrimonio protegido de las personas con discapacidad en Cataluña como patrimonio fiduciario », op. cit., pp.79-113; GETE-ALONSO CALERA, « El patrimonio protegido de la persona discapacitada o dependiente. Una primera lectura de su regulación en el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña », en AAVV., *El nuevo derecho de la persona y de la familia (libro segundo del Código Civil de Cataluña)*, Bosch, Barcelona, 2011, pp.77-117; ALVAREZ MORENO, « Diferencias en la constitución y extinción del patrimonio protegido entre la legislación estatal y la regulación contenida en el Segundo Libro del CC Catalán », en AAVV., *El nuevo derecho de la persona y de la familia (libro segundo del Código Civil de Cataluña)*, Bosch, Barcelona, 2011, pp.119-132; MARÍN SÁNCHEZ, « Protección patrimonial de la persona discapacitada o dependiente », op. cit., pp.442-473; DEL POZO CARRASCOSA, « La protección patrimonial de la persona discapacitada o dependiente: el patrimonio protegido », op. cit., pp. 167-210.

⁵⁷ Se muestran partidarios de esta opción, entre otros: SERRANO GARCÍA, « Discapacidad e Incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre », op. cit., pp. 250 y 251; SÁNCHEZ CALERO, « La administración y la supervisión del patrimonio protegido creado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad », *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 695, 2006, pp. 1088 y 1089; MUÑOZ ESPADA, « Trust y patrimonio protegido de las personas con discapacidad », en NASARRE AZNAR/GARRIDO MELERO (coord.), *Los patrimonios fiduciarios y el trust: III Congreso de Derecho civil catalán*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 283-295; ESCRIBANO TORTAJADA, « El patrimonio protegido de las personas con discapacidad como patrimonio separado », op. cit., p. 13; MARTÍNEZ DIE, « Algunos puntos críticos en la regulación del patrimonio especialmente protegido del discapacitado », en GARRIDO MELERO/NASARRE AZNAR. (coord.), *Los patrimonios fiduciarios y el Trust: III Congreso de Derecho civil catalán* Marcial Pons, 2006, Barcelona, p.305; VIVAS TESÓN, *La protección...*, op. cit., pp.56 y 57.

abocado al fracaso ante la línea doctrinal seguida por la DGRN⁵⁸. La prohibición de disponer sólo podría alcanzar los actos de disposición voluntariamente realizados por el titular o administrador de los bienes, pero no evitaría el embargo por deudas⁵⁹.

Sobre la consagración de la separación, a efectos de responsabilidad patrimonial, ha planeado siempre el temor al fraude. Podría alegarse – se dice- la afectación de bienes a la satisfacción de las necesidades vitales propias o de un tercero, para defraudar las expectativas de los legitimarios o los acreedores de los disponentes. Creemos que nuestro ordenamiento jurídico tiene medios más que suficientes para detectar y corregir eventuales abusos desde un punto de vista civil. El apartado III de la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003 hace referencia a la rescisión de la donación efectuada por un tercero en fraude de sus acreedores, a la revocación por superveniencia o supervivencia de hijos del donante y a su reducción por inoficiosidad si concurren los requisitos para ello⁶⁰; mecanismos que se pueden utilizar también cuando es el propio beneficiario quien realiza las aportaciones al patrimonio protegido en fraude de sus acreedores o en perjuicio de sus legitimarios. El art. 8LPPD regula la constancia registral que se practicará en los respectivos Registros, respecto de los bienes que tengan el carácter de registrables, y a la que se supeditaría la oponibilidad de la afectación a terceros. El Registro protege el patrimonio y quienes se relacionan con él, a través de un concreto régimen de publicidad que les permite obtener información sobre la situación de los bienes del deudor en él inscritos. Y finalmente, por lo que respecta al posible abuso de hacer pasar, como patrimonios asistenciales, situaciones que obedecen al único propósito de descapitalizar a quien puede llegar a contraer deudas en un futuro, debe examinarse la finalidad perseguida por el constituyente y quienes realizaron aportaciones cuando se encuentran en juego los intereses de terceros. A estos efectos, el derecho italiano es un buen referente de cómo los tribunales han usado instituciones y figuras como la simulación, la acción rescisoria, o el filtro de la « meritevolezza degli interessi », para sancionar actos de afectación de bienes, en *trust*, que no obedecen a la pretendida atención de las necesidades de los familiares del constituyente⁶¹ o que pretenden ampararse en

⁵⁸ Desde la resolución de 22 de febrero de 1989 (RJ 1989, 1696), este órgano ha admitido la posibilidad de practicar anotaciones de embargo sobre bienes sujetos a prohibición de disponer, por considerar que debe prevalecer la agilidad del tráfico jurídico y el principio de responsabilidad patrimonial universal consagrado en el art. 1911CC. Ver igualmente la resolución de 18 de marzo de 2004, Tol 376704.

⁵⁹ De esta opinión es también MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, « Naturaleza jurídica del patrimonio especial de las personas con discapacidad », op. cit., pág. 659, para quien la separación de responsabilidades no puede obedecer a un ejercicio de autonomía privada.

⁶⁰ Exposición de Motivos de la Ley 41/2003. Apartado III: « Por otro lado, la existencia de este patrimonio, y el especial régimen de administración al que se somete el mismo, en nada modifican las reglas generales del Código Civil o, en su caso, de los derechos civiles autonómicos, relativas a los distintos actos y negocios jurídicos, lo cual implica que, por ejemplo, cuando un tercero haga una aportación a un patrimonio protegido mediante donación, dicha donación podrá rescindirse por haber sido realizada en fraude de acreedores, revocarse por superveniencia o supervivencia de hijos del donante o podrá reducirse por inoficiosa, si concurren los requisitos que para ello exige la legislación vigente ». En el mismo sentido el art. 227-2.2CCat.

⁶¹ Acerca del ejercicio de la acción rescisoria frente a la afectación de bienes inmuebles, ex art. 2645ter CC italiano, a la atención de las necesidades de los familiares del constituyente: Corte di Cassazione, 15 de noviembre 2019, n. 29727, disponible en <https://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/22904.pdf>; Corte di Cassazione, 13 de febrero 2020, n. 3697, disponible en <https://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/23326.pdf>; Corte di Appello di Venezia, de 2 de enero de 2023, comentada por CIANCIOLO, « Azione revocatoria contro un vincolo di destinazione fraudolento (App. Venezia, 2 gennaio 2023) », en *Trusts*, 2023, p.842; Corte di Appello di Venezia, de 5 de enero de 2023, comentada por GIORGI, « Azione revocatoria e conoscenza del pregiudizio da parte dei beneficiari (App. Venezia, 5 gennaio 2023) », en *Trusts*, 2023, p.655; Tribunale de Santa María Capua Vetere, 17 de enero 2023, comentada por MARÍA LENER, « Vincolo di destinazione per l'assistenza di un parente e revocatoria fallimentare (Trib. Santa Maria Capua Vetere, 17 gennaio 2023) », en *Trusts*, 2023, p.660. Acerca del ejercicio de la acción

dicha finalidad asistencial para cometer otro tipo de fraudes⁶². Además, recordemos que el patrimonio protegido cumple una función asistencial. Aunque no sea muy afortunada la falta de concreción de cuáles son esas necesidades vitales, no se justifica la disposición de bienes que resulte desproporcionada para el cumplimiento de esta finalidad.

6.2. El estatuto jurídico del administrador del patrimonio protegido

Como no podía ser de otro modo, la actual regulación de la LPPD elimina expresamente la anterior calificación del administrador como representante legal del patrimonio, ya que dicho patrimonio carece de personalidad jurídica. Y a diferencia de lo que ocurre en el caso del patrimonio protegido de derecho catalán, no le son aplicables a la administración (art. 227.5CCat.) ni a la rendición de cuentas (art. 227.6-3CCat), las normas de la curatela -aunque nada se haya previsto por el constituyente-, ni al administrador las normas en materia de aptitud, excusa y remoción de los curadores (art. 227.4.1CCat.). Sí le son aplicables, en cambio, las normas de la curatela, en lo que atañe a los requisitos para ser administrador del patrimonio (art. 5.5LPPD).

La falta de regulación específica sobre la figura del administrador exige plantearse la naturaleza jurídica del cargo, para determinar qué normas deben integrar su régimen jurídico a falta de previsión específica por parte del constituyente. Se impone de nuevo el paralelismo con la figura del administrador del art. 252CC, ya que en ambos casos estamos ante cargos de origen voluntario, cuyas facultades se limitan a los concretos bienes objeto de atribución gratuita. Es decir, la indagación acerca de la aplicación de las normas de la tutela (curatela), el mandato, el albaceazgo o su configuración como una institución con perfiles propios e independientes⁶³. Ya nos hemos manifestado en contra de la aplicación analógica de las normas de la curatela. No sólo por la desaparición expresa de cualquier asimilación del administrador a la de un representante legal (si no lo es del patrimonio, menos aún de la persona con discapacidad, que tras la reforma ya no es representada sino asistida), sino porque estamos ante un cargo de origen voluntario, cuyas funciones tienen menor alcance que las del tutor (se limitan al ámbito patrimonial y a los concretos bienes aportados), aunque pueden requerir mayor grado de especialización⁶⁴. Por otra parte, no olvidemos que el patrimonio protegido puede constituirse en favor de personas con discapacidad física, que ni siquiera precisan de apoyo para administrar sus bienes. La remisión a

rescisoria, frente a la donación entre cónyuges del derecho de copropiedad sobre un inmueble, después novado en trust: Corte di Appello di Torino, 15 diciembre 2022, comentada por BAZZONI, « L'esperibilità dell'azione revocatoria nel caso di lesione dell'aspettativa del credito (App. Torino, 15 dicembre 2022) », en *Trusts*, 2023, p. 640. Puede verse también la jurisprudencia citada por FERNÁNDEZ DEL MORAL, « Acto jurídico, operaciones complejas y jurisprudencia sobre la acción revocatoria en el sistema italiano », *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº16, junio 2022, nota 64.

⁶² Especialmente ilustrativo es el caso resuelto por la sentencia de la Corte di Appello di Brescia, de 22 de diciembre de 2022, comentada por BUGETTI, « Trust assistenziale e 'consistenza' patrimoniale e reddituale del disabile (App. Brescia, 22 dicembre 2022) », en *Trusts*, 2023, p. 648. El tribunal considera probado el carácter asistencial del trust constituido con bienes del propio sujeto con discapacidad, sin perjuicio de que la transmisión de los bienes al trust y el consiguiente empobrecimiento del patrimonio personal del beneficiario, no puede alegarse para beneficiarse del régimen de exoneración de tasas por asistencia al centro de día. Dichos bienes, transferidos al trust y de los que goza el beneficiario con discapacidad, han de ser tenidos en cuenta a efectos de determinar el valor de su patrimonio.

⁶³ Acerca de la naturaleza jurídica del cargo de administrador de la herencia: GITRAMA, *La administración de herencia en el Derecho español*, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1950, pp.142-176.

⁶⁴ Sin embargo, se muestra partidario de la aplicación de las normas de la tutela: GALLEGO DOMÍNGUEZ « Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado », op. cit., p.161.

las normas de la tutela, aunque sólo sea en este aspecto concreto, parece excesiva. La dimensión contractual del mandato tampoco parece apropiada cuando el administrador del patrimonio protegido no actúa por cuenta ni en interés de quien le nombró (el constituyente del patrimonio) sino de acuerdo a las directrices fijadas por los aportantes y en interés del beneficiario (que puede o no coincidir con el constituyente). Sus funciones gravitan en torno al destino del patrimonio protegido y las directrices fijadas por los aportantes, de ahí que el posible incumplimiento o las circunstancias personales que le impidan cumplir con sus obligaciones no afectan a la subsistencia del patrimonio protegido (art.6 LPPD). Finalmente, tampoco parece apropiado recurrir a la figura del albaceazgo, cuando estamos ante una figura cuya constitución se presupone *inter vivos*.

Al igual que el administrador designado al amparo del art. 252CC o el administrador del patrimonio protegido de derecho catalán, su papel se presenta como el de un fiduciario que gestiona el patrimonio en el sentido más amplio; especialmente tras la reforma, en que se suprime la necesidad de contar con autorización judicial. Los límites a las facultades de gestión o administración son los previstos en el documento constitutivo o en las aportaciones ulteriores, así como los impuestos por la finalidad que justificó la creación del patrimonio protegido: la satisfacción de las necesidades vitales de la persona con discapacidad y, con carácter instrumental, el mantenimiento de la productividad de los bienes. Es difícil obviar el paralelismo entre la función desempeñada por este administrador y el papel que corresponde al *trustee* o fiduciario, en aquellas jurisdicciones de *civil law* que han trasplantado la figura angloamericana del *trust* a sus ordenamientos⁶⁵.

Es cierto que, entre las diferentes vías de trasposición de la figura del *trust*, podemos apreciar, por lo que respecta a la figura del *trustee* o fiduciario, dos fórmulas distintas. Por una parte, la de aquellos países que han optado por transmitir la titularidad de los bienes afectados a quien los administra, aunque en interés ajeno, como es el caso de Francia o la República de San Marino⁶⁶. Y, por otra parte, la seguida por ordenamientos como el de Quebec o Cataluña, que atribuyen la administración a quien no ostenta la titularidad de los bienes, pero cuenta con amplios poderes de gestión⁶⁷. El caso del patrimonio protegido de derecho común, de darse la separación

⁶⁵ Ya estableció dicho paralelismo, respecto a la figura del administrador de la herencia, GITRAMA, La administración de herencia en el Derecho español, op.cit., pp.160-161 y nota 51: « El fundamento de la institución de administrador, esto supuesto, puede afirmarse que radica esencialmente en la fiducia, esto es, en el encargo por el que se confía un conjunto de bienes a los cuidados y a la buena fe de una persona -el administrador-en provecho de otra u otras (los interesados en la herencia) con lo que se produce la máxima aproximación con la figura del *trustee* anglosajón (salvando siempre diferencias capitales como las de la transferencia de propiedad a este último) ».

⁶⁶ Art. 2011CCivil francés: « La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires ». Art.3.2 de la Ley nº43, de 1 de marzo de 2010, *L'istituto dell'affidamento fiduciario*: « Il patrimonio affidato a) appartiene temporaneamente al affidatario, che esercita su di esso ogni facoltà dominicale entro i limiti posti dal contratto » Ver al respecto el interesante trabajo de LUPOLI, M., *Il contratto di affidamento fiduciario*, Giuffrè, Milano, 2014, pp.347-375, en el que se basa la figura de San Marino, y que da interesantes claves sobre la naturaleza y el papel que está llamado a desempeñar el fiduciario en una jurisdicción de *civil law* interesada en trasplantar la figura angloamericana.

⁶⁷ Art. 1261CCivil de Québec : « Le patrimoine fiduciaire, formé des biens transférés en fiducie, constitue un patrimoine d'affectation autonome et distinct de celui du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire, sur lequel aucun d'entre eux n'a de droit réel ». Art. 227-2CCat: « 1. El patrimonio protegido comporta la afectación de bienes aportados a título gratuito por el constituyente, así como de sus rendimientos y subrogados, a la satisfacción de las necesidades vitales del beneficiario. Se identifica mediante la denominación que consta en la escritura de

patrimonial que hemos defendido y que caracteriza la figura angloamericana, sería una tercera opción ya que, en este caso, quien administra puede ser un tercero, no titular, que lo hace en interés ajeno (como en el caso del derecho catalán), pero también puede ser la propia persona con discapacidad, que administra el patrimonio afectado en su propio interés. Pero, incluso en este caso de coincidencia entre quien administra y quien se beneficia de la gestión, la actuación del administrador debe sujetarse a las reglas fijadas por el constituyente o los aportantes, del mismo modo que si se tratara de una transmisión a título gratuito sujeta a un régimen de administración especial. De ahí la posibilidad de que el administrador sea removido de su cargo, a instancias del Ministerio Fiscal (art. 7.1LPPD), por incumplir las reglas de gestión, pese a seguir siendo el titular y beneficiario del patrimonio.

El común denominador a cualquiera de estos casos es que quien administra el patrimonio, ya sea titular o no de los bienes, debe sujetar su actuación a las directrices de quien realiza las aportaciones. Estaríamos por tanto ante un cargo u oficio de derecho privado que, a diferencia de la administración del art. 252CC, se puede ejercer en beneficio propio o ajeno⁶⁸. La imposibilidad de reconducir la figura a alguna de las instituciones existentes exige una mayor precisión legislativa acerca de su régimen jurídico, que tenga en cuenta la finalidad del patrimonio protegido, la voluntad de su constituyente y los intereses del beneficiario y de quienes puedan tener un interés legítimo sobre los bienes que lo integran (acreedores de los aportantes y del beneficiario). A estos efectos, no creemos que la remisión que hace al art. 5.5LPPD a los requisitos para ser curador deban ser aplicables al administrador del patrimonio protegido. Al margen de las diferencias ya señaladas con el cargo de tutor y de la incoherencia de exigir, a quien administra un patrimonio protegido sujeto a la supervisión periódica del Ministerio Fiscal, mayores requisitos que a quien administra bienes sujetos a administración especial, la administración del patrimonio protegido puede requerir, dependiendo de la naturaleza de los bienes, del criterio de personal cualificado que revista la forma de persona jurídica y que no incluya entre sus fines la promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad (por ejemplo entidades bancarias)⁶⁹. Sólo quienes tienen los conocimientos para ello podrán garantizar que la administración de los bienes sea la adecuada para cumplir con uno de los objetivos de la Ley 41/2003: el « mantenimiento de la productividad del patrimonio protegido », (art. 5.4LPPD). En el caso de suscitar mayores recelos ese tipo de administración, siempre puede exigirse, a quien actúa en calidad de profesional, el cumplimiento de requisitos o la prestación de garantías adicionales⁷⁰.

constitución y es un patrimonio autónomo, sin personalidad jurídica, sobre el cual el constituyente, el administrador y el beneficiario no tienen la propiedad ni ningún otro derecho real ».

⁶⁸ Acerca de la teoría del oficio o cargo de derecho privado en relación a la administración de los bienes de la herencia: GITRAMA, *La administración de herencia en el Derecho español*, op. cit., pp.160-161; LACRUZ BERDEJO/ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho de Sucesiones*, Parte general, Bosch, 1961, Barcelona, p.434 y HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, *La herencia yacente*, Bosch, Barcelona, 1995, p.143.

⁶⁹ En este sentido SERRANO GARCÍA, « Discapacidad e Incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre », op. cit., p.248.

⁷⁰ A estos efectos, puede consultarte la regulación de la República de San Marino sobre la figura del *trust* (art. 18 de la Ley nº 42, de 1 de marzo de 2010, *sul' Istituto del trustee* y Decreto Delegato nº49, de 16 de marzo de 2010, *per l'esercizio professionale dell'ufficio di trustee nella Repubblica di San Marino*), a la que recurren con frecuencia los ciudadanos italianos para constituir *trusts* destinados a la gestión familiar y que regula el ejercicio del oficio de *trustee* profesional.

6.3. Las personas beneficiarias

Son muchos los tipos de discapacidad existentes en la actualidad y previsiblemente serán más aún en los años venideros ante la aparición de nuevas enfermedades persistentes de carácter degenerativo, no siempre ligadas al envejecimiento. El elenco de personas que pueden ser percibidas por sus familiares y allegados como vulnerables es más amplio que el de quienes se pueden beneficiar del patrimonio protegido regulado por la Ley 41/2003. Es el caso de las personas con deficiencias temporales, no incluidas en el concepto de discapacidad utilizado por la Convención de Nueva York, aquellas con deficiencias físicas, sensoriales o psíquicas permanentes, en grados inferiores a los previstos por la ley y aquellas otras cuya discapacidad no ha sido acreditada judicial o administrativamente. En ocasiones por el estigma que para ellas representa solicitar su reconocimiento⁷¹.

Algunas de estas personas pueden ser dependientes de grado II o III, como prevé la regulación catalana del patrimonio protegido, o dependientes en cualquier de sus grados, como contempla el patrimonio protegido de derecho navarro. Otras, sin ser dependientes, necesitan alguna medida de apoyo para administrar sus bienes (art. 252CC) o para ejercer su capacidad en general, como los menores, las personas mayores o las personas con inteligencia límite, que no son personas con discapacidad intelectual, pero tienen un coeficiente situado justo por debajo de lo considerado por la Organización Mundial de la Salud como normal⁷². Todas ellas se encuentran en situaciones dignas de ser consideradas por el legislador, atendiendo a un criterio objetivo, como es el de su vulnerabilidad y dificultad para interactuar con el mundo que les rodea. Algunas de estas situaciones son tenidas en cuenta para poder beneficiarse de otros instrumentos de asistencia patrimonial, como los seguros de dependencia o de enfermedad, que no exigen acreditar grado de discapacidad alguno sino la existencia de una limitación física, psíquica o intelectual. Pero estos productos deben contratarse antes de producirse el siniestro y, como decíamos al inicio de este trabajo, no son el instrumento adecuado cuando se quiere conservar el capital destinado a cumplir la finalidad asistencial, dentro del ámbito familiar, ya que requieren cambiar bienes por asistencia.

Pero nos atreveríamos a llegar incluso más lejos porque ¿No es la asistencia, en sí misma, un fin o un interés digno de tutela jurídica? El patrimonio especialmente protegido, además de poder utilizarse sólo para asistir a personas que tienen reconocido cierto grado de discapacidad, ha de cumplir una función asistencial: satisfacer las necesidades vitales de su beneficiario. La idea de asistencia no conlleva como presupuesto una situación de necesidad o vulnerabilidad en el asistido o alimentado. La ausencia de necesidad económica es lo que diferencia precisamente la obligación de alimentos derivada del contrato que lleva ese nombre, de la obligación legal de alimentos, a pesar de que ambas responden a una función asistencial. Y el mismo contrato de

⁷¹ En este sentido DEL POZO CARRASCOSA, « La protecció patrimonial de la persona discapacitada o dependent: el patrimoni protegit », op. cit., p.186: « hay personas a las que el hecho mismo de la declaración de ser una persona discapacitada o en situación de dependencia puede resultar vejatorio. En efecto, hay personas que, técnicamente, podrían merecer aquella calificación, pero que rechazan radicalmente pedirla, en muchas ocasiones por un sentimiento de dignidad: simplemente, no quieren ser declaradas discapacitadas o dependientes. Así, qué sentido tiene impedir, por ejemplo, a los hijos de estas personas que, sin necesidad de acreditar ninguna situación de discapacidad o dependencia, constituyan un patrimonio protegido a favor de sus padres, por tal que tengan garantizada la satisfacción de sus necesidades, que quizás hoy ¿son pocas, pero que en un futuro próximo pueden llegar a ser muy importantes? ».

⁷² La discapacidad intelectual ligera se sitúa entre 55 y 70 mientras que la inteligencia límite se caracteriza por tener un CI entre 70 y 85, justo por debajo de lo considerado por la OMS dentro de la normalidad.

alimentos tampoco exige que se dé en el alimentado una situación de vulnerabilidad, aunque lo más frecuente es que quien recurra a esta figura se sienta vulnerable o quiera proteger a alguien que considera vulnerable.

Es indudable que los recursos económicos del Estado son limitados, por lo que parece lógico que el legislador condicione la aplicación de beneficios fiscales a la utilización de instrumentos pensados para proteger a personas con discapacidad, dependientes, mayores o personas, en general, en situación de vulnerabilidad⁷³. Pero también deben proporcionarse instrumentos que, sin necesidad de recurrir a los fondos públicos, incentiven y ayuden a transmitir bienes a quienes son percibidos por sus allegados como vulnerables, aunque el criterio del disponente pueda ser considerado subjetivo. La dudosa viabilidad futura de la previsión social pública exige reforzar los mecanismos de previsión social complementaria, de carácter voluntario. Afectar bienes a la atención de las necesidades vitales, ya sea propias o de seres queridos que el disponente considera vulnerables, por carecer de la experiencia, madurez o aptitud necesaria para administrar un patrimonio o por ser susceptibles de realizar actos que comprometan su subsistencia, responde igualmente a un interés digno de tutela jurídica. La existencia de un patrimonio protegido que se pueda utilizar para cubrir las necesidades vitales, de cualquier persona, de forma vitalicia o durante una afección transitoria, incrementaría significativamente la dimensión social de la figura⁷⁴.

7. Conclusiones

Desde el punto de vista civil, son pocos los atractivos que singularizan el patrimonio protegido en favor de personas discapacitadas, frente a las aportaciones gratuitas que se pueden realizar en favor de cualquier persona, con discapacidad o no, y a cuyo régimen jurídico se refiere el art. 252CC cuando el adquirente es una persona necesitada de apoyo. Si el objetivo del legislador es « favorecer la aportación a título gratuito de bienes y derechos al patrimonio de las personas con discapacidad », no parece que los mecanismos adoptados hasta ahora sean « los adecuados para garantizar la afección de tales bienes y derechos, así como de sus frutos, productos y rendimientos, a la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares », y las últimas modificaciones introducidas por la reforma de 2021 empeoran dicha situación.

Si queremos que el instrumento resulte atractivo desde el punto de vista civil y que no sea un mero recurso de planificación fiscal, es preciso dotar a la figura de mecanismos que garanticen la proclamada afectación y que doten al patrimonio protegido de identidad propia, frente al patrimonio asistencial que se puede constituir a través de un entramado de aportaciones gratuitas acompañadas de una administración especial.

La desaparición de la necesidad de contar con autorización judicial, como regla general, para administrar el patrimonio protegido, hace que la aludida afectación desaparezca totalmente, recobrando actualidad la necesidad de introducir una excepción legal al principio de

⁷³ Aunque la cuestión no está exenta de polémica y hay quien reclama un estímulo fiscal específico para la cesión de bienes por alimentos: RIVAS ANDRÉS, « Últimas novedades en la tributación del “Contrato de Alimentos”. Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2020 (recurso 5171/18) », *Diario La Ley*, [Carta tributaria. Revista de opinión](#), nº 76, 2021 o BERENGUER ALBALADEJO, *El contrato de alimentos*, op. cit. p.704 y ss.

⁷⁴ En este sentido: DEL POZO CARRASCOSA, « La protección patrimonial de la persona discapacitada o dependiente: el patrimonio protegido », op. cit., p.186 y LAUROBA LAZASA, « Los patrimonios protegidos, un mecanismo valioso de planificación patrimonial pre y postmortem », op. cit., p.196.

responsabilidad patrimonial universal. La reciente equiparación del régimen fiscal de los patrimonios protegidos de derecho foral, al del patrimonio protegido de derecho común (Disposición adicional tercera de la Ley 41/2003), permitirá contrastar en los años venideros, a la vista del grado de utilización de las figuras forales, si la existencia de separación patrimonial a efectos de responsabilidad patrimonial representa o no un atractivo civil para los familiares de las personas con discapacidad y dependencia.

Nos merece en cambio distinta valoración la remisión que hacen algunos derechos forales al régimen jurídico de la curatela y que se ha mantenido en la ley estatal en relación a los requisitos para desempeñar el cargo de administrador del patrimonio protegido. Es preciso dotar a dicho cargo de un régimen jurídico acorde a su naturaleza y al cumplimiento de la finalidad, proclamada por la Ley, de mantener la productividad del patrimonio.

Finalmente, es cuestionable la oportunidad de determinar el ámbito de potenciales beneficiarios de este instrumento, a través de rígidas categorías administrativas cuya aplicación no está exenta de problemas interpretativos. Son muchos las personas que pueden ser percibidas por sus familiares y allegados como vulnerables y que no tienen cabida en el ámbito subjetivo de aplicación de la figura. La regulación de un patrimonio asistencial, que permita cubrir las necesidades vitales de cualquier persona, de forma vitalicia o durante una afección transitoria, incrementaría significativamente la utilidad social de la figura.

8. Bibliografía

ACHON BRUÑÉN, María José, « La protección del patrimonio de las personas con discapacidad: problemas que suscita Análisis de los arts. 56 a 58 de la Ley de Jurisdicción voluntaria », *Práctica de los tribunales*, nº123, 2016 (laleydigital360)

ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil I*, 16ªed., Edisofer, Madrid, 2003

ALVAREZ MORENO, María Teresa, « Diferencias en la constitución y extinción del patrimonio protegido entre la legislación estatal y la regulación contenida en el Segundo Libro del CC Catalán », en AAVV., *El nuevo derecho de la persona y de la familia (libro segundo del Código Civil de Cataluña)*, Bosch, Barcelona, 2011, pp.119-132.

ARNAU MOYA, Federico, « El administrador testamentario. ¿Venganza póstuma? », *Revista Boliviana de Derecho*, nº27, enero 2019, pp.134-147

BAZZONI, Giulia, « L'esperibilità dell'azione revocatoria nel caso di lesione dell'aspettativa del credito (App. Torino, 15 dicembre 2022) », en *Trusts*, 2023, nº4, pp. 640-644.

BERENGUER ALBALADEJO, Cristina, *El contrato de alimentos*, tesis doctoral, Universidad de Alicante, 2012.

BUGETTI, MARIA NOVELLA, « Trust assistenziale e 'consistenza' patrimoniale e reddituale del disabile (App. Brescia, 22 dicembre 2022) », en *Trusts*, nº4, 2023, pp. 648-651.

CASTRO Y BRAVO, FEDERICO, « Temas de Derecho civil », en *Derecho civil de España*, t. II, Thomson, 2008.

CIANCIOLO, Valeria, « Azione revocatoria contro un vincolo di destinazione fraudolento (App. Venezia, 2 gennaio 2023) », en *Trusts*, nº5, 2023, pp.842-847.

CORVO LÓPEZ, Felisa María, « Reflexiones ante la comunicación de la responsabilidad por deudas entre el patrimonio especialmente protegido y el patrimonio personal del discapacitado en la Ley 41/2003 », en PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, José (dir.), *La encrucijada de la incapacidad y la discapacidad*, La Ley, Madrid, 2011, pp.97-120.

DE LOS MOZOS, José Luis, « Aproximación a una teoría general del patrimonio », *Revista de Derecho Privado*, julio 1991, pp. 587-609.

DEL POZO CARRASCOSA, Pedro, « La protecció patrimonial de la persona discapacitada o dependent: el patrimoni protegit », INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT. UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.). *Questions actuals del dret català de la persona o de la família. Materials de les Dissetenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Documentia universitària, Girona, 2013, pp. 167-210.

DEMOGUE, René, *Les notions fondamentales du droit privé*, Hachette, Paris, 1911

DE PABLO VARONA, Carlos, *Los patrimonios protegidos de las personas con discapacidad. Su régimen fiscal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

DÍEZ PICAZO Luis/GUILLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, t. I, Tecnos, 10.^a ed., Madrid, 2001.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, « El papel del registro de la propiedad en la protección del patrimonio de las personas con discapacidad », en PÉREZ VARGAS MUÑOZ, José (dir.), *La encrucijada de la incapacidad y la discapacidad*, La Ley, Madrid, 2011, pp.535-558.

ENTRENA PALOMERO, Blanca, «El patrimonio protegido de las personas con discapacidad », en TERRENOS, José Luis (coord.), *Los derechos de las personas con discapacidad*, vol. II, Consejo General del poder Judicial, Madrid, 2007, pp.985-1032.

ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia, *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad*, Tirant lo blanch, Valencia, 2012.

ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia, « El patrimonio protegido de las personas con discapacidad como patrimonio separado », *Actualidad Civil*, núm.3, 2013.

FERNÁNDEZ DEL MORAL, Lourdes, « Acto jurídico, operaciones complejas y jurisprudencia sobre la acción revocatoria en el sistema italiano », *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº16, junio 2022, pp.2046-2075.

GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio, « Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado », en PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, José (coord.), *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, La ley, 2007, pp.113-180.

GARCÍA RUBIO, María Paz, « Artículo 252 », en GARCÍA RUBIO, María Paz/MORO ALAMARAZ, María Jesús (dir.), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Civitas Thomson Reuter, Cizur Menor, 2022, pp.245-249.

GASPAR LERA, Silvia, « Comentario al art.227CC », en CAÑIZARES LASO, Ana/DE PABLO CONTRERAS, Pablo/ORDUÑA MORENO, Javier/VALPUESTA, Rosario (dirs.), *Código civil comentado*, vol.I, Civitas, 2^a ed, Madrid, 2016, pp.1061-1064.

GETE-ALONSO CALERA, María del Carmen, «El patrimonio protegido de la persona discapacitada o dependiente. Una primera lectura de su regulación en el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña », en AAVV., *El nuevo derecho de la persona y de la familia (libro segundo del Código Civil de Cataluña)*, Bosch, Barcelona, 2011, pp.77-117.

GIORGI, Gloria, « Azione revocatoria e conoscenza del pregiudizio da parte dei beneficiari (App. Venezia, 5 gennaio 2023) », en *Trusts*, 2023, n°4, pp.655-659.

GITRAMA, Manuel, *La administración de herencia en el Derecho español*, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1950.

GÓMEZ LAPLAZA, María del Carmen, « Comentario al art. 270 », en AMOROS GUARDIOLA, Manuel, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Tecnos, Madrid, 1986.

HERBOSA MARTÍNEZ, Inmaculada, « El patrimonio especial del discapacitado en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad », *Actualidad Civil*, núm.16, 2005, pp. 1925-1954.

HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, María Dolores, *La herencia yacente*, Bosch, Barcelona, 1995.

LACRUZ BERDEJO, José Luis/ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho de Sucesiones*, Parte general, Bosch, 1961, Barcelona.

LARROBA LAZASA, Elena, « Los patrimonios protegidos, un mecanismo valioso de planificación patrimonial pre y postmortem », en TARABAL BOSCH, Jaume (dir.), *Previsión y transmisión intergeneracional del patrimonio al margen de la sucesión*, Colegi Notarial de Catalunya, Madrid, 2022, pp.169-201.

LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael, « El patrimonio protegido de las personas con discapacidad: Inscripción, administración, supervisión, modificación y extinción », *Academia Sevillana del Notariado*, t.16, 2, 2008, pp.33-146.

LETE DEL RÍO, José Manuel, « Comentario al art.227 », en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. IV, Madrid, 1985, Edersa, pp.276-277.

LORA TAMAYO, Isidoro, *Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*, Madrid, 2021, ed. Francis Lefebvre.

LOURO GARCÍA, María Isabel, « Modificación de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento civil y de la normativa tributaria con esta finalidad », en GARCÍA RUBIO, María Paz/MORO ALMARAZ, María Jesús (dirs), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp.989-1029.

LIPPOI, Maurizio, *Il contratto di affidamento fiduciario*, Giuffrè, Milano, 2014.

MACÍAS DÍAZ, Alberto, « El patrimonio protegido de las personas con discapacidad », en DE SALAS MURILLO, Sofía (coord.), *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, 2010, Zaragoza, El Justicia de Aragón, pp.701-724.

MARÍA LENER, Sofía, « Vincolo di destinazione per l'assistenza di un parente e revocatoria fallimentare (Trib. Santa Maria Capua Vetere, 17 gennaio 2023) », en *Trusts*, 2023, nº4, pp.660-663.

MARÍN SÁNCHEZ, José Alberto, « Protección patrimonial de la persona discapacitada o dependiente », en ROCA TRÍAS, E./ORTUÑO MUÑOZ, P. (coords), *Persona y Familia*, Sepín, Madrid, 2011, pp.443-473.

MARIÑO PARDO, Francisco Manuel, « El administrador de bienes de un menor o incapacitado nombrado en acto a título gratuito. Naturaleza y cuestiones generales. La Resolución DGRN de 12 de julio de 2013. 1 », *Iuris Prudente. Blog de derecho privado, desde la óptica notarial y registral*, 12 de junio de 2014. Disponible en https://www.iurisprudente.com/2021/09/reforma-del-codigo-civil-por-la-ley_55.html.

MARIÑO PARDO, Francisco Manuel, « El administrador de bienes de un menor o incapacitado nombrado en acto a título gratuito. Caracteres del cargo. La Resolución DGRN de 12 de julio de 2013. 2 », *Iuris Prudente. Blog de derecho privado, desde la óptica notarial y registral*, 18 de noviembre de 2022. Disponible en https://www.iurisprudente.com/2014/06/el-administrador-de-bienes-de-un-menor_12.html

MARIÑO PARDO, Francisco Manuel, « La dispensa de la autorización judicial por el testador al administrador testamentario en los actos de disposición. Su posibilidad en el derecho común y en los derechos forales. La Resolución DGSJFP de 26 de septiembre de 2022 », *Iuris Prudente. Blog de derecho privado, desde la óptica notarial y registral*, 18 de noviembre de 2022. Disponible en <https://www.iurisprudente.com/2022/11/la-dispensa-de-la-autorizacion-judicial.html>.

MARIÑO PARDO, Francisco Manuel, « Reforma del Código Civil por la Ley 8/2021, para el apoyo de personas con discapacidad: El administrador testamentario », *Iuris Prudente. Blog de derecho privado, desde la óptica notarial y registral*, 30 de septiembre de 2021. Disponible en https://www.iurisprudente.com/2021/09/reforma-del-codigo-civil-por-la-ley_55.html.

MARTÍN SANTISTEBAN, Sonia, « Reforma de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad », en DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón (dir.), *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021*, Capítulo 16, de 2 de junio, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 697-716.

MARTÍNEZ DIE, Rafael, « Algunos puntos críticos en la regulación del patrimonio especialmente protegido del discapacitado », en GARRIDO MELERO, M./ NASARRE AZNAR, Sergio (coord.), *Los patrimonios fiduciarios y el Trust: III Congreso de Derecho civil catalán*, Marcial Pons, Barcelona, 2006, pp.297-306.

MATEO SANZ, Jacobo B., « La disposición a título gratuito de bienes inmuebles en favor de incapacitados: nombramiento de un administrador especial », en PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, José (dir), *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, Comunicaciones, La Ley, Madrid, 2011, CD-ROM, pp.287-306.

MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, José Alberto, « Naturaleza jurídica del patrimonio especial de las personas con discapacidad », en PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, José (dir.), *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, Wolters Kluwer, Madrid, 2007, pp.635-672.

MUÑIZ ESPADA, Esther, « Trust y patrimonio protegido de las personas con discapacidad », en NASARRE AZNAR, Sergio/GARRIDO MELERO, Manuel (coord.), *Los patrimonios fiduciarios y el trust: III Congreso de Derecho civil catalán*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp.283-296.

NAVARRO GARMENDIA, Juan Antonio, « El concepto de disposición en el régimen fiscal del patrimonio protegido ». *Crónica Tributaria*, núm.143, 2012, pp.125-154.

ORDÁS ALONSO, Marta, *La institución tutelar como mecanismo de protección jurídica de los menores e incapacitados*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2008.

ORDÁS ALONSO, Marta, « Revocación por incumplimiento de cargas », en EGUSQUIZA María Angeles/PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, M. Carmen (dirs), *Tratado de las liberalidades*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp.567-586.

PALOMINO DÍEZ, Isabel, « Comentario al art.252 » en GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, pp.557-562.

PALOMINO DÍEZ, Isabel, « Modificación de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento civil y de la normativa tributaria con esta finalidad », en GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina (dir), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Aranzadi, 2021, pp.1261-1302.

PEREÑA VICENTE, Montserrat, « El incapacitado ante la nueva protección jurídica del discapitado », *Actualidad Civil*, 2004-2 (base de datos laleydigital).

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, M. Carmen, « Protección patrimonial de las personas mayores: el patrimonio especialmente protegido de las personas mayores con discapacidad como medida de protección de los mayores », *Informes Portal Mayores*, nº42, 2005, pp.1-20.

PÉREZ HUETE, Joaquín, « Régimen fiscal del Patrimonio protegido de los discapacitados », *Crónica Tributaria*, núm. 116, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2005, pp.113-138.

RIVAS ANDRÉS, Rafael, « Últimas novedades en la tributación del «Contrato de Alimentos». *Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2020 (recurso 5171/18)* », *Diario La Ley*, [Carta tributaria. Revista de opinión](#), nº 76, 2021.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, « Los patrimonios autónomos. ¿Hacia una categoría general? », en LLAMAS POMBO, Eugenio (coord.), *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, t.II, La Ley, Madrid, 2006, pp.601-640.

SÁNCHEZ CALERO, Blanca, « La administración y la supervisión del patrimonio protegido creado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad », *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 695, 2006, pp. 1057-1100.

SERRANO GARCÍA, Ignacio, « Discapacidad e Incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre », *Revista Jurídica del Notariado*, núm.52, octubre-diciembre 2004, pp. 231-274.

SOLER MARTÍN-JAVATO, Valero, « El patrimonio protegido de las personas con discapacidad en Cataluña como patrimonio fiduciario », en MARTÍN SANTISTEBAN, S. (dir.), *Los patrimonios de*

afectación como instrumento de gestión y transmisión de riqueza, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p.79-113.

SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, José María, « La institución tutelar », en GARRIDO DE PALMA, V.M. (coord.), *Instituciones de Derecho privado*, t.IV, vol.2, Civitas, Madrid, 2002, pp.425-582.

VIVAS TESÓN, Inmaculada, « Título I. De las Personas jurídicas, los Patrimonios especialmente protegidos y otros Entes sin personalidad . Capítulo II (leyes 44 y 45) », en RUBIO TORRANO, E./MARCOS VIEIRA, M.L. (dirs), *Comentarios al Fuero Nuevo*, 2ªed., Aranzadi, Pamplona, 2020, p.145-154

VIVAS TESÓN, Inmaculada, *La protección económica de la discapacidad*, Bosch, Barcelona, 2009.

VIVAS TESÓN, Inmaculada, « Una aproximación al patrimonio protegido a favor de la persona con discapacidad », *Revista de Derecho*, núm.I, 2009, pp. 58 y 75.

9. Resoluciones judiciales y administrativas

Resoluciones judiciales

Nacionales

STS 452/1997, Civil, de 26 de mayo, RJ 1997/4234. ECLI: ES:TS:1997:3702

STS 335/1998, Civil, de 16 de abril, RJ 1998/2392.

STS 724/2005, Civil, de 6 de octubre, ROJ 5931/2005.

STS 900/2007, Civil, de 20 de julio, RJ 2007/4696.

SAP Alicante 218/2003, Civil, de 28 de abril, JUR 2003/222502.

SAP Girona 169/2002, Civil, de 14 de marzo, AC 2002/886.

SAP Las Palmas de 1 de julio de 2008, JUR 2009/15734.

SAP Madrid de 24 de febrero de 2011, ROJ: 5864/2011.

SAP Pontevedra 95/2006, Civil, de 24 de febrero, JUR 2006/104680.

SAP Valencia 234/2002, Civil, de 6 de abril, AC 2002/1510.

SAP Zaragoza 603/2003, Civil, de 22 de octubre, AC 2003/252236.

Extranjeras

Corte di Cassazione, 15 de noviembre 2019, n. 29727, disponible en <https://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/22904.pdf>.

Corte di Cassazione, 13 de febrero 2020, n. 3697, disponible en <https://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/23326.pdf>.

Corte di Appello di Torino, 15 diciembre 2022.

Corte di Appello di Brescia, de 22 de diciembre de 2022.

Corte di Appello di Venezia, de 2 de enero de 2023.

Corte di Appello di Venezia, de 5 de enero de 2023.

Tribunale de Santa María Capua Vetere, 17 de enero 2023.

Resoluciones administrativas

Resolución DGRN de 22 de febrero de 1989, RJ 1989/1696.

Resolución DGRN de 18 de marzo de 2004, Tol 376704.

Resolución DGRN de 12 de julio de 2013. BOE núm 229, 24 de septiembre de 2013.

Resolución DGRN de 4 de diciembre de 2017. BOE núm. 314, de 27 de diciembre de 2017.
Resolución DGSJFP de 26 de septiembre de 2022. BOE núm.258, de 27 de octubre de 2022.

Consultas a la Dirección general de Tributos V0121-20, 21 de enero de 2020; V0050-21, de 18 de enero de 2021; V0415-21, de 26 de febrero de 2021. Disponibles en <https://petete.tributos.hacienda.gob.es/consultas>.

Esther Arroyo Amayuelas
Universitat de Barcelona

Sumario

Schufa (Schutzgemeinschaft für allgemeine Kreditsicherung) es la mayor empresa privada en Alemania sobre información crediticia y a la que normalmente recurren los bancos y otros proveedores de servicios. La STJUE C-634/21, de 7 de diciembre de 2023, permite afirmar que el conocimiento que adquiere la entidad bancaria gracias a la empresa de score y sobre cuya base tomará luego una decisión no lleva necesariamente a excluir la aplicación del art. 22 RGPD. El razonamiento es que el credit scoring puede constituir una decisión automatizada, incluso en los casos en que un humano acabe decidiendo luego la denegación del crédito, aunque para ello haya que probar el peso decisivo del scoring en dicha decisión. Hecha abstracción del problema concreto que juzga esa sentencia, su importancia radica en que permite cuestionar por qué el interesado solo debería tener ciertos derechos (a obtener explicaciones adecuadas, expresar su punto de vista, u oponerse a la decisión) cuando la decisión en la que están implicados sus datos haya sido adoptada de forma exclusivamente o predominantemente automatizada.

Abstract

Schufa (Schutzgemeinschaft für allgemeine Kreditsicherung) is the largest private credit scoring company in Germany and is typically approached by banks and other service providers. C-STJUE C-634/21 of 7 December 2023 holds that the knowledge acquired by the financial institution from the credit scoring company, on the basis of which it then makes a decision, does not necessarily lead to the exclusion of Art. 22 GDPR. The reasoning is that credit scoring can constitute an automated decision, even in cases where a human being then decides to refuse credit, even if this requires proof of the decisive weight of credit scoring in that decision. Leaving aside the specific problem that this judgment addresses, its importance lies in the fact that it raises the question of why the data subjects should only have certain rights (to obtain adequate explanations, to express their point of view, or to oppose the decision) when the decision in which their data are involved has been taken in an entirely exclusively or predominantly automated manner.

Title: Schufa's Scoring

Palabras clave: Credit scoring, Decisión automatizada, crédito al consumo, inteligencia artificial

Keywords: Credit scoring, automated decision, consumer credit, artificial intelligence

DOI: 10.31009/InDret.2024.i3.04

3.2024

Recepción
18/06/2024

-

Aceptación
17/07/2024

-

Índice

-

1. Introducción

2. Los hechos de la STJUE C-634/21, Schufa, de 7 de diciembre de 2023

3. ¿Prohibición de decisiones automatizadas o derecho a no verse sometido a ellas?

4. La calificación crediticia como decisión automatizada

5. Una decisión automatizada está permitida si está autorizada por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros

6. Crítica

6.1. ¿Cuántas decisiones automatizadas admite el art. 22.1 RGPD, según el TJUE?

6.2. La entidad de crédito siempre es responsable de la decisión automatizada

6.3. El carácter determinante del scoring

7. De la decisión exclusivamente automatizada al uso de un tratamiento automatizado de datos

8. Reflexiones finales

8.1. La STJUE C-634/21, Schufa, de 7 de diciembre de 2023 genera inseguridad jurídica

8.2. Lo importante es el scoring automatizado, independientemente de cómo se adopte la decisión ulterior

8.3. Lo que la STJUE C-634/21, Schufa, de 7 de diciembre de 2023, no dice: ¿Qué explicaciones sobre la lógica del algoritmo son necesarias?

9. Conclusión

10. Bibliografía

-

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

Comercial 4.0 Internacional



1. Introducción*

Las empresas de *credit scoring* usan técnicas estadísticas para clasificar y ordenar a los consumidores en función del riesgo crediticio que estos presentan¹. La puntuación que otorgan permite luego a la entidad financiera decidir si el crédito o préstamo en cuestión debe ser concedido. En el análisis intervienen datos estructurados, esto es, datos almacenados en formatos legibles por máquinas y, tradicionalmente, se han utilizado métodos estadísticos y actuariales para llevar a cabo ese trabajo, enormemente favorecido gracias al uso de ordenadores. Sin embargo, la aparición del *machine learning* ha facilitado, acelerado, y abaratado la realización de todas esas tareas analíticas, porque esta técnica permite aumentar el número de variables que se procesan y la complejidad de las relaciones entre esas variables. Esto contrasta con el desarrollo de software tradicional, que se basa en la incorporación de reglas explícitas y conceptos lógicos en el código². Algunos de los datos que sirven para valorar la solvencia son obtenidos por los prestamistas directamente de los consumidores (art. 20.1 Directiva 2014/17, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmueble, MCD; art. 18.3 Directiva 2023/2225, de 18 de octubre de 2023, relativa a los contratos de crédito al consumo, DCC 2023), mientras que otros se adquieren de bases de datos de terceros, públicas o privadas (art. 19.3 DCC 2023, art. 21.2 MCD), como, en este último caso, Acxiom, Experian o Schufa.

Schufa (*Schutzgemeinschaft für allgemeine Kreditsicherung*) es la mayor empresa privada en Alemania sobre información crediticia y a la que normalmente recurren los bancos y otros proveedores de servicios. En Alemania, también otras agencias de crédito como Crif Bürgel, Creditreform Boniversum o Arvato Infoscore recopilan datos de particulares y empresas y evalúan su solvencia, pero ninguna es tan conocida como Schufa³. La información recopilada

* Esther Arroyo Amayuelas es Catedrática de Derecho civil en la Universitat de Barcelona. Sus correo es: earroyo@ub.edu. El trabajo forma parte del Proyecto I+D+i PID2021-127197NB-I00, financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por FEDER UE y es también parte de las actividades del Grupo de investigación consolidado por la Generalitat de Catalunya (2021 SGR 00347). He discutido con distintas personas diferentes aspectos de la sentencia que aquí se comenta, pero quiero agradecer en particular a Rosa M. García Teruel (Prof. Lectora, U. Barcelona) sus acertadas observaciones tras la lectura de una previa versión de este artículo. A Markus Artz (U. de Bielefeld) y Marta Guerrero Ovejas (estudiante UB y becaria del Departamento de Derecho privado) les agradezco su ayuda con la bibliografía y, en particular, a esta última, las estimulantes conversaciones a propósito de su Trabajo de Fin de Grado, aquí citado y disponible en http://www.ub.edu/jeanmonnet_dretprivateuropeu/?page_id=37 y en <https://www.ub.edu/creditimobiliariub/publicaciones/>

¹ En general, sobre el rol de las agencias de scoring y su importancia en la evaluación de la solvencia, VARDI, *Creditworthiness and 'Responsible Credit'*, 2022, pp. 49 ss.

² Explica la evolución de los distintos modelos, VARDI, *Creditworthiness and 'Responsible Credit'*, pp. 85 ss., pp. 97 ss. Además, OSTMANN/DOROBANTU, «AI in financial services», *The Alan Turing Institute*, 2021, pp. 10 ss. Disponible en: <https://doi.org/10.5281/zenodo.4916041>; AGGARWAL, «Machine Learning, alternative data, and the regulation of consumer credit markets», en REMOLINA/GURREA-MARTÍNEZ (eds.), *Artificial Intelligence in Finance*, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2023, p. 145; PEREL/PLATO-SHINAR, «AI-based consumer credit underwriting. The role for a national credit database», en REMOLINA/GURREA-MARTÍNEZ (eds.), *Artificial Intelligence in Finance*, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2023, pp. 152-156; COLLADO-RODRÍGUEZ, «La evaluación de la solvencia mediante el uso de sistemas de IA», *Revista CESCO de Derecho de consumo*, núm. 46, 2023, pp. 44-46. Disponible en: <https://doi.org/10.18239/RCDC.2023.46.3335>; GARCÍA TERUEL, «Integrating Artificial Intelligence into the Mortgage Credit Market», *Jean Monnet Chair of European Private Law Working Paper 1/2023*, p. 6. Disponible en: http://www.ub.edu/jeanmonnet_dretprivateuropeu/?p=2221

³ A propósito de Schufa, en particular, ALVES LEAL, «Algorithmic, Creditworthiness, and Lending Decisions», en MOURA VICENTE/SOARES PEREIRA/ALVES LEAL (eds.), *Legal Aspects of Autonomous Systems*, Springer, Cham, 2024, pp. 346-347.

incluye datos negativos (impagos) y positivos (sobre tarjetas de crédito, cuentas corrientes o préstamos). La STJUE C-634/21, de 7 de diciembre de 2023⁴, es importante porque, además de establecer qué deba entenderse por decisión automatizada, sugiere la necesidad de adoptar una posición favorable al titular de los datos frente al interés del responsable del tratamiento a proteger el algoritmo, y obliga a reflexionar sobre la necesidad de adaptar los derechos de los perjudicados a la realidad digital de nuestros días. La sentencia omite decir que el tercero que actúa por cuenta del prestamista en la evaluación de la solvencia está obligado a transmitirle la información que únicamente aquel posee, como responsable del tratamiento automatizado de los datos, pero no cabe duda de que aunque el RGPD no regule ese contrato de cesión, le obliga a ello la DCC 2023, porque es precisamente el prestamista quien siempre está obligado frente al consumidor, que es quien le solicita el crédito y a quien, por consiguiente, el prestamista debe las explicaciones pertinentes.

2. Los hechos de la STJUE C-634/21, Schufa, de 7 de diciembre de 2023

El 7 de diciembre de 2023, el TJUE dictó sentencia en el asunto C-634/21, sobre decisiones automatizadas. Según el TJUE, Schufa, que es una empresa que recopila datos de solvencia de empresas y particulares y a las que las entidades financieras acuden con el fin de evaluar la solvencia de las personas, está sometida al art. 22 RGPD porque la calificación crediticia que esta empresa lleva a cabo, mediante la utilización de inteligencia artificial, es una decisión automatizada cuando pueda entenderse que es determinante para que el prestamista decida aprobar o denegar la solicitud de préstamo o crédito.

La sentencia responde a la cuestión prejudicial planteada por un juez de Wiesbaden (Alemania) porque la persona a la que se había denegado el préstamo solicitó información acerca de cómo se había adoptado la decisión, pero no se le reveló qué datos se habían utilizado para calcular la puntuación, ni tampoco su ponderación. El argumento fue que no se trataba de una decisión automatizada y que no existía un derecho a informar sobre la lógica del algoritmo en el sentido previsto en el art. 15.1 letra h) RGPD, según el cual:

«El interesado tendrá derecho a obtener del responsable del tratamiento confirmación de si se están tratando o no datos personales que le conciernen y, en tal caso, derecho de acceso a los datos personales y a la siguiente información [...]: la existencia de decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles, a que se refiere el artículo 22, apartados 1 y 4, y, al menos en tales casos, información significativa sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado.»

Tras la desestimación de una reclamación ante la autoridad competente en materia de protección de datos (*Hessischer Beauftragter für Datenschutz und Informationsfreiheit*, Delegado de Protección de Datos y de Libertad de Información del Estado Federado de Hesse, HBDI) en que se solicitaba ordenar a Schufa atender la solicitud de supresión de determinados datos y proporcionar información sobre los almacenados, el afectado recurrió al Tribunal Administrativo de Wiesbaden y contestó la decisión. Dicho tribunal suspendió el procedimiento y preguntó al TJUE si el establecimiento de una calificación crediticia constituye una «toma de decisiones individual automatizada» en el sentido del artículo 22 del RGPD, si resulta que una mala puntuación de

⁴ Sentencia de 7 de diciembre de 2023, SCHUFHA Holding (Scoring), C-634/21, EU:C:2023:957. Además, Conclusiones del Abogado General de 16 de marzo de 2023, SCHUFHA Holding (Scoring), C-634/21, EU:C:2023:220.

crédito automatizada conduce «en casi todos los casos» a que el banco se niegue a conceder un préstamo. La cuestión prejudicial tiene por objeto, pues, saber si la calificación crediticia automatizada constituía ya una «decisión», o si simplemente Schufa llevó a cabo una elaboración de perfiles (art. 4.4 RGPD) y acabó siendo la entidad financiera quien tomó la «decisión» cuando se negó a conceder el préstamo.

«Según el art. 4.4, del RGPD, la elaboración de perfiles es toda forma de tratamiento automatizado de datos personales consistente en utilizar datos personales para evaluar determinados aspectos personales de una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relativos al rendimiento profesional, situación económica, salud, preferencias personales, intereses, fiabilidad, comportamiento, ubicación o movimientos de dicha persona física. La elaboración de perfiles simplemente implica la recogida de información sobre una persona o grupo y la evaluación de sus características o patrones de comportamiento con el fin de asignarla a una determinada categoría o grupo con el fin de analizar sus intereses o su comportamiento probable.»⁵

Adicionalmente, para el caso de que respondiera afirmativamente a lo primero, el juez preguntó si el § 31 Bundesdatenschutzgesetz (Ley Federal de Protección de Datos, BDSG), de 30 de junio de 2017, era conforme con el art. 22.2 letra b) RGPD, porque el precepto no solo regula el uso exclusivamente automatizado de puntuaciones -como excepción a la prohibición- sino también su uso en el contexto de procesos de toma de decisiones que implican una contribución sustancial de un humano. Por tanto, no se limita a los casos del artículo 22.1 del RGPD, que solo se refiere a la toma de decisiones exclusivamente automatizada, a pesar de que el RGPD impone una armonización máxima. Podría suceder, pues, que el legislador alemán sometiera la generación de ese valor de probabilidad a requisitos de licitud más estrictos sin disponer de potestad normativa. Si así fuera, Schufa, además de actuar sin base legal, estaría vulnerando la prohibición establecida en el art. 22.1 RGPD.

3. ¿Prohibición de decisiones automatizadas o derecho a no verse sometido a ellas?

La automatización reduce o elimina el papel del ser humano en la realización de tareas y procesos y puede comportar sesgos. Por eso, el art. 22.1 RGPD establece el derecho de las personas a no ser objeto de una decisión que se base únicamente en un tratamiento automatizado de datos y que produzca efectos jurídicos en ellas (esto es, que les prive de derechos que ya tienen o le deniegue el acceso a otros) o les afecte significativamente de modo similar. En definitiva, cuando los efectos tengan consecuencias graves⁶. Tras la STJUE C-634/21, Schufa, de 7 de diciembre de 2023, queda claro que el precepto no establece simplemente un derecho a no ser objeto de un tratamiento automatizado de datos, sino una auténtica prohibición, de manera que, contrariamente a lo que sucedería en la hipótesis anterior, el interesado no necesita invocar el art. 22.1 RGPD en el tratamiento de sus datos personales (§ 52)⁷. Por consiguiente, no es posible

⁵ GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29, «Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679 (17/ES WP251rev01)», 2018, p. 8.

⁶ GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29, «Directrices», pp. 6, 23. A propósito de los sistemas de inteligencia artificial destinados a ser utilizados para la evaluación de riesgos y la fijación de precios en relación con las personas físicas en el caso de los seguros de vida y de salud, vid. Anexo III 5 c) y Recital 58 RIA: «[...] pueden vulnerar sus derechos fundamentales y pueden tener graves consecuencias para la vida y la salud de las personas, como la exclusión financiera y la discriminación.»

⁷ Ya antes, GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29, «Directrices», pp. 21-22. Sobre la discusión a propósito de si el precepto establecía un derecho del interesado o una prohibición, vid.

una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado de datos que tenga efectos jurídicos o similares sobre la persona, salvo que se de alguna de las excepciones que contempla el art. 22 RGPD: (a) la decisión resulte necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento; (b) esté autorizada por el Derecho de la Unión o del Estado Miembro aplicable; o que (c) se base en el consentimiento explícito del interesado (art. 22.2 RGPD).

4. La calificación crediticia como decisión automatizada

El supuesto de hecho del art. 22.1 RGPD requiere una decisión que se base únicamente en el tratamiento automatizado y que produzca efectos jurídicos en relación con el interesado o le afecte significativamente de manera similar. La STJUE C-634/21, Schufa, de 7 de diciembre de 2023, lo recalca (§ 43):

«La aplicabilidad de esta disposición está sujeta a tres requisitos acumulativos, a saber, en primer término, debe existir una “decisión”; en segundo término, dicha decisión debe estar “basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles”, y, en tercer término, debe producir “efectos jurídicos [que afecten al interesado]” o que lo afecten “significativamente de modo similar”».

En RGPD no define el término «decisión», pero el Cdo 71 considera que puede extenderse a una «medida» que afecte a la persona de modo significativo y que produzca efectos que le afecten de forma parecida a los jurídicos, y cita como ejemplo la denegación automática de una solicitud de crédito. De acuerdo con la STJUE C-634/21, Schufa, de 7 de diciembre de 2023 (§ 44):

«[...] del propio tenor de esta disposición se desprende que tal concepto no se refiere solo a actos que produzcan efectos jurídicos que afecten al interesado de que se trate, sino también a actos que lo afecten significativamente de modo similar.»

Sobre la base de estas consideraciones, la STJUE C-634/21, Schufa, de 7 de diciembre de 2023, acepta que es posible un significado de amplio alcance del término «decisión» (§ 46).

«El concepto de “decisión” en el sentido del artículo 22, apartado 1, del RGPD, como ha señalado el Abogado General en el punto 38 de sus conclusiones, puede incluir diversos actos con potencial para afectar al interesado de múltiples maneras, ya que es lo suficientemente amplio para englobar el resultado del cálculo de la solvencia de una persona en forma de un valor de probabilidad relativo a su capacidad para hacer frente a sus compromisos de pago en el futuro.»

Además, la STJUE C-634/21, Schufa, de 7 de diciembre de 2023, no discute que una actividad como la que realiza Schufa responde a la definición de «elaboración de perfiles» (art. 4.4 RGPD) y, por tanto, que la generación automatizada de un valor de probabilidad, a partir de datos personales relativos a una persona, y acerca de su capacidad para satisfacer un préstamo en el

WACHTER/MITTELSTADT/FLORIDI, «Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation», *International Data Privacy Law*, vol. 7, núm. 2, 2017, pp. 94-95; BYGRAVE, «Art. 22 Automated individual decision-making, including profiling», en KUNER/BYGRAVE/DOCKSEY (eds.), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR) A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2020, pp. 530-532. La prohibición es explícita en el art. 11 Directiva 2016/680, de 27 de abril de 2016 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos.

futuro, cumple con la exigencia del art. 22.1 RGPD, que requiere que la decisión esté basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles (§ 47)⁸. En todo caso, parece que el banco se guía en gran medida por el valor de probabilidad calculado por Schufa, porque una puntuación crediticia inadecuada conduce en casi todos los casos a la denegación del préstamo solicitado, de modo que un valor de probabilidad como el controvertido en el litigio principal, cuanto menos, afecta al interesado significativamente (§ 48).

En este contexto, la STJUE C-634/21, Schufa, de 7 de diciembre de 2023, concluye que cuando el valor de probabilidad generado por una agencia de scoring y comunicado a un banco desempeña un papel determinante en la concesión de un crédito, la generación de dicho valor propiamente dicha debe calificarse como decisión que produce «efectos jurídicos» en un interesado o que «[lo afecta] significativamente de modo similar», en el sentido del art. 22.1 RGPD (§ 50).

Lo destacable es, pues, que la puntuación crediticia que efectúa el tercero es ya la decisión a que se refiere el art. 22.1 RGPD si esta desempeña un papel decisivo en la ulterior decisión que efectúa la entidad crediticia sobre la concesión o denegación de un préstamo. La STJUE C-634/21, Schufa, de 7 de diciembre de 2023, refuerza sus argumentos aludiendo a la finalidad del art. 22 RGPD, que consiste en proteger a las personas contra los específicos riesgos que supone para sus derechos y libertades el tratamiento automatizado de datos personales, incluida la elaboración de perfiles (§ 57). El sentido amplio del término «decisión» intensifica la protección efectiva que persigue el art. 22 RGPD (§ 60). Por el contrario, existiría una laguna en la protección jurídica si se optara por una interpretación restrictiva, en virtud de la cual la generación del valor de probabilidad debiera considerarse un mero acto preparatorio y únicamente pudiera calificarse de decisión el acto adoptado por el tercero (§ 61). Si se entendiese que, en este caso, habría una decisión humana, entonces el interesado no tendría el derecho de acceso a la información específica a que se refiere el art. 15.1 letra h) RGPD, ni se aplicaría tampoco la prohibición establecida en el art. 22 RGPD y, por consiguiente, tampoco las salvaguardias correspondientes a las excepciones previstas en ese mismo precepto, en particular el derecho a obtener una intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión (art. 22.3 RGPD), así como a respetar la prohibición de utilizar las categorías especiales de datos personales contempladas en el art. 9.1 RGPD (art. 22.4 RGPD). A mayor abundamiento, la STJUE C-634/21, Schufa, de 7 de diciembre de 2023, descansa en el Cdo 71 del RGPD, para recordar que el responsable del tratamiento automatizado debe utilizar procedimientos matemáticos o estadísticos adecuados y aplicar las medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar que se reduzca al máximo el riesgo de error y se corrijan errores, y se aseguren los datos personales de forma que se tengan en cuenta los posibles riesgos para los intereses y derechos del interesado y, entre otros, se impidan los efectos discriminatorios en las personas físicas (§ 61-62, 64-66).

⁸ Sin embargo, no solo las decisiones automatizadas pueden llevarse a cabo sin elaboración de perfiles, sino que también la elaboración de perfiles puede existir sin realizar decisiones automatizadas. *Vid.* GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29, «Directrices», p. 8. Destaca la insuficiencia de la protección ofrecida por el RGPD en la elaboración de perfiles, cuando ello no forma parte de una decisión automatizada, y propone dotar siempre al sujeto de un derecho a obtener explicaciones, SILVEIRA, «Automated individual decisions-making and profiling [on case C-634/21-Schufa (Scoring)]», *UNIO-EU Law Journal*, vol. 8, núm. 2, 2023, pp. 82 ss. También cree que el RGPD es insuficiente, BARRÓN ARNICHEs, «Vulneraciones automatizadas del Derecho a la protección de datos personales y mecanismos de tutela», *Revista de Derecho Civil*, vol. 11, núm. 1, 2024, p. 163.

Por otra parte, la STJUE C-634/21, Schufa, de 7 de diciembre de 2023, entiende que, aun suponiendo que el acto adoptado por la entidad financiera pueda entenderse comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 22.1 RGPD, dicha entidad no podría facilitar la información específica requerida por el titular de los datos, ya que generalmente no dispone de ella (§ 63):

«Además, como ha señalado el Abogado General en el punto 48 de sus conclusiones, por un lado, el interesado no podría invocar, ante la agencia de información comercial que genera el valor de probabilidad que le concierne, su derecho de acceso a la información específica a que se refiere el artículo 15, apartado 1, letra h), del RGPD, a falta de una decisión automatizada de dicha agencia. Por otro lado, aun suponiendo que el acto adoptado por el tercero esté por su parte comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 22, apartado 1, de dicho Reglamento por cumplir con los requisitos de aplicación de dicha disposición, ese tercero no podría facilitar tal información específica, ya que generalmente no dispone de ella.»

5. Una decisión automatizada está permitida si está autorizada por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros

Según la STJUE C-634/21, Schufa, de 7 de diciembre de 2023 (§ 68), si el derecho de un Estado miembro autoriza, de conformidad con el art. 22.2 letra b) RGPD, la adopción de una decisión basada únicamente en un tratamiento automatizado, dicho tratamiento debe también cumplir con los requisitos establecidos en el art. 22.4 RGPD y los arts. 5 y 6 RGPD. El TJUE relega al órgano jurisdiccional la decisión sobre si el § 31 BDSG constituye base legal suficiente y le obliga a comprobar si en el asunto que se le somete a consideración se cumplen los requisitos establecidos en los arts. 5, 6 y 22.2 letra b) y 22.4 RGPD. A resultas de esa sentencia, el legislador alemán propone ahora que, como excepción a la prohibición de la toma de decisiones automatizada, tanto la creación como el uso de un valor de probabilidad sean permitidos en el futuro. Así, de acuerdo con el § 37a de la *Gesetz zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes*⁹:

«(1) El derecho contemplado en el artículo 22, apartado 1, del Reglamento (UE) 2016/679 a no ser objeto de una decisión basada únicamente en un tratamiento automatizado, con las excepciones contempladas en el artículo 22, apartado 2, letras a) y c), del Reglamento (UE) 2016/679, no se aplicará si se crean o utilizan valores de probabilidad para una persona física en relación con:

1. Un comportamiento futuro específico de la persona con el fin de decidir sobre el establecimiento, la ejecución o la finalización de una relación contractual con dicha persona; o bien
2. Su capacidad y voluntad de pago por parte de agencias de crédito e incluyendo información sobre derechos de cobro.

(2) Los valores de probabilidad en el sentido del apartado 1 sólo podrán crearse o utilizarse si

1. No se utilizan para la creación los datos siguientes:
 - a) categorías especiales de datos personales en el sentido del artículo 9, apartado 1, del Reglamento (UE) 2016/679,
 - b) el nombre del interesado o datos personales procedentes de su uso de redes sociales,
 - c) información sobre pagos entrantes y salientes hacia y desde cuentas bancarias, y
 - d) datos relativos a la dirección,

⁹ Vid. Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes, 7 de febrero de 2024, p. 11. Disponible en: <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/pressemitteilungen/DE/2024/02/bdsg-kabinett.html> Referencia en KRÜGER, «SCHUFA-Scoring ist eine von der DSGVO grundsätzlich verbotene "automatisierte Entscheidung im Einzelfall", sofern dem Score eine maßgebliche Rolle im Rahmender Kreditgewährung beigemessen wird», *VuR-Verbraucher und Recht*, 2024, p. 156.

2. No se refieren a un menor, y
3. Los datos personales utilizados
 - a) Puedan demostrarse adecuados para el tratamiento de datos personales sobre la base de un método científicamente método, sean demostrablemente pertinentes para el cálculo de la probabilidad del comportamiento específico y
 - b) No se traten para ningún otro fin.
- (3) En los casos contemplados en el apartado 1, número 2, sólo podrán tenerse en cuenta las reclamaciones relativas a un servicio debido que no se haya prestado a pesar de ser debido,
 1. Que hayan sido establecidos por una sentencia firme o una sentencia declarada provisionalmente ejecutiva o para los que exista un título de crédito con arreglo al artículo 794 de la Ley de Enjuiciamiento Civil,
 2. Que se hayan establecido de conformidad con la sección 178 del Código de Insolvencia y no hayan sido impugnadas por el deudor en la reunión de verificación,
 3. Que el deudor haya reconocido expresamente,
 4. Cuando:
 - a) el deudor haya recibido al menos dos recordatorios por escrito tras el vencimiento del crédito
 - b) el primer recordatorio se envió hace al menos cuatro semanas
 - c) el deudor haya sido informado previamente, pero como muy pronto en el momento del primer recordatorio, de la posible consideración por parte de una agencia de crédito y
 - d) el deudor no haya impugnado el crédito, o
 5. Cuya relación contractual subyacente pueda rescindirse sin preaviso debido a retrasos en el pago y respecto de la cual el deudor haya sido informado previamente de una posible contraprestación por una agencia de crédito.
- (4) Las personas responsables de compilar los valores probabilísticos en el sentido del apartado 1 deberán, a petición del interesado, facilitar la siguiente información de forma precisa, transparente, comprensible y fácilmente accesible en un lenguaje claro y sencillo:
 1. los datos personales del interesado y los criterios utilizados para la compilación,
 2. la ponderación de las categorías de criterios y de los criterios individuales entre sí que más influyen en el valor de probabilidad
 3. la importancia del valor de probabilidad específico y
 4. los valores de probabilidad creados y sus destinatarios.

La información necesaria a tal efecto se conservará durante un año.
- (5) La frase 2 del apartado 1 del artículo 34 no se aplicará a los responsables del tratamiento que creen o utilicen valores de probabilidad de conformidad con el apartado 1.
- (6) En relación con un responsable del tratamiento, el interesado tendrá derecho a impugnar la decisión basada en valores de probabilidad de conformidad con el apartado 1 y a expresar su punto de vista y la decisión de una persona física.»

Tal y como se ha hecho notar, la propuesta no garantiza necesariamente la licitud del tratamiento de datos de conformidad con el art. 6.1 RGPD, ya que esto debe examinarse por separado¹⁰.

6. Crítica

6.1. ¿Cuántas decisiones automatizadas admite el art. 22.1 RGPD, según el TJUE?

El razonamiento contenido en el § 63 de la STJUE es confuso. El TJUE no puede querer decir que para poder aplicar el art. 22 RGPD a la entidad crediticia hay que entender que, en realidad, concurren dos decisiones automatizadas, esto es, tanto la de la agencia de scoring como la de la

¹⁰ SESING-WAGENPFEIL/TRAMNITZ, «Zu den datenschutzrechtlichen Grenzen des Scorings von privaten Wirtschaftsauskunfteien», *ZIP- Zeitschrift für Wirtschaft*, núm. 16, 2024, p. 866.

entidad prestamista, porque todo el razonamiento de su sentencia parte de la consideración de que la actuación determinante es la de la agencia de scoring y, por consiguiente, ya no cabe una decisión ulterior distinta sobre la misma cuestión.

Quizás el TJUE solo sugiera que un razonamiento alternativo es posible, a base de entender que la decisión sobre el otorgamiento de crédito se desdobra en distintos actos, esto es, un acto preparatorio y otro ulterior definitivo que es, en realidad, la única decisión automatizada que cabría considerar¹¹. Efectivamente, si la decisión que adopta la entidad crediticia sobre la concesión de crédito se basa de forma predominante en los resultados del score automatizado externo, puede decirse que no existe intervención humana porque el prestamista no hace más que validar los datos que le proporciona un tercero (la agencia de scoring) y, por consiguiente, su participación es meramente simbólica¹². Sea como fuere, al TJUE tampoco le parecería correcta esa solución, puesto que considera que entonces sería la entidad financiera quien tendría que soportar la obligación de proporcionar información sobre la lógica implicada en el algoritmo y, según el TJUE, esta es información de la que ella misma no dispone.

6.2. La entidad de crédito siempre es responsable de la decisión automatizada

Que la entidad de crédito es quien toma la decisión automatizada es la solución lógica que debería haber prevalecido, porque es evidente que la empresa de scoring no tiene ningún interés en la decisión sobre la concesión o rechazo del crédito y, porque, además, al titular de los datos le importa poco quien calcule su puntuación. Tampoco se entendería que la entidad crediticia quedase liberada de responsabilidad por el solo hecho de que la decisión automatizada correspondiese a una empresa externa que, precisamente, actúa por encargo suyo¹³. Por consiguiente, si la decisión automatizada es de la entidad crediticia y resulta que esta obtiene (aunque solo sea en parte) de un tercero los datos referidos a la puntuación crediticia, está claro que esta se convierte a su vez en responsable de esos datos desde el momento en que decide tratarlos para sus propios fines. Es obvio, entonces, que la entidad crediticia también está obligada a proporcionar al interesado la información a la que le obliga el art. 14.2 letra g) RGPD

¹¹ En sentido parecido, HENSELER, «ECJ C-634/21: Credit score (of SCHUFA) as an automated decision», *datenrecht.ch*, 2023. Disponible en: <https://datenrecht.ch/en/eugh-c-634-21-kreditscore-der-schufa-als-automatisierte-entscheidung/>. Sin embargo, admiten que el concepto de «decisión» no incluye únicamente la decisión «final» y, por consiguiente, que las decisiones preliminares también merecen ser incluidas en el art. 22 RGPD, DAVIS/SCHWEMER, «Rethinking Decisions under Article 22 of the GDPR: Implications for Semi-Automated Legal Decision-Making», *Proceedings of the Third International Workshop on Artificial Intelligence and Intelligent Assistance for Legal Professionals in the Digital Workplace (LegalAIIA 2023)*, 2023, pp. 84, 86 ss. Disponible en: <https://ceur-ws.org/Vol-3423/paper8.pdf>

¹² GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29, «Directrices», p. 23: «Para ser considerada como participación humana, el responsable del tratamiento debe garantizar que cualquier supervisión de la decisión sea significativa»; AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (AEPD), «Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan Inteligencia Artificial. Una introducción», 2020, p. 28; CUSTERS/HEIJNE, «The right of access in automated decision-making: The scope of article 15(1)(h) GDPR in theory and practice», *Computer Law & Security Review*, 2022, pp. 4-5. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2022.105727>; PALMA ORTIGOSA, *Decisiones automatizadas y protección de datos*, 2022, pp. 64, 92, considera, por el contrario, que aunque el algoritmo tenga un peso muy relevante, el hecho de la intervención humana daría lugar a una decisión parcialmente automatizada y, por consiguiente, no se aplicaría el art. 22 RGPD. Una muestra de casos prácticos en que la intervención humana impide la calificación de la decisión como exclusivamente automatizada, en BARROS/ZANFIR-FORTUNA, «Automated Decision-Making Under the GPDR: Practical Cases from Courts and Data Protection Authorities», *Future of Privacy Forum*, 2022, pp. 28-34.

¹³ PAAL, «Article 22 GDPR: Credit Scoring Before the CJEU», *Global Privacy Law Review*, vol. 4, núm. 3, 2023, pp. 134-135.

y, en particular, información significativa sobre la lógica aplicada para la obtención de la puntuación.

Según puede leerse en las condiciones generales de la contratación de algunos bancos en Alemania¹⁴, Schufa ofrece a sus socios contractuales diversos modelos de puntuación específicos para cada sector o incluso para cada cliente. Sin embargo, aunque la empresa de scoring y el banco puedan coincidir en que ambas tienen la tarea de evaluar la solvencia de unos mismos clientes, ello no debe llevar a concluir que existe una determinación conjunta de los fines y medios del tratamiento y, por eso mismo, también una responsabilidad conjunta (arts. 4.7, 26 RGPD). De entrada, lo que la empresa de scoring cede y transmite son datos distintos a los que ella misma ha tratado, esto es, cede un dato nuevo, que es la puntuación resultante del perfilado. No hay, pues, responsabilidad conjunta por un «mismo tratamiento». Además, se diría que el fin que persigue la empresa de scoring con la actividad de puntuación de las personas es meramente obtener una remuneración, que, por supuesto es un fin que no coincide con el que persigue el banco, esto es, la concesión o la denegación de crédito. Está claro además que la empresa de scoring y el banco no utilizan una base de datos compartida, porque los clientes a quienes Schufa valora la solvencia son únicamente los potenciales clientes del banco que este le envía¹⁵.

Es probable que las agencias de crédito se nieguen a facilitar a los bancos aquella información pero, de acuerdo con las reglas de la competencia en el mercado, si eso ocurre lo más lógico será que el cliente recurra a otra empresa que sí que acceda a ello¹⁶. Por otra parte, si se considera la relación entre el prestamista y el prestatario exclusivamente desde el punto de vista de la DCC 2023, no cabe duda de que frente a este último el único responsable de la decisión sobre el otorgamiento o la denegación de crédito basada en el uso de un tratamiento automatizado es el primero. Eso ya indica que, naturalmente, la entidad bancaria debe poder obtener de la entidad de scoring las mismas informaciones que a su vez ella misma tiene el deber de proporcionar a los consumidores, titulares de los datos afectados por la decisión (art. 18.1 letra a DCC 2023). Lógicamente, eso deberá tener su reflejo en el clausulado de los contratos que concluyan las empresas de scoring con las entidades de crédito, en los que se deberán establecer las condiciones bajo las que se produce la cesión de datos, entre otras cosas porque el responsable del tratamiento receptor (la entidad bancaria prestamista) debe poder demostrar que lo ha obtenido lícitamente.

Por otro lado, la entidad crediticia es siempre responsable del tratamiento de los datos que ella misma posea, en su caso procedentes del interesado (art. 13.2 letra h RGPD), y/o que le

¹⁴Disponibles en: https://www.volksbank-brawo.de/content/dam/f12890/webcenter_4_9/formulare_downloads/Baufinanzierung/SCHUFA-Klausel%20zu%20Kreditantr%C3%A4gen.pdf

¹⁵Sobre responsabilidad conjunta, *vid.* últimamente Sentencia de 29 de julio de 2019, Fashion ID GmbH & Co. KG, C-40/17, EU:C:2019:629, paras. 70, 76; Sentencia de 5 de diciembre de 2023, Nacionalinis visuomenės sveikatos centras prie Sveikatos apsaugos ministerijos, C-683/21, EU:C:2023:949, para. 38. Además, EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD (EDPB), «Directrices 07/2020 sobre los conceptos de “responsable del tratamiento” y “encargado del tratamiento” en el RGPD» Versión 2.0, adoptada el 7 de julio de 2021, epígrafe 2.13, p. 15 y epígrafe 3. En general, MILLARD/KAMARINOU, «Article 26 GDPR Joint controllers», en KUNER/BYGRAVE/DOCKSEY (eds.), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR) A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2020, pp. 582 ss.

¹⁶SCHUMACHER/SCHAPIRO, «EuGH-Rechtsprechung zur Datenverarbeitung durch Wirtschaftsauskunfteien», *WuB - Entscheidungsanmerkungen zum Wirtschafts und Bankrecht*, 2024, p. 50, se preguntan si el TJUE no habrá intentando resolver un problema de derecho de la competencia con la normativa sobre protección de datos.

proporcione a la empresa de scoring, a quien debe considerarse la encargada de tratarlos (art. 4.8 RGPD)¹⁷.

Una cláusula tipo de transmisión de datos a Schufa sería la siguiente: «El Banco transmite a Schufa Holding AG los datos personales recogidos en el ámbito de la presente relación contractual relativos a la solicitud, ejecución y finalización de la presente relación contractual, así como los datos relativos a comportamientos no contractuales o fraudulentos. La base jurídica de estas transferencias es el art. 6, apdo. 1, letra b y el art. 6, apdo. 1, letra f del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD). Las transferencias sobre la base del Art. 6(1)(f) GDPR sólo pueden tener lugar si son necesarias para los fines de los intereses legítimos perseguidos por el Banco o por un tercero, salvo que prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de sus datos personales. El intercambio de datos con Schufa también sirve para cumplir las obligaciones legales de realizar controles de solvencia de los clientes (art. 505a del Código Civil alemán, art. 18a de la Ley bancaria alemana)¹⁸».

Ese encargo debe regirse por un contrato que vincula al encargado con el responsable (art. 28, 29) y que obliga a ambos a cumplir las disposiciones del RGPD. En particular, de acuerdo con el art. 28.3 letra e) el encargado debe asistir al responsable para que este pueda cumplir con su obligación de responder a las solicitudes que tengan por objeto el ejercicio de los derechos de los interesados establecidos en el capítulo III (entre ellos, el derecho a obtener información significativa sobre la lógica aplicada en la decisión automatizada, art. 14.1 letra g, art. 15.1 letra h RGPD).

En definitiva, si la responsabilidad por el tratamiento exclusivamente automatizado es de la entidad financiera, esta debe poder demostrar que se cumplen las disposiciones del RGPD (art. 5.2). Es, pues, lógico que pueda y deba obtener de la agencia de crédito la información necesaria para cumplir con el derecho que le incumbe frente al titular de los datos¹⁹, sin perjuicio de que, si se mantiene que la decisión automatizada corresponde a la empresa de scoring, el perjudicado también pueda dirigirse frente a ella ex art. 15.1 h) RGPD.

6.3. El carácter determinante del scoring

En la información sobre Schufa que proporcionan los bancos alemanes, se incorpora una cláusula en la que se especifica que es importante saber que Schufa no toma ninguna decisión y que, con la información y elaboración de perfiles se limita a apoyar a los socios contractuales afiliados en el proceso de toma de decisiones. Se añade que la decisión a favor o en contra de una transacción corresponde exclusivamente al socio comercial directo y que esto se aplica incluso si se tales decisiones se basan únicamente en la información facilitada por Schufa. Con ello se quiere decir

¹⁷ Además, el hecho de que la entidad bancaria responsable de los datos decida tratarlos con sistemas automatizados para sus propios fines no le permite tampoco escudarse en la carencia de información o el desconocimiento técnico para evadir su responsabilidad a la hora de auditar y decidir la adecuación del sistema. Vid. AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (AEPD), «Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan Inteligencia Artificial. Una introducción», 2020, p. 19.

¹⁸ A propósito de la cláusula Schufa, que autoriza la transmisión de datos en poder del banco, su socio contractual, ALVES LEAL, en MOURA VICENTE/SOARES PEREIRA/ALVES LEAL (eds.), *Legal Aspects of Autonomous Systems*, 2024, p. 347.

¹⁹ HENSELER, «ECJ C-634/21: Credit score (of SCHUFA) as an automated decision», 2023, *cit.*; PAAL, *Global Privacy Law Review*, núm. 3, 2023, p. 134; LUTSCHOUNIG, «Marsch/Kratz, Schufa-Scoring und Datenschutzaufsicht vor dem Aus?», *NJW- Neue Juristische Wochenschrift*, 2024, p. 393; SESING-WAGENPFEIL/TRAMNITZ, *ZIP- Zeitschrift für Wirtschaft*, núm. 16, 2024, p. 866.

que Schufa solo realiza una tarea preparatoria o, si se prefiere, que no influye en la toma de decisiones.

La STJUE C-634/21, Schufa, de 7 de diciembre de 2023, pone en cuestión este último planteamiento, a base de considerar que la decisión es de Schufa siempre que su calificación sea determinante para la posterior decisión por parte de la entidad crediticia. Esa solución encierra una gran inseguridad jurídica porque exige analizar en cada caso cuando el scoring es o no es determinante.

De acuerdo con la decisión adoptada por la STJUE C-634/21, Schufa, de 7 de diciembre de 2023, es preciso, pues, evaluar ex post caso por caso antes de poder determinar si la decisión se ha basado de forma determinante en el scoring. Es claro que las agencias de calificación crediticia no pueden saber de antemano si la entidad financiera va a basar su decisión sobre el otorgamiento de crédito únicamente o de forma predominante en el informe que estas le proporcionen²⁰. No está en sus manos la aplicación del art. 22 RGPD porque no pueden decidir hasta qué punto será determinante su «decisión» y porque tampoco pueden referirse a las circunstancias previstas en las letras a) y c) del art. 22.2 RGPD²¹. Se ha dicho por eso que, en adelante, las agencias de calificación crediticia incorporarán una cláusula con la prohibición de que la decisión sobre el establecimiento de una relación contractual entre el cliente y la entidad crediticia se base de un modo determinante en la puntuación proveniente de sus propias fuentes²². Sin embargo, obligar a considerar que los resultados que proporcionan las empresas de scoring no son relevantes en las decisiones que adopten sus clientes no es la mejor estrategia comercial y, además, contraviene el cada vez mayor peso que tienen los sistemas de valoración crediticia en una sociedad que depende más y más de la digitalización y la automatización²³. Por si acaso, Schufa ya ha declarado que la sentencia no cambia nada porque las entidades a las que ha consultado no utilizan su scoring de forma relevante, de manera que aquella solo podría tener efecto en los casos excepcionales en que las entidades de crédito se refieran a la importancia decisiva de la puntuación²⁴.

Puede dudarse seriamente de que la entidad financiera no tenga en cuenta criterios adicionales a los que le proporciona la empresa de scoring para comprobar el mérito crediticio de sus clientes²⁵. Sin embargo, esto no debería ser un obstáculo para admitir que el scoring puede

²⁰ Así, HENSELER, «ECJ C-634/21: Credit score (of SCHUFa) as an automated decision», 2023, *cit.*

²¹ PAAL, *Global Privacy Law Review*, núm. 3, 2023, p. 137.

²² LUTSCHOUNIG, *NJW*, 2024, p. 393.

²³ LANGENBUCHER, «Die Schufa vor dem EuGH», *BKR- Bank und Kapitalmarktrecht*, 2024, p. 66; KRÜGER, *VuR*, 2024, pp. 155-156.

²⁴ LANGENBUCHER, *BKR*, 2024, p. 66

²⁵ SPINDLER, «Algorithms, credit scoring, and the new proposals of the EU for an AI Act and on a Consumer Credit Directive», *Law and Financial Markets Review*, vol. 15, núm. 3-4, 2021, p. 248: «§18a German Banking Act (*Kreditwesengesetz*), implementing art 18 Mortgage Credit Directive, require a bank to check thoroughly the creditworthiness of a consumer so that – in theory – any financial decision of a bank, etc., has to be based on more than just one credit score». A propósito de Schufa, LUTSCHOUNIG, *NJW*, 2024, p. 393. En general, PEREL/PLATO-SHINAR, en REMOLINA/GURREA-MARTÍNEZ (eds.), *Artificial Intelligence in Finance*, 2023, p. 155. Además, ASSOCIATION OF CONSUMER CREDIT INFORMATION SUPPLIERS (ACCIS), «Artificial Intelligence. Policy Recommendations for a Balanced Application of the EU Act», 2022, p. 1: «In meeting the obligation to assess creditworthiness, a lender typically considers its own data and processes, the data supplied by the borrower in the credit application, as well as the information (and services) provided by CRAs». Disponible en: <https://accis.eu/wp-content/uploads/2022/06/ACCIS-Position-paper-on-the-EUs-Artificial-Intelligence-Act->

continuar siendo relevante en tales casos. En Alemania, serán las normas internas de cada entidad las que decidirán qué tipo de calificación Schufa necesitan para aceptar a un cliente. Por consiguiente, lo único que se exige para continuar afirmando que la decisión es automatizada es establecer criterios para saber cuándo se da tal relevancia o el scoring tiene carácter determinante.

7. De la decisión exclusivamente automatizada al uso de un tratamiento automatizado de datos

Si el peso que tiene el scoring es relevante o determinante y ya tiene en si mismo la naturaleza de decisión, no debería ser posible que el carácter automatizado de la misma quedara desvirtuado por el hecho de que los procesos internos de la entidad bancaria que valoran la puntuación y adoptan una decisión final sobre el otorgamiento de crédito no sean a su vez automatizados. En tal caso, el interesado siempre debería tener derecho al suministro de información o a explicaciones adecuadas sobre la forma en que tal decisión se adoptó y sobre la lógica del algoritmo. Frente a la empresa de scoring responsable del tratamiento de datos bastaría alegar el art. 15.1 letra h) RGPD; pero ¿cómo podrá saber el perjudicado por la denegación de crédito si la puntuación ha tenido un peso relevante cuando pida explicaciones al prestamista? Frente a este último, debe regir la inversión de la carga de la prueba²⁶. Por lo demás, que esas explicaciones se deben poder exigir al prestamista está fuera de duda, como enseguida se explicará.

El art. 18.8 DCC 2023 se aparta del art. 22.1 RGDP y de la interpretación que del mismo acaba de hacer la STJUE C-634/21, Schufa, de 7 de diciembre de 2023. No es solo que el precepto establezca una excepción al art. 22.1 RGDP, sobre la base de lo dispuesto en el art. 22.2 letra b) RGPD,²⁷ sino que ya no exige que la decisión del prestamista se base en un tratamiento exclusivamente automatizado, porque solo se refiere al «uso» de tratamientos automatizados de datos por su parte. El precepto no distingue entre el modelo de negocio de las plataformas de préstamos rápidos en línea en la que no hay intervención humana (e.g. Buy Now, Pay Later),²⁸ esto es, propiamente, el modelo de decisiones automatizadas, y el modelo del prestamista tradicional que, antes de tomar decisiones personalizadas, se sirve de los inputs que le proporcionan las agencias de scoring.²⁹ De acuerdo con la DCC 2023, basta con que la evaluación de la solvencia implique un procesamiento automatizado de datos personales, sin necesidad de que, además, la decisión deba considerarse adoptada automáticamente o se base de modo predominante en ese tratamiento automatizado.

[2022-31012022.pdf](#). Sobre los criterios de ponderación por riesgo a aplicar por las entidades bancarias en caso de múltiples evaluaciones externas, *vid.* COMITÉ DE SUPERVISIÓN BANCARIA DE BASILEA, *Convergencia internacional de medidas y normas de capital*, 2006, p. 30 [núms. 96-98].

²⁶ LANGENBUCHER, *BKR*, 2024, p. 67.

²⁷ Así, MARÍN LÓPEZ, «Tratamiento automatizado de datos en el credit scoring: la STJUE de 7 de diciembre de 2023 y sus efectos en la Directiva de contratos de crédito al consumo», *Publicaciones Jurídicas CESCO*, 2024 p. 5. Disponible en: https://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Tratamiento_automatizado_de_datos_en_el_credit_scoring.pdf

²⁸ A propósito de este modelo de negocio, *vid.* MACHURA-URBANIÁK/LUPINU, «“Buy Now, Pay Later” (BNPL) Payment Services. Opportunities and Legal Challenges for EU Consumers and Businesses», *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 12, núm. 5, 2023, pp. 184 ss.

²⁹ SPINDLER, *Law and Financial Markets Review*, vol. 15, núm. 3-4, 2021, p. 258; ARROYO AMAYUELAS, «The Third Directive on consumer credit», *European Review of Contract Law*, vol. 20, núm. 1, 2024, p. 11. Favorable a ese planteamiento, EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISION (EDP), «Opinion 11/2021 on the Proposal for a Directive on consumer credits», 2021, p. 9 [núm. 27].

Por consiguiente, independientemente del alcance y la interpretación que merezca el art. 22 del RGPD, el planteamiento de la DCC 2023 es otro, porque da importancia a la valoración de la solvencia realizada por las agencias de scoring a petición del prestamista, sin importar que este acepte y asuma el resultado, que la decisión sobre el crédito se adopte sobre la base de nuevos datos, o, en fin, independientemente del peso que tenga el scoring en la decisión final. En esto, la norma coincide con el art. 86.1 RIA, que tampoco exige que la decisión automatizada que afecte jurídicamente al interesado o tenga de modo similar un efecto perjudicial para su salud, su seguridad o sus derechos fundamentales, descansa únicamente o principalmente en el tratamiento automatizado.³⁰

8. Reflexiones finales

8.1. La STJUE C-634/21, Schufa, de 7 de diciembre de 2023 genera inseguridad jurídica

La calificación crediticia se ha visto enormemente facilitada, gracias al proceso de aprendizaje basado en datos que proporciona la inteligencia artificial. Sin embargo, el cálculo de la solvencia por parte de las agencias de credit scoring no debería constituir una decisión individual automatizada, de acuerdo con el art. 22 RGPD, sino una ayuda para la toma de decisiones de los clientes de tales agencias, que son, entre otros, las entidades de crédito. Sin embargo, la STJUE C-634/21, Schufa, de 7 de diciembre de 2023 acaba de decidir que la agencia de crédito que crea una puntuación o valor de probabilidad basado en datos personales respecto a la capacidad de una persona para cumplir futuras obligaciones de pago, no se limita a elaborar perfiles, sino que es quien adopta la decisión automatizada, siempre que esta puntuación o valor de probabilidad sea un factor decisivo para determinar si un tercero al que se le transmite, establece, ejecuta o pone fin a una relación contractual con esta persona. La razón -se dice- es que una puntuación inadecuada lleva al banco a denegar el crédito en casi todos los casos. Por eso mismo -siguiendo el razonamiento de la sentencia- esa puntuación o valor de probabilidad no estará cubierta por el art. 22 RGPD cuando los prestamistas atribuyan un peso significativo a otros factores. Tener que decidir caso por caso cuándo la puntuación tiene un peso decisivo genera inseguridad jurídica y fomenta la existencia de pactos que obliguen a la entidad crediticia a tener en cuenta otros factores, cuya licitud quién sabe cómo acabarán valorando los tribunales. Sorprende, por otro lado, que el TJUE no repare en que lo normal debería ser que los contratos obligasen a la empresa de scoring a ceder la información que sus clientes -los bancos- están obligados a proporcionar a sus clientes.

8.2. Lo importante es el scoring automatizado, independientemente de cómo se adopte la decisión ulterior

Por otro lado, si es la propia determinación automatizada de la puntuación la que queda sujeta a los requisitos del art. 22 RGPD, entonces lo importante es el scoring y no la decisión ulterior basada en él que adopte la entidad prestamista; por consiguiente, independientemente de que sea o no automática esa decisión ulterior, cualquier afectado por el uso de un tratamiento de

³⁰ LANGENBUCHER, *BKR*, 2024, p. 67.

datos automatizado debería tener los mismos derechos que los que se otorgan a los afectados por decisiones exclusivamente automatizadas en los casos excepcionales en que estas se admiten³¹.

Ni la DCC 2023 ni el Reglamento UE 2024/1689, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (RIA)³² excluyen la aplicación del RGPD, pero ambos admiten el derecho de los sujetos que se han visto perjudicados por el simple uso de un tratamiento automatizado de datos a obtener explicaciones adecuadas; no se exige que, además, estas se hayan adoptado de forma completamente automatizada. De hecho, en la DCC 2023 los derechos del afectado se extienden tanto a los previstos en el art. 15.1 letra h) como en el art. 22.3 RGPD y su ejercicio ni siquiera exige tener que alegar un perjuicio.

8.3. Lo que la STJUE C-634/21, Schufa, de 7 de diciembre de 2023, no dice: ¿Qué explicaciones sobre la lógica del algoritmo son necesarias?

A propósito de las explicaciones sobre la lógica aplicada por el algoritmo, las conclusiones del Abogado General, eran mucho más explícitas sobre la necesidad de dar a conocer al consumidor el método empleado por el algoritmo, las razones del resultado obtenido y la importancia de los datos desde el punto de vista agregado:

«(§ 57): [...] el objetivo real del artículo 15, apartado 1, letra h), del RGPD consiste en garantizar que el interesado obtenga información de una forma comprensible y accesible, según sus necesidades. En mi opinión, estas exigencias excluyen ya la posibilidad de una obligación de divulgar el algoritmo, habida cuenta de su complejidad [...]; (§ 58): [...] la obligación de proporcionar «información significativa sobre la lógica aplicada» debe entenderse en el sentido de que incluye explicaciones suficientemente detalladas sobre el método utilizado para el cálculo del score y sobre las razones que han conducido a un resultado determinado. En general, el responsable del tratamiento debería proporcionar al interesado información general, en particular sobre los factores que se han tenido en cuenta en el proceso de toma de decisiones y sobre su importancia relativa desde el punto de vista agregado, que también le resulte útil para impugnar cualquier «decisión» en el sentido del artículo 22, apartado 1, del RGPD»³³.

Por el contrario, el TJUE deja sin resolver qué puede exigir el consumidor al responsable del tratamiento de datos y aún está pendiente de resolver una petición de decisión prejudicial del Verwaltungsgericht Wien (Austria), de 16 de marzo de 2022, Dun & Bradstreet Austria (Asunto C-203/22)³⁴, que, entre otras cuestiones, plantea precisamente qué información es «significativa» en el sentido del art. 15.1 letra h) RGPD, si esta se vincula con el derecho a oponerse a la decisión, y cómo se conjuga el derecho a la protección de datos con el derecho al secreto comercial.

A la espera de lo que acabe concluyendo el TJUE en la resolución de esa cuestión prejudicial, se diría que los acuerdos entre las empresas de scoring y sus clientes no deberían escudarse por más tiempo en el secreto empresarial, porque entonces es fácil que el prestamista incumpla sus

³¹ Favorable a ese planteamiento, COTINO HUESO, «La primera sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre decisiones automatizadas y sus implicaciones para la protección de datos y el Reglamento de inteligencia artificial», *Diario La Ley*, núm. 80, 2024, pp. 4-5.

³² DOUE L de 12.7.2024

³³ Destaca la insuficiencia del RGPD en la protección de los datos inferidos, como es típicamente el caso en la elaboración de perfiles, cuando ello no forma parte de una decisión automatizada, y propone dotar siempre al sujeto de un derecho a obtener explicaciones, SILVEIRA, *UNIO-EU Law Journal*, núm. 2, 2023, pp. 82 ss.

³⁴ DOUE C, de 7 de junio de 2022, pp. 19-21.

deberes frente al consumidor, que de este modo vería sus derechos vulnerados. Esos derechos, así como los deberes que frente a este último establece la DCC 2023 (art. 18.1 letra a), coinciden con los requisitos que las normas de soft law de la Autoridad Bancaria Europea exigen a las entidades bancarias, al utilizar modelos automatizados para la evaluación de la solvencia y la toma de decisiones crediticias. Según esas normas, las instituciones deben comprender «los modelos utilizados, su metodología, los datos de entrada, supuestos, limitaciones y resultados» y «si se requieren explicaciones durante el uso de los modelos, habrá que considerar la posibilidad de desarrollar un modo interpretable»³⁵. De esos deberes no puede zafarse el banco por el hecho de que el tratamiento automatizado lo lleve a cabo un tercero y, tras la promulgación del RIA, ni uno ni otro pueden escudarse ya en el problema de la caja negra³⁶.

Efectivamente, los sistemas automatizados de valoración de la solvencia (art. 6.2; Anexo III 5 b) siempre requieren la adopción ex ante de medidas de gestión del riesgo (art. 9 RIA), un plan adecuado de gobernanza de los datos (art. 10 RIA), un sistema de gestión de la calidad (art. 17 RIA) y una previa verificación sobre el impacto sobre los derechos fundamentales que, en su caso, complementará la que debe llevarse a cabo en cumplimiento del art. 35 RGPD (Cdo 96, art. 27.4 RIA). Eso incluye a las entidades financieras (y de seguros), en la medida en que utilicen o desplieguen sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo, esto es, bajo su propia autoridad y con fines profesionales (Cdo 96, art. 3.4, 3.8 RIA). Además, las entidades financieras que hayan introducido en el mercado o puesto en servicio sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo, no quedan exentas de establecer un sistema de vigilancia post comercialización de forma proporcionada a la naturaleza de las tecnologías de inteligencia artificial utilizadas y a los riesgos que estas comportan (art. 72.1 y 4 RIA).

El RIA obliga a proporcionar explicaciones adecuadas a quien resulte perjudicado por el sistema de inteligencia artificial de alto riesgo (art. 86.1) y no puede cercenarse ese derecho contrarrestándolo con el límite que podría suponer el énfasis que el RIA (igual que otras normas) pone en el deber de proteger la propiedad intelectual o industrial o a la protección de los secretos comerciales³⁷. Sin perjuicio de esto último, la tendencia en el *acquis communautaire* a asegurar la transparencia en las relaciones de las empresas con los consumidores exige que la toma en consideración de los intereses comerciales no aboque a la negativa a revelar los factores que se han tenido en cuenta para el proceso de toma de decisiones y su peso respectivo³⁸, en la línea de

³⁵ EUROPEAN BANKING AUTHORITY (EBA), «Guidelines on Loan Origination and Monitoring. Final Report», 2020, pp. 25-26 [núms. 53 (en particular, letra d) y 54-55] y Annex II. Antes, en un contexto previo a la explosión de la inteligencia artificial, pero refiriéndose al uso de modelos estadísticos y otros métodos automáticos, *vid.* art. 174 del Reglamento (UE) 575/2013, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito.

³⁶ Sobre el diseño de software que explican esos modelos, EMRE, «Contesting Automated Decisions: A View of Transparency Implications», *European Data Protection Law Review*, vol. 4, núm. 4, 2018, p. 444.

³⁷ Considerandos 48, 88, 107, 167, art. 25.5, 52.6, 53.1 b), 78.1 a), 100.5, Anexo VII 4.5. Es significativo que, a propósito de la protección de secretos, el Considerando 63 RGPD establezca: «[N]o obstante, estas consideraciones no deben tener como resultado la negativa a prestar toda la información al interesado». Insiste en que el deber de transparencia tiene un alcance, valorable caso por caso, que va mucho más allá del derecho a informar sobre el algoritmo, EMRE, *European Data Protection Law Review*, vol. 4, núm. 4, 2018, in totum.

³⁸ Los motores de búsqueda en línea están obligados a revelar los parámetros que son significativos para la clasificación respectiva y su ponderación (Considerando 20 y art. 3.7 Directiva Ómnibus (UE) 2019/2161, que modifica el Anexo I Directiva 2005/29, sobre prácticas comerciales desleales e introduce un nuevo art. 11 bis). La misma transparencia, en contratos B2B, es exigida por el Reglamento (EU) 2019/1150, de 20.6.2019 (Considerandos 24-27, art. 5). Además, art. 7.4 bis Directiva 2005/29 y art. 6 bis 1 letra a) Directiva 2011/83/EU, sobre los derechos de los consumidores, de acuerdo con la reforma efectuada, respectivamente, por los arts. 3.4

lo que desde hace tiempo se viene reclamando doctrinalmente, no solo en el ámbito privado³⁹, sino también en el público de la Administración⁴⁰.

En España, la información significativa sobre la lógica aplicada por el algoritmo en las decisiones automatizadas a que hace referencia el art. 22 RGPD exige proporcionar información que permita entender el comportamiento del tratamiento y, como ejemplo, la Agencia Española de Protección de Datos, señala:

«el detalle de los datos empleados para la toma de decisión, más allá de la categoría [...], la importancia relativa que cada uno de ellos tiene en la toma de decisión; la calidad de los datos y el tipo de patrones utilizados; los valores de precisión o error según la métrica adecuada para medir la bondad de la interferencia [...]».⁴¹

En este orden de cosas, la Autoridad sueca de Protección de datos (IMY) dictó una resolución el 29 de marzo de 2022, en que estableció que determinado banco no facilitaba información sobre la lógica subyacente en los procesos de puntuación, o qué tipo de datos se incluían en la información financiera, su importancia, o cuáles tenían un papel decisivo a la hora de tomar una

letra b) y 4.5 de la Directiva Ómnibus (UE) 2019/2161 (vid. también Considerandos 23, 26). *Idem*, art. 26.1 d) y art. 27.2 letras a) y b) Reglamento (UE) 2022/2065, de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales), en cuanto a la transparencia sobre los principales parámetros utilizados para determinar el destinatario al que se presenta la publicidad y, en su caso, sobre cómo modificar dichos parámetros y, lo mismo, en cuanto a los sistemas de recomendación.

³⁹ A propósito del RGPD, GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29, «Directrices», p. 30. Conforme, SANCHO, «Automated Decision-Making under Article 22 GDPR. Towards a More Substantial Regime for Solely Automated Decision-Making», en EBERS/NAVAS (eds.), *Algorithmics and Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, p. 153. En cuanto al scoring automatizado, HACKER/PASSOTH, «Varieties of AI Explanations under the Law. From the GDPR to the IA, and Beyond», en HOLZINGER *et al.* (eds.), *xxAI-Beyond Explainable AI*, Springer, Cham, 2022, pp. 348-350.

⁴⁰ Sentencia de 21 de junio de 2022, Ligue des droits humains, C-817/19, EU:C:2022:491, para. 210: «[...] las autoridades competentes deben asegurarse de que el interesado, al que no necesariamente se permite, en el procedimiento administrativo, tomar conocimiento de los criterios de evaluación predeterminados y de los programas que aplican tales criterios, pueda comprender el funcionamiento de esos criterios y de esos programas, de forma que pueda decidir, con pleno conocimiento de causa, si ejerce o no su derecho a un recurso judicial [...], con objeto de cuestionar, en su caso, el carácter ilícito y, en particular, discriminatorio de los mencionados criterios (véase, por analogía, la sentencia de 24 de noviembre de 2020, Minister van Buitenlandse Zaken, C-225/19 y C-226/19, EU:C:2020:951, para. 43 y jurisprudencia citada) [...]». En el ámbito de la Administración pública, la doctrina española insiste en la necesidad que la Administración dé a conocer el código fuente o, cuando menos, documentación sobre los datos que utiliza el algoritmo y cómo funciona. Así, CERRILLO MARTÍNEZ, «Com obrir les caixes negres de les Administracions Públiques? Transparència i rendició de comptes en l'ús dels algorismes», *RCDP - Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 58, 2019, pp. 18-19. Expresa su preocupación por la ineficacia en el control de la toma de decisiones automatizadas por las Administraciones públicas, SORIANO ARNANZ, «Decisiones automatizadas: Problemas y soluciones jurídicas. Más allá de la protección de datos», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 3, 2021, pp. 111-112. Muestra una tendencia a la transparencia y revelación de datos, PALMA ORTIGOSA, *Decisiones automatizadas y protección de datos*, pp. 194 ss. Sin embargo, la SAN, de 30 de abril de 2024, Sala Contencioso-Administrativa, Sección 7ª, niega el acceso al código fuente de una aplicación con la que se gestiona el bono social, en parte sobre la base del art. 14.1 letra j) de la L. 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que permite limitar el acceso a la información pública cuando ello pueda suponer un perjuicio al secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial.

⁴¹ AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (AEPD), «Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan Inteligencia Artificial. Una introducción», 2020, p. 24.

decisión negativa, o las consecuencias previsibles para los interesados, y entendió que eso infringía los art. 13.2 letra f) y 14.2 letra g) RGPD⁴².

No muy distinto empieza a ser el camino seguido por la jurisprudencia en otros países. En un caso sobre conductores de vehículos que vieron sus contratos rescindidos por actos fraudulentos y que pedían explicaciones sobre cómo los sistemas de Ola y Uber habían determinado que habían cometido fraude, la Sentencia del Tribunal de Apelación de Amsterdam, de 4 de abril de 2023, Ola Netherlands BV estableció:

«What matters is that Ola at least explains on the basis of which factors and what weighting of those factors Ola arrives at the fraud probability score respectively the earning profile as well as the allocation of rides and also provides [appellant sub 1] c.s. with other information necessary to understand the reasons for those decisions [...] with regard to “fraud probability”, Ola has only sufficed with a very brief explanation of ‘some of the current relevant rules’. With regard to the “earning profile”, Ola has only sufficed to state which cohorts exist and in which cohort [appellant sub 1] c.s. have been classified, with some mention of the two parameters used. In the court’s view, this falls far short of the information required by Article 15(1)(h) AVG, as interpreted by the EDPB» (núm. 3.48)⁴³.

Ese mismo día, la Sentencia del Tribunal de Apelación de Amsterdam, Uber drivers declaraba, a su vez:

«Uber has failed to demonstrate that the documents it cited and the website it cited comply with the requirements under Article 15(1)(h) AVG, read in light of the EDPB Guidelines. For example, Uber has not explained sufficiently concretely the manner in which it provides information on the factors considered in the decision-making process and their respective weighting at an aggregate level. Nor has it otherwise been shown that the information is complete enough for [appellant sub 1] , [appellant sub 2] and [appellant sub 4] to understand the reasons for the deactivation decision taken against them. It is not sufficient for Uber to explain in it what actions may lead to deactivation, as Uber argued at the hearing. What matters is that Uber should at least explain on the basis of what factors and what weighting of those factors Uber arrived at that decision and also provide [appellant sub 1] et al with other information necessary to understand the reasons for the decisión» (núm. 3.28)⁴⁴

Y aun otra Sentencia del Tribunal de Apelación de Amsterdam de la misma fecha, Uber drivers, siguió diciendo lo siguiente:

«What matters is that Uber at least explains on the basis of what factors and what weighting of those factors Uber arrives at the ride-sharing decisions, fare decisions and average ratings,

⁴² Para una traducción inglesa de la sentencia: [https://gdprhub.eu/index.php?title=IMY_\(Sweden\)-DI-2019-4062](https://gdprhub.eu/index.php?title=IMY_(Sweden)-DI-2019-4062). Sucinta referencia en BARROS/ZANFIR-FORTUNA, *Future of Privacy Forum*, 2022, p. 21.

⁴³ Gerechtshof Amsterdam, sentencia de 4 de abril de 2023 - 200.295.806/01, ECLI:NL:GHAMS:2023:804 (Tribunal de Apelación de Ámsterdam). Disponible en inglés: <https://www.workerinfoexchange.org/post/historic-digital-rights-win-for-wie-and-the-adcu-over-uber-and-ola-at-amsterdam-court-of-appeal>

⁴⁴ Gerechtshof Amsterdam, sentencia de 4 de abril de 2023 - 200.295.742/01, ECLI:NL:GHAMS:2023:793 (Tribunal de Apelación de Ámsterdam). Disponible en inglés: <https://www.workerinfoexchange.org/post/historic-digital-rights-win-for-wie-and-the-adcu-over-uber-and-ola-at-amsterdam-court-of-appeal>

respectively, and also provides [appellant sub 1] et al with other information necessary to understand the reasons for those decisions.» (núm. 3.43)⁴⁵

La STJUE C-634/21, Schufa, de 7 de diciembre de 2023, concede el derecho de los particulares a conocer cómo les afecta la automatización en la toma de decisiones, sin ulterior concreción. Sin embargo, se diría que del hecho de que la STJUE C-634/21, Schufa, de 7 de diciembre de 2023, haya concluido que es la empresa de scoring la única que puede y debe salvaguardar los derechos de los afectados previstos en el RGPD, cabría deducir que los consumidores pueden esperar algo más que explicaciones genéricas o a grandes rasgos⁴⁶. Estos deberían poder saber qué datos y, sobre todo, qué peso concreto han tenido en la decisión adoptada, esto es, cómo se han combinado y, en definitiva, como se ha llevado a cabo su puntuación, no solo porque saber cómo funciona el algoritmo les permite mejorarla en el futuro, sino, sobre todo, porque, de otro modo, difícilmente podrán oponerse a las condiciones con que la empresa de scoring responsable del tratamiento automatizado trata sus datos, bien frente a ella, bien frente al prestamista, que es el responsable último de la concesión de crédito.

No debe sorprender, pues, que la STJUE C-634/21, Schufa, de 7 de diciembre de 2023, haya propiciado reformas legislativas en algunos países, con el fin de reforzar la transparencia. Según el ya citado § 37a (4) del Proyecto de ley de reforma de la Ley Federal alemana de Protección de Datos (*Bundesdatenschutzgesetzes*, BDSG), los responsables del tratamiento que elaboren valores probabilísticos en el sentido del § 37a (1) deban facilitar, a petición del interesado, la siguiente información de forma concisa, transparente, inteligible y fácilmente accesible, utilizando un lenguaje claro y sencillo: 1. Los datos personales del interesado y los criterios utilizados para la compilación; 2. La ponderación de las categorías de criterios y de los criterios individuales entre sí, que más influyen en el valor de probabilidad; 3. La importancia del valor de probabilidad específico; y 4. Los valores de probabilidad creados y sus destinatarios.

Se ha demostrado, en fin, que otros países ya gozan de un nivel de transparencia superior, y que eso no ha traído consigo la quiebra del modelo,⁴⁷ porque cuando se afirma que el consumidor o titular de los datos tiene derecho de información sobre el funcionamiento del algoritmo, con ello no se pretende imponer el deber a proporcionar explicaciones matemáticas -ello contravendría la exigencia de que las explicaciones fueran claras y comprensibles (art. 18.8 letra a) DCC 2023)⁴⁸-, ni tampoco se quiere dar a entender que es preciso revelar la fórmula con la que opera el algoritmo a nivel global. Si se pretendiera esto último -*quod non*- tampoco debe perderse de vista que las normas que protegen los secretos comerciales prevén excepciones⁴⁹ y/o reconocen que la

⁴⁵ Gerechtshof Amsterdam, sentencia de 4 de abril de 2023 - 200.295.747/01, ECLI:NL:GHAMS:2023:796 (Tribunal de Apelación de Ámsterdam). Disponible en inglés: <https://www.workerinfoexchange.org/post/historic-digital-rights-win-for-wie-and-the-adcu-over-uber-and-ola-at-amsterdam-court-of-appeal>

⁴⁶ KRÜGER, *VuR*, 2024, p. 156.

⁴⁷ Sobre el peso específico que otorga Fico-Score en Estados Unidos a distintos elementos, *vid.* <https://fastercapital.com/es/tema/comprehsi%C3%B3n-del-algoritmo-de-puntuaci%C3%B3n-fico.html>. Con todo, se denuncia poca claridad en el significado o determinación de algunos conceptos, como por ejemplo “historial de pagos”. Así, BEDNARZ/PRZHEDETSKY, «AI Opacity in the Financial Industry and How to Break It», en BEDNARZ/ZALNIERIUTE (eds.), *Money, Power and AI. Automated Banks and Automated States*, Cambridge University Press, Cambridge, 2023, p. 73.

⁴⁸ En esa línea, pero sin citar la DCC 2023, *vid.* las conclusiones del Abogado General de 16 de marzo de 2023, SCHUFA Holding (Scoring), C-634/21, EU:C:2023:220, para. 57.

⁴⁹ Así, la Directiva (UE) 2016/943, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación

información secreta se puede proteger de manera adecuada, de manera que tal secreto no debe afectar al conocimiento que legítimamente puedan/deban tener terceros a proteger sus derechos⁵⁰. Así lo recuerda, recientemente, la Propuesta de Directiva sobre inteligencia artificial y daños⁵¹:

«[...] los órganos jurisdiccionales nacionales deben estar facultados para adoptar medidas específicas para garantizar la confidencialidad de los secretos comerciales durante y después del procedimiento, al tiempo que se logra un equilibrio justo y proporcionado entre el interés de confidencialidad del poseedor del secreto comercial y el interés de la persona perjudicada. Esto debería incluir al menos medidas para restringir el acceso a los documentos que contengan secretos comerciales o presuntos secretos comerciales y el acceso a las audiencias a un número limitado de personas, o permitir el acceso a documentos o transcripciones de audiencias previamente expurgados. Al decidir sobre estas medidas, los órganos jurisdiccionales nacionales deben tener en cuenta: i) la necesidad de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juicio imparcial; ii) los intereses legítimos de las partes y, en su caso, de terceros; y iii) los posibles perjuicios para cualquiera de las partes y, en su caso, para terceros, derivados de la concesión o denegación de esas medidas» (Cdo 32).

En cualquier caso, es sabido que existen formas alternativas para explicar como funciona el score sin comprometer los secretos comerciales⁵².

9. Conclusión

En España, ofrecen prospectiva del riesgo de crédito empresas como Equifax, Experian o Asnef, pero la mayoría solo recopilan información sobre morosidad.⁵³ Además, por lo general, las entidades crediticias españolas tienen su propio scoring interno, muchas veces todavía basado en métodos estadísticos.⁵⁴ Seguramente por eso, la STJUE C-634/21, de 7 de diciembre de 2023,

ilícitas, que, con todo, no se refiere específicamente a los algoritmos. Sin embargo, *vid.* MAGGIOLINO, «EU Trade Secrets Law and Algorithmic Transparency», *Bocconi Legal Studies Research Paper No. 3363178*, 2019. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3363178>, que apunta a una protección limitada del algoritmo en ciertos casos. También, SCHNEIDER, «Verificabilità del trattamento automatizzato dei dati personali e tutela del segreto commerciale nel quadro europeo», *Mercato Concorrenza Regole*, núm. 2, 2019, pp. 374 ss., pp. 380 ss.

⁵⁰ Así, art. 5.3 Directiva 2014/104, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea. En el derecho nacional, art. 283 bis letra b) LEC.

⁵¹ Bruselas, 28.9.2022, COM(2022) 495 final. *Vid.* Considerandos 31, 32, art. 8.

⁵² HACKER/PASSOTH, en HOLZINGER *et al.*, (eds.), *xxAI-Beyond Explainable AI*, 2022, p. 350; GUERRERO OVEJAS, *Jean Monnet Chair of European Private Law Working Paper 5/2024*, pp. 43-44.

⁵³ Sobre el particular, CUENA CASAS/PRATS ALBENTOSA (coords.), *Préstamo responsable y fichero de solvencia*, 2014; MAS BADIA, *Sistemas privados de información crediticia: nueva regulación entre la protección y el crédito responsable*, 2021, pp. 47 ss. A propósito de la reclamación de daños por vulneración del derecho al honor por la inclusión de datos personales en ficheros de morosos, ALKORTA IDIÁKEZ, «Comentario a la STS de 20 diciembre de 2022 (RJ 2022, 5668). Ficheros de morosos tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 122, 2023, pp. 355 ss., RR-19-1.

⁵⁴ Lo considera algo generalizado, ASSOCIATION OF CONSUMER CREDIT INFORMATION SUPPLIERS (ACCIS), «Artificial Intelligence. Policy Recommendations for a Balanced Application of the EU Act», 2022, p. 2: «AI is, however, still a relatively new technology. We estimate that 90 – 95 % of the scoring models used today are based on traditional statistical techniques which have been in use for decades under the supervision of competent authorities. Only 5-10% of all the models are based on new advanced AI, which includes machine learning techniques». Disponible en: <https://accis.eu/wp-content/uploads/2022/06/ACCIS-Position-paper-on-the-EUs-Artificial-Intelligence-Act-2022-31012022.pdf>. También, GUERRERO OVEJAS, *Jean Monnet Chair of European Private Law Working Paper 5/2024*, p. 60.

es menos trascendente en España de lo que pueda serlo en otros países y, naturalmente, entre ellos y, principalmente, Alemania. Por otro lado, la sentencia es interesante porque permite afirmar que el conocimiento que adquiriera la entidad bancaria gracias a la empresa de score y sobre cuya base tomará luego una decisión, no lleva necesariamente a la exclusión de la aplicación del art. 22 RGPD. El razonamiento es que el credit scoring puede constituir una decisión automatizada, incluso en los casos en que un humano acabe decidiendo luego la denegación o concesión del crédito, aunque para ello haya que probar el peso decisivo del scoring en dicha decisión. Por el contrario, hasta la fecha, la Autoridad Española de Protección de Datos ha razonado de modo distinto, por lo menos si se tiene en cuenta la resolución de 5 de enero de 2021, en un procedimiento sancionador contra CaixaBank, que consideró que la preconcesión de créditos a precios ajustados al perfil del cliente constituía simplemente una base sobre la cual luego los empleados del banco debían tomar las decisiones individuales, lo cual se deduce del hecho de no haber probado la ausencia de intervención humana (ergo, esta se presupone aun en aquellos casos):

«[...] la instrucción del procedimiento no ha permitido constatar que Caixabank lleve a cabo tratamientos de datos como los regulados en este artículo 22 del RGPD, es decir, que adopte decisiones basada únicamente en el tratamiento automatizado y que produzcan efectos jurídicos en el interesado o le afecten significativamente de modo similar. // Algunos tratamientos de datos conllevan la utilización de perfilados de los que podrían resultar efectos discriminatorios para los interesados (como, por ejemplo, créditos preconcedidos, precios ajustados al perfil del cliente, beneficios y promociones). Pero no se tiene constancia de que estos tratamientos respondan al concepto de “decisión individual automatizada” y que produzcan efectivamente efectos jurídicos o afecten significativamente al interesado⁵⁵».

Por lo demás, hay que tener en cuenta que el scoring o calificación crediticia siempre supone la realización de perfiles, de forma que el sistema de inteligencia artificial para la evaluación de la solvencia siempre será considerado de alto riesgo, según el art. 6.3 in fine RIA, porque existe mayor posibilidad de vulneración de los derechos fundamentales a la protección de datos, o a no ser discriminado. Esa decisión del legislador es acertada porque, de otro modo, sería muy fácil para las empresas escapar total o parcialmente de la aplicación del RIA, a base de afirmar que el sistema no influye en su toma de decisiones⁵⁶ y que, simplemente, lleva a cabo una tarea preparatoria de una evaluación ulterior. Por el contrario, es ese tipo de declaraciones negativas las que, en el contexto de las decisiones automatizadas sobre la concesión de crédito, fomenta llevar a cabo la STJUE C-634/21, de 7 de diciembre de 2023, precisamente para poder escapar de la aplicación del art. 22 RGPD.

Finalmente, hecha abstracción del problema concreto que juzga esa sentencia, su importancia radica en que permite cuestionar por qué el interesado solo debería tener ciertos derechos (a obtener explicaciones adecuadas, expresar su punto de vista, u oponerse a la decisión) cuando la

⁵⁵AEPD, Procedimiento N° PS/00477/2019, FJ VIII, p. 120. Disponible en: <https://www.aepd.es/documento/reposicion-ps-00477-2019.pdf>

⁵⁶En particular, ASSOCIATION OF CONSUMER CREDIT INFORMATION SUPPLIERS (ACCIS), «Artificial Intelligence. Policy Recommendations for a Balanced Application of the EU Act», 2022, p. 7: «AI systems used for credit scores provided by third parties (such as CRAs) should be excluded as they are only one input into the CWA/scoring/decision making of a lender/service provider, and hence do not determine whether credit is granted or not». Disponible en: <https://accis.eu/wp-content/uploads/2022/06/ACCIS-Position-paper-on-the-EUs-Artificial-Intelligence-Act-2022-31012022.pdf> En cualquier caso, la excepción siempre se aplica para los sistemas de detección de fraude financiero (Anexo III, art. 5 letra b RIA).

decisión en la que están implicados sus datos haya sido adoptada de forma *exclusivamente* automatizada. La STJUE C-634/21, de 7 de diciembre de 2023, Schufa, permite confrontar lo que ha acabado siendo una interpretación amplia del art. 22 Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, General de Protección de Datos (RGPD), con otras normas más adecuadas a la realidad digital de nuestros días, que como consecuencia del simple uso de sistemas de tratamiento automatizado, conceden a los perjudicados los mismos derechos que los arts. 15 y 22 RGPD reconocen únicamente en el caso de que las decisiones se hayan adoptado de forma exclusivamente automatizada. Así, tanto la reciente DCC 2023 (art. 18.8 y 18.9) como el posterior RIA (art. 86), omiten ya incorporar la expresión «únicamente» al referirse a la toma automatizada de decisiones, a diferencia del art. 22 RGPD, al que también remite el art. 15 RGPD. Por otro lado, la STJUE C-634/21, de 7 de diciembre de 2023, Schufa, es muy interesante cuando afirma que quien toma la decisión debe arbitrar los mecanismos necesarios para proteger al titular de los datos porque esto, si bien se lee, significa que no es posible escudarse ya por más tiempo en la propiedad industrial o intelectual sobre el algoritmo o en el secreto comercial para limitar los derechos del consumidor y, mucho menos, a la vista de los amplios derechos previstos en la DCC 2023 a obtener una intervención humana frente al prestamista; esto último necesariamente obliga al tercero que actúa por su cuenta en la evaluación de la solvencia a transmitirle la información que solo aquel posee.

10. Bibliografía

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (AEPD), «Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporar Inteligencia Artificial. Una introducción», 2020.

AGGARWAL, Nikita, «Machine Learning, alternative data, and the regulation of consumer credit markets», en REMOLINA, Nydia/GURREA-MARTÍNEZ, Aurelio (eds.), *Artificial Intelligence in Finance*, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2023, pp. 142 ss.

ALKORTA IDIÁKEZ, Itziar, «Comentario a la STS de 20 diciembre de 2022 (RJ 2022, 5668). Ficheros de morosos tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 122, 2023, pp. 355 ss.

ALVES LEAL, Ana, «Algorithmic, Creditworthiness, and Lending Decisions», en MOURA VICENTE, Dário/SOARES PEREIRA, Rui/ALVES LEAL, Ana (eds.), *Legal Aspects of Autonomous Systems*, Springer, Cham, 2024, pp. 320 ss.

ARROYO AMAYUELAS, Esther, «The Third Directive on consumer credit», *European Review of Contract Law*, vol. 20, núm. 1, 2024, pp. 1 ss.

ASSOCIATION OF CONSUMER CREDIT INFORMATION SUPPLIERS (ACCIS), «Artificial Intelligence. Policy Recommendations for a Balanced Application of the EU Act», 2022. Disponible en: <https://accis.eu/wp-content/uploads/2022/06/ACCIS-Position-paper-on-the-EUs-Artificial-Intelligence-Act-2022-31012022.pdf>

BARRÓN ARNICHES, Paloma de, «Vulneraciones automatizadas del Derecho a la protección de datos personales y mecanismos de tutela», *Revista de Derecho Civil*, vol. 11, núm. 1, 2024, pp. 149 ss.

BARROS, Sebastião/ZANFIR-FORTUNA, Gabriela, «Automated Decision-Making Under the GDPR: Practical Cases from Courts and Data Protection Authorities», *Future of Privacy Forum*, 2022, pp. 1 ss.

BEDNARZ, Zofia/PRZHEDETSKY, Linda, «AI Opacity in the Financial Industry and How to Break It», en BEDNARZ, Zofia/ZALNIERIUTE, Monika (eds.), *Money, Power and AI. Automated Banks and Automated States*, Cambridge University Press, Cambridge, 2023, pp. 70 ss.

BYGRAVE, Lee A., «Article 22 [Automated individual decision-making, including profiling](#)», en KUNER, Christopher/BYGRAVE, Lee A./DOCKSEY, Christopher (eds.), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR) A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2020, pp. 522 ss.

CERRILLO MARTÍNEZ, Agustí, «Com obrir les caixes negres de les Administracions Públiques? Transparència i rendició de comptes en l'ús dels algoritmes», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 58, 2019, pp. 13 ss.

COLLADO-RODRÍGUEZ, Noelia, «La evaluación de la solvencia mediante el uso de sistemas de IA», *Revista CESCO de Derecho de consumo*, núm. 46, 2023, pp. 41 ss. Disponible en: <https://doi.org/10.18239/RCDC.2023.46.3335>;

COMITÉ DE SUPERVISIÓN BANCARIA DE BASILEA, *Convergencia internacional de medidas y normas de capital*, Bank for International Settlements Press & Communications, Basilea, 2006.

COTINO HUESO, Lorenzo, «La primera sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre decisiones automatizadas y sus implicaciones para la protección de datos y el Reglamento de inteligencia artificial», *Diario La Ley*, núm. 80, 2024, pp. 1 ss.

CUENA CASAS, Matilde/PRATS ALBENTOSA, Lorenzo (coords.), *Préstamo responsable y fichero de solvencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

CUSTERS, Bart/HEIJNE, Anne-Sophie, «The right of access in automated decision-making: The scope of article 15(1)(h) GDPR in theory and practice», *Computer Law & Security Review*, vol. 46, 2022, pp. 1 ss. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2022.105727>.

DAVIS, Peter Alexander Earls/SCHWEMER, Sebastian Felix, «Rethinking Decisions under Article 22 of the GDPR: Implications for Semi-Automated Legal Decision-Making», *Proceedings of the Third International Workshop on Artificial Intelligence and Intelligent Assistance for Legal Professionals in the Digital Workplace (LegalAIIA 2023)*, 2023, pp. 81 ss. Disponible en: <https://eur-ws.org/Vol-3423/paper8.pdf>

EMRE, Bayamlioglu, «Contesting Automated Decisions: A View of Transparency Implications», *European Data Protection Law Review*, vol. 4, núm. 4, 2018, pp. 433 ss.

EUROPEAN BANKING AUTHORITY (EBA), «Guidelines on Loan Origination and Monitoring. Final Report» 2020.

EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD (EDPB), «Directrices 07/2020 sobre los conceptos de “responsable del tratamiento” y “encargado del tratamiento” en el RGPD» Versión 2.0, adoptada el 7 de julio de 2021.

EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISION (EDP), «Opinion 11/2021 on the Proposal for a Directive on consumer credits», 2021.

GARCÍA TERUEL, Rosa, «Integrating Artificial Intelligence into the Mortgage Credit Market», *Jean Monnet Chair of European Private Law Working Paper 1/2023*, pp. 1 ss.

Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Bundesdatenschutz-gesetzes, 7 de febrero de 2024. Disponible en: <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/pressemitteilungen/DE/2024/02/bdsg-kabinett.html>.

GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29, «Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679 (17/ES WP251rev01)», 2018.

GUERRERO OVEJAS, Marta, «Score automatizado en la concesión de crédito», *Jean Monnet Chair of European Private Law Working Paper 5/2024*, pp. 1 ss.

HACKER, Philipp/PASSOTH, Jan-Hendrick, «Varieties of AI Explanations under the Law. From the GDPR to the IA, and Beyond», en HOLZINGER, Andreas *et al.*, (eds.), *xxAI-Beyond Explainable AI*, Springer, Cham, 2022, pp. 343 ss.

HENSELER, Simon, «ECJ C-634/21: Credit score (of SCHUFA) as an automated decision», *datenrecht.ch*, 2023. Disponible en: <https://datenrecht.ch/en/eugh-c-634-21-kreditscore-der-schufa-als-automatisierte-entscheidung/>

KRÜGER, Ulrich, «SCHUFA-Scoring ist eine von der DSGVO grundsätzlich verbotene “automatisierte Entscheidung im Einzelfall”, sofern dem Score eine maßgebliche Rolle im Rahmender Kreditgewährung beigemessen wird», *VuR-Verbraucher und Recht*, 2024, pp. 150 ss.

LANGENBUCHER, Katja, «Die Schufa vor dem EuGH», *BKR-Bank und Kapitalmarktrecht*, 2024, pp. 66 ss.

LUTSCHOUNIG, Martin, «Marsch/Kratz, Schufa-Scoring und Datenschutzaufsicht vor dem Aus?», *NJW- Neue Juristische Wochenschrift*, 2024, pp. 392 ss.

MACHURA-URBANIAK, Anna/LUPINU, Pier Mario, «“Buy Now, Pay Later” (BNPL) Payment Services. Opportunities and Legal Challenges for EU Consumers and Businesses», *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 12, núm. 5, 2023, pp. 184 ss.

MAGGIOLINO, Mariateresa, «EU Trade Secrets Law and Algorithmic Transparency», *Bocconi Legal Studies Research Paper No. 3363178*, 2019. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3363178>

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «Tratamiento automatizado de datos en el credit scoring: la STJUE de 7 de diciembre de 2023 y sus efectos en la Directiva de contratos de crédito al consumo», *Publicaciones Jurídicas CESCO*, 2024 pp. 1 ss. Disponible en: https://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Tratamiento_automatizado_de_datos_en_el_credit_scoring.pdf

MAS BADIA, M^a Dolores, *Sistemas privados de información crediticia: nueva regulación entre la protección y el crédito responsable*, Tirant lo Blanch, València, 2021.

MILLARD, Christopher/KAMARINOU, Dimitra, «Article 26 GDPR Joint controllers», en KUNER, Christopher/BYGRAVE, Lee A/DOCKSEY, Christopher (eds.), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR) A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2020, pp. 582 ss.

OSTMANN, Florian, Dorobantu, Cosmina, «AI in financial services», *The Alan Turing Institute*, 2021. Disponible en: <https://doi.org/10.5281/zenodo.4916041>

PAAL, Boris, «Article 22 GDPR: Credit Scoring Before the CJEU», *Global Privacy Law Review*, vol. 4, núm. 3, 2023, pp. 127 ss.

PALMA ORTIGOSA, Adrián, *Decisiones automatizadas y protección de datos*, Dykinson, Madrid, 2022.

PEREL, Maayan/PLATO-SHINAR, Ruth, «AI-based consumer credit underwriting. The role for a national credit database», en REMOLINA, Nydia/GURREA-MARTÍNEZ, Aurelio (eds.), *Artificial Intelligence in Finance*, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2023, pp. 151 ss.

SANCHO, Diana, «Automated Decision-Making under Article 22 GDPR. Towards a More Substantial Regime for Solely Automated Decision-Making», en EBERS, Martin/NAVAS, Susana (eds.), *Algorithmics and Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, pp. 136 ss.

SCHNEIDER, Giulia, «Verificabilità del trattamento automatizzato dei dati personali e tutela del segreto commerciale nel quadro europeo», *Mercato Concorrenza Regole*, núm. 2, 2019, pp. 353 ss.

SCHUMACHER, Pascal/SCHAPIRO, Anna, «EuGH- Rechtsprechung zur Datenverarbeitung durch Wirtschaftsauskunfteien», *WuB-Entscheidungsanmerkungen zum Wirtschafts und Bankrecht*, 2024, pp. 45 ss.

SESING-WAGENPFEIL, Andreas/TRAMNITZ, Christian, «Zu den datenschutzrechtlichen Grenzen des Scorings von privaten Wirtschaftsauskunfteien», *ZIP-Zeitschrift für Wirtschaft*, núm. 16, 2024, pp. 865 ss.

SILVEIRA, Alessandra, «Automated individual decisions-making and profiling [on case C-634/21-Schufa (Scoring)]», *UNIO-EU Law Journal*, vol. 8, núm. 2, 2023, pp. 74 ss.

SORIANO ARNANZ, Alba, «Decisiones automatizadas: Problemas y soluciones jurídicas. Más allá de la protección de datos», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 3, 2021, pp. 85 ss.

SPINDLER, Gerald, «Algorithms, credit scoring, and the new proposals of the EU for an AI Act and on a Consumer Credit Directive», *Law and Financial Markets Review*, vol. 15, núm. 3-4, 2021, pp. 239 ss.

VARDI, Noah, *Creditworthiness and 'Responsible Credit'*, Brill Nijhoff, Leiden-Boston, 2022.

WACHTER, Sandra/MITTELSTADT, Brent/FLORIDI, Luciano, «Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation», *International Data Privacy Law*, vol. 7, núm. 2, 2017, pp. 76 ss.

Tabla de casos

Sentencia de 7 de diciembre de 2023, SCHUFA Holding (Scoring), C-634/21, EU:C:2023:957.

Conclusiones del Abogado General de 16 de marzo de 2023, SCHUFA Holding (Scoring), C-634/21, EU:C:2023:220.

Sentencia de 29 de julio de 2019, Fashion ID GmbH & Co. KG, C-40/17, EU:C:2019:629.

Sentencia de 5 de diciembre de 2023, Nacionalinis visuomenės sveikatos centras prie Sveikatos apsaugos ministerijos, C-683/21, EU:C:2023:949.

Sentencia de 21 de junio de 2022, Ligue des droits humains, C-817/19, EU:C:2022:491.

Gerechtshof Amsterdam, sentencia de 4 de abril de 2023 - 200.295.806/01, ECLI:NL:GHAMS:2023:804 (Tribunal de Apelación de Ámsterdam).

Gerechtshof Amsterdam, sentencia de 4 de abril de 2023 - 200.295.742/01, ECLI:NL:GHAMS:2023:793 (Tribunal de Apelación de Ámsterdam).

Gerechtshof Amsterdam, sentencia de 4 de abril de 2023 - 200.295.747/01, ECLI:NL:GHAMS:2023:796 (Tribunal de Apelación de Ámsterdam).

Legitimación para la solicitud de títulos de propiedad industrial y actuación mediante representante ante las oficinas competentes

Sumario

-

El presente trabajo examina los requisitos de legitimación relativos a la solicitud de los diversos títulos de propiedad industrial y la actuación a través de representante en cualquier tipo de procedimiento ante las oficinas competentes (la Oficina Española de Patentes y Marcas, la Oficina Europea de Patentes y la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea). Es esta una materia poco tratada por la doctrina y que merece un análisis detallado pues, como podrá observarse, al margen del examen de las condiciones que deben concurrir en los sujetos legitimados y en aquellos que pueden actuar como representantes, cabe destacar que el Anteproyecto de Ley de modificación de las leyes de propiedad industrial contempla finalizar con el monopolio de actuación reservado a los agentes de la propiedad industrial ante la OEPM en el caso de solicitantes no residentes en un Estado miembro de la UE. En efecto, según la versión actual del Anteproyecto, las personas físicas o jurídicas que no tengan ni domicilio ni establecimiento industrial o comercial efectivo y serio en el Espacio Económico Europeo deberán actuar mediante representante que sí cuente con dicho domicilio o establecimiento industrial o comercial, y que hayan previamente autorizado para actuar en su nombre, pero -a diferencia de lo que marca la Ley de Patentes vigente- dicho representante no tendrá que ser necesariamente un agente de la propiedad industrial.

Abstract

-

This paper examines the entitlement requirements related to the application for industrial property titles and acting through a representative in any type of procedure before the competent offices (the Spanish Patent and Trademark Office, the European Patent Office and the European Union Intellectual Property Office). This is a matter that has been rarely addressed by the doctrine and which deserves a detailed analysis since, as can be seen, apart from the examination of the conditions that must be met by the entitled parties and those who can act as representatives, it should be noted that the draft bill to amend the industrial property laws contemplates ending the monopoly of action reserved for industrial property agents before the SPTO in the case of applicants who are not resident in an EU Member State. Indeed, according to the current version of the draft bill, natural or legal persons who have neither a domicile nor a real and effective industrial or commercial establishment in the European Economic Area must act through a representative who does have such a domicile or industrial or commercial establishment, and who has been previously authorised to act on their behalf, but -unlike the current Patent Law- this representative does not necessarily have to be an industrial property agent.

Title: Entitlement to file an industrial property right application and representation before the competent offices

-

Palabras clave: Legitimación, representación, agentes de la propiedad industrial, abogados, Oficina española de Patentes y Marcas, Oficina Europea de Patentes y la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea

Keywords: *Entitlement, representation, industrial property agents, lawyers, Spanish Patent and Trademark Office, European Patent Office, European Union Intellectual Property Office*

-

DOI: 10.31009/InDret.2024.i3.05

3.2024

Recepción
12/03/2024

-

Aceptación
08/07/2024

-

Índice

-

1. Legitimación y representación ante la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM)

1.1. Legitimación

- a. Legitimación para solicitar patentes, modelos de utilidad y certificados complementarios de protección
- b. Legitimación para solicitar marcas y nombres comerciales
- c. Legitimación para solicitar diseños industriales

1.2. Representación

2. Legitimación y representación ante la Oficina Europea de Patentes (EPO)

2.1. Consideraciones generales

2.2. Legitimación

2.3. Representación

3. Legitimación y representación ante la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO)

3.1. Consideraciones generales

3.2. Legitimación

3.3. Representación

a. Normativa

b. Designación de representante

c. Representantes

4. La representación a la luz del anteproyecto de ley de modificación de las leyes de propiedad industrial

4.1. Oficina española de Patentes y Marcas

4.2. Oficina Europea de Patentes

4.3. Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea

5. Consideraciones finales

6. Bibliografía

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons

Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Legitimación y representación ante la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM)*

1.1. Legitimación

a. *Legitimación para solicitar patentes, modelos de utilidad y certificados complementarios de protección*

El Título I de la *Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes* (en adelante LP), bajo la rúbrica «Disposiciones preliminares» establece cuál es el objeto de la norma (art.1), instaura un registro único válido para todo el territorio español (art. 2) y señala los sujetos legitimados para solicitar los títulos de propiedad industrial regulados en el texto (art.3).

En virtud del artículo 1 LP («Objeto de la Ley»): «Para la protección de las invenciones industriales se concederán, de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley, los siguientes títulos de Propiedad Industrial:

- a) Patentes de invención.
- b) Modelos de utilidad
- c) Certificados complementarios de protección de medicamentos y de productos fitosanitarios.

A su vez, según el artículo 2 («Registro de Patentes»):

- «1. El registro de los títulos reconocidos en esta Ley tiene carácter único en todo el territorio español y su concesión corresponde a la Oficina Española de Patentes y Marcas, salvo lo previsto en los tratados internacionales en los que España es parte o en el derecho de la Unión Europea.
2. La solicitud, la concesión y los demás actos o negocios jurídicos que afecten a derechos sobre los títulos mencionados en el apartado anterior se inscribirán en el Registro de Patentes, según lo previsto en esta Ley y en su Reglamento.
3. La inscripción en el Registro de Patentes legitimará a su titular para ejercitar las acciones reconocidas en esta Ley en defensa de los derechos derivados de los títulos mencionados en el artículo 1».

Finalmente, de acuerdo el artículo 3, («Legitimación»):

- «1. Podrán solicitar los títulos de Propiedad Industrial las personas físicas o jurídicas, incluidas las entidades de derecho público.
2. Las personas mencionadas en el apartado 1 podrán invocar la aplicación en su beneficio de las disposiciones de cualquier tratado internacional que resulte de aplicación en España, en cuanto les fuere de aplicación directa, en todo lo que les sea más favorable respecto de lo dispuesto en esta Ley».

* El presente trabajo ha sido elaborado en el marco del Proyecto de Investigación financiado por la Xunta de Galicia en la convocatoria de grupos con potencial de crecimiento «Retos para un mercado de trabajo equitativo, sostenible e abierto a competencia no contexto da nova economía e da dixitalización» (2022-2024). Grupo de Investigación DMT (Grupo de la Universidad de Vigo con potencial de crecimiento) y del Proyecto de Investigación financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación: «El Derecho de la Competencia y de la Propiedad Industrial e Intelectual frente a las tecnologías disruptivas y la nueva regulación de los mercados digitales y audiovisuales» (2023-2026).

Así las cosas, la LP regula la concesión de diversos títulos de propiedad industrial: a) patentes de invención; b) modelos de utilidad; y c) certificados complementarios de protección de medicamentos y de productos fitosanitarios, si bien es necesario distinguir entre el título que se concede y el objeto sobre el que recae (así, por ejemplo la concesión del título «patente de invención» recae sobre una invención que sea nueva, implique actividad inventiva y sea susceptible de aplicación industrial -art. 4-). A su vez, la referencia a «títulos de propiedad industrial» no deja lugar a dudas a que estamos ante una materia competencia del Estado (DA 6º LP: «esta Ley se dicta al amparo de la competencia estatal prevista por el artículo 149.1.9 de la Constitución en materia de legislación sobre Propiedad Industrial»).

Pasando a otra cuestión, la LP establece que el registro es único en todo el territorio español y confiere a la OEPM plenos poderes para conceder o denegar el registro de los títulos regulados en el artículo 1 (art. 2 LP). Dicho esto, no está de más recordar que la protección de una patente en territorio español puede obtenerse también por la «vía europea» [España forma parte del Convenio de la Patente Europea, que permite obtener un conjunto de patentes nacionales a través de una única solicitud que tramita la Oficina Europea de Patentes] y por la «vía Internacional» o PCT [España forma parte del Tratado de Cooperación en Materia de Patentes (PCT), sistema que permite solicitar la protección de una invención en cada uno de los Estados firmantes del PCT mediante una única solicitud]. Por el momento, como es bien sabido, España se encuentra fuera del sistema de la patente europea con efecto unitario por discrepancias sobre su régimen lingüístico.

Por último, el artículo 3 LP atribuye la legitimación para solicitar los títulos de Propiedad Industrial a «las personas físicas o jurídicas, incluidas las entidades de derecho público». Tal y como destaca el apartado II del Preámbulo de la LP, «en las disposiciones preliminares del Título I se establece la unidad de registro en relación con el principio de unidad de mercado y la cobertura nacional de los títulos, entre los que se incluyen los certificados complementarios de protección de medicamentos y de productos fitosanitarios, y se amplía la legitimación para solicitarlos siguiendo el criterio abierto para los títulos comunitarios por sus respectivos reglamentos de creación, que se la reconocen a las personas físicas o jurídicas incluidas las entidades de derecho público».

Surge la duda de si la legitimación prevista en el citado artículo 3 alude a todos los títulos de propiedad industrial o únicamente a los regulados en el artículo 1 LP. Sea como fuere, la actual *Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas* -tras la modificación operada por el *Real Decreto-ley 23/2018, de 21 de diciembre, de transposición de directivas en materia de marcas, transporte ferroviario y viajes combinados y servicios de viaje vinculados*- recoge un artículo 3 que, bajo la rúbrica «Legitimación» es prácticamente idéntico a su homónimo de la LP si bien referido exclusivamente a marcas y nombres comerciales. En este punto es necesario distinguir entre la legitimación para solicitar los títulos de propiedad industrial (art. 3.1 LP) y la legitimación para ejercitar las acciones en defensa de los derechos derivados de los títulos mencionados en el artículo 1 (art. 2.3 LP). Esta última legitimación, en efecto, es la que resulta de la inscripción del correspondiente título en el Registro de Patentes o de la condición de licenciataria (art. 2.3 en conexión con el art. 117 LP)¹.

¹ Artículo 117. Legitimación para el ejercicio de las acciones.

1. Estarán legitimados para el ejercicio de las acciones a que se refiere el artículo 2.3 de esta Ley, además de los titulares de los derechos inscritos en el Registro de Patentes, quienes acrediten haber solicitado debidamente la

En otro orden de cosas, el artículo 3.2 LP señala que «las personas mencionadas en el apartado 1 [la referencia no tiene sentido ya que éste apartado 1 hace referencia a todas las personas físicas o jurídicas] podrán invocar la aplicación en su beneficio de las disposiciones de cualquier tratado internacional que resulte de aplicación en España, en cuanto les fuere de aplicación directa, en todo lo que les sea más favorable respecto de lo dispuesto en esta Ley.» Se trata de una previsión introducida ya en su momento por el artículo 2.3 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes, para solventar la polémica relativa a la aplicación del Convenio de la Unión de Paris (CUP) a los ciudadanos españoles.

Una vez realizadas estas consideraciones, cabe señalar que la legitimación contemplada en el artículo 3 LP debe conectarse necesariamente con las previsiones recogidas en el Título III LP («Derecho a la patente y designación del inventor»). Y ello es así porque el legitimado para solicitar la patente no es otro que el titular del derecho [como es bien sabido, en virtud del artículo 10.1 LP «el derecho a la patente pertenece al inventor o a sus causahabientes» o «si la invención hubiere sido realizada por varias personas conjuntamente, el derecho a obtener la patente pertenecerá en común a todas ellas (art. 10.2)]. Es más, si la solicitud de patente hubiese sido realizada por persona no legitimada, el titular del derecho dispondría de las opciones contempladas en el artículo 11 LP² o, en el caso de que la patente ya hubiese sido concedida, de la acción reivindicatoria contemplada en el artículo 12³. En todo caso, en el procedimiento ante la Oficina Española de Patentes y Marcas se presume que el solicitante está legitimado para ejercer el derecho a la patente (artículo 10.4 LP).

inscripción en dicho registro del acto o negocio del que traiga causa el derecho que se pretenda hacer valer, siempre que dicha inscripción llegue a ser concedida.

2. Salvo pacto en contrario, el titular de una licencia exclusiva podrá ejercitar en su propio nombre todas las acciones que en la presente Ley se reconocen al titular de la patente frente a los terceros que infrinjan su derecho, pero no podrá ejercitarlas el concesionario de una licencia no exclusiva.

3. El licenciataria, que conforme a lo dispuesto en el apartado anterior, no esté legitimado para ejercitar las acciones por infracción de la patente, podrá requerir fehacientemente al titular de la misma para que entable la acción judicial correspondiente. Si el titular se negara o no ejercitara la oportuna acción dentro de un plazo de tres meses, podrá el licenciataria entablarla en su propio nombre, acompañando el requerimiento efectuado. Con anterioridad al transcurso del plazo mencionado, el licenciataria podrá pedir al Juez la adopción de medidas cautelares urgentes cuando justifique la necesidad de las mismas para evitar un daño importante, con presentación del referido requerimiento.

4. El licenciataria que ejercite una acción en virtud de lo dispuesto en alguno de los apartados anteriores deberá notificárselo fehacientemente al titular de la patente, el cual podrá personarse e intervenir en el procedimiento, ya sea como parte en el mismo o como coadyuvante.

² Artículo 11. Solicitud de patente por persona no legitimada.

1. Cuando, con base en lo dispuesto en esta Ley, una sentencia firme hubiera reconocido el derecho a la obtención de la patente a una persona distinta del solicitante, y siempre que la patente no hubiera llegado a ser concedida todavía, esa persona podrá, dentro del plazo de tres meses desde que la sentencia adquirió fuerza de cosa juzgada:

- a) Continuar el procedimiento relativo a la solicitud subrogándose en el lugar del solicitante.
- b) Presentar una nueva solicitud de patente para la misma invención que gozará de la misma prioridad.
- c) Pedir que la solicitud sea denegada.

³ Artículo 12. Reivindicación de titularidad.

1. Si la patente hubiere sido concedida a una persona no legitimada para obtenerla según lo dispuesto en el artículo 10, la persona legitimada en virtud de dicho artículo podrá reivindicar que le sea transferida la titularidad de la patente, sin perjuicio de cualesquiera otros derechos o acciones que puedan corresponderle.

Una mención aparte merece la condición de sujeto legitimado para solicitar la patente en el caso de las invenciones realizadas en el marco de una relación de empleo o de servicios», tradicionalmente denominadas «invenciones laborales».

Por lo que concierne al ámbito objetivo, la Ley de Patentes alude exclusivamente en su Título IV a «invenciones», circunstancia que –al menos bajo una interpretación literal- excluye que sus disposiciones se apliquen exclusivamente a «invenciones patentables». Dicho con otras palabras, las invenciones laborales no tendrían por qué reunir los requisitos de patentabilidad que anuncia el texto en su artículo 4 y desarrolla en los artículos 6 a 9 (novedad, actividad inventiva y susceptibilidad de aplicación industrial).

En apoyo de esta tesis, cabe observar que su artículo 19.1 establece la presunción de que se entenderán realizadas bajo la vigencia de la relación de empleo o de servicios las invenciones para las que (dentro del año siguiente a la extinción de la relación) «se presente una solicitud de patente o de otro título de protección exclusiva» [el citado precepto, por tanto, extiende su ámbito de aplicación a invenciones para las que se solicite protección por un título distinto al de patente]. De esta forma, la regulación de la Ley de Patentes resultaría aplicable a las invenciones protegibles mediante patente o modelo de utilidad, así como a las topografías de los productos semiconductores y obtenciones vegetales en virtud de las remisiones expresamente realizadas por la *Ley 11/1988, de 3 de mayo, de protección jurídica de las topografías de los productos semiconductores* (art. 3.2.a) y en la *Ley 3/2000, de 7 de enero, de régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales* (art. 10.5).

En relación con esta cuestión, la Ley de Patentes introduce un nuevo artículo 18.3 de vital importancia. De acuerdo con el mismo, «las mejoras técnicas no patentables obtenidas por el empleado en el desarrollo de las actividades previstas en los artículos 15 y 17 que mediante su explotación como secreto industrial ofrezcan al empleador una posición ventajosa similar a la obtenida a partir de un derecho de propiedad industrial, darán derecho a reclamar del empleador una compensación razonable fijada de acuerdo con los criterios establecidos en los artículos citados tan pronto como este último explote la propuesta»:

De esta forma, el art. 18.3 reconduce expresamente al ámbito de las «invenciones laborales» las «mejoras técnicas no patentables», sometiendo dicha calificación a dos exigencias: i) que se hayan obtenido en el desarrollo de las actividades previstas en los artículos 15⁴ y 17; y ii) que mediante su explotación como secreto industrial ofrezcan al empleador una posición ventajosa similar a la obtenida a partir de un derecho de propiedad industrial.

⁴ Llama la atención el hecho de que las «mejoras técnicas no patentables» obtenidas en el desarrollo de la actividad prevista en el art. 15 otorguen en todo caso al trabajador el derecho a reclamar una compensación razonable (el art. 18.3 utiliza la expresión «darán derecho a reclamar»), mientras que las invenciones alcanzadas bajo las mismas circunstancias (es decir, como consecuencia de una actividad de investigación explícita o implícitamente constitutiva del objeto del contrato) no originen derecho a una remuneración suplementaria, a menos que la aportación personal del trabajador a la invención y la importancia de la misma para el empresario excedan de manera evidente del contenido explícito o implícito de su contrato o relación de empleo (el art. 15.2 establece literalmente que «el autor de la invención no tendrá derecho a una remuneración suplementaria por su realización»). Se trata, obviamente, de una diferencia de trato injustificada y, cuanto menos, contradictoria

La Ley de Patentes reconoce así aquellas invenciones que, pese a no ser patentables, sí son susceptibles de explotación en régimen de exclusiva desde el momento en que su naturaleza permite mantenerlas en secreto. Las mejoras técnicas se consideran como tales en la medida en que otorgan al empleador una ventaja similar a la que obtendría a través de la concesión de un derecho de propiedad industrial. Por supuesto, a diferencia de lo que sucede con la patente, la mejora técnica no estaría protegida por un monopolio de derecho, sino por un simple monopolio de hecho.

De este modo, al incluir las mejoras técnicas no patentables entre las invenciones laborales, se recogen las ideas del profesor BERCOVITZ, que ya en la década de los setenta señaló lo siguiente: «cuando las invenciones sólo pueden dar lugar a la concesión de patentes, como ocurre en los países occidentales, es lógico que se tiendan a valorar como invenciones laborales sólo aquellas que sean patentables o *aquellas innovaciones que sean susceptibles de proporcionar con su explotación un monopolio de hecho equiparable al monopolio legal que la patente significa, puesto que sólo en tales casos servirá la innovación para que la empresa en cuyo seno se ha realizado pueda obtener una situación ventajosa frente a las empresas competidoras*»⁵.

Una vez apuntada esta cuestión, la Ley de Patentes regula tres clases de invenciones laborales en función del criterio de atribución de la titularidad de las mismas: «invenciones pertenecientes al empresario» (art. 15), «invenciones pertenecientes al empleado o prestador de servicios» (art. 16) e «invenciones asumibles por el empresario» (art. 17). El texto de 1986, que también distinguía las invenciones en atención al citado criterio, no les otorgaba sin embargo una denominación específica, de ahí que la doctrina distinguiese entre «invenciones de encargo» (art. 15), «invenciones libres» (art. 16) e «invenciones de servicio» (art. 17)⁶.

Pues bien, el art. 15.1, bajo la rúbrica «invenciones pertenecientes al empresario», establece que «las invenciones realizadas por el empleado o prestador de servicios durante la vigencia de su contrato o relación de empleo o de servicios con el empresario que sean fruto de una actividad de investigación explícita o implícitamente constitutiva del objeto de su contrato pertenecen al empresario».

La atribución al empresario del derecho a la invención supone una quiebra del sistema consagrado, con carácter general, en el art. 10. De acuerdo con este precepto, como hemos visto previamente, «el derecho a la patente pertenece al inventor o a sus causahabientes» (apartado 1º). En consecuencia, no cabe duda de que la Ley de Patentes otorga al inventor el derecho a la patente dado que le considera el titular originario de la invención.

Así las cosas, el art. 15 LP altera el principio general de atribución del derecho a la invención, en la medida en que abarca los supuestos en los cuales la invención es el resultado de la actividad para la cual el inventor ha sido contratado. Esta opción legislativa modifica el fundamento de la adquisición del derecho, que ya no sería la actividad creadora del inventor, sino la creación de las condiciones necesarias para la investigación por parte del empresario (y la asunción de los riesgos derivados de la misma).

⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Anotaciones a la regulación legal española sobre invenciones laborales», *ADI*, III, 1976, pág. 65

⁶ GÓMEZ SEGADE, J.A., *La Ley de patentes y modelos de utilidad*, Civitas, Madrid, 1988, pág. 46.

La atribución al empresario de la titularidad de las invenciones desarrolladas por el trabajador que son el fruto de una actividad de investigación -explícita o implícitamente- constitutivas del objeto del contrato parece una decisión correcta. Tal y como se ha destacado, «aunque el genio creador es, indiscutiblemente, un valor del inventor, cuando la investigación resulta de la organización de medios materiales y humanos y su trabajo es retribuido independientemente del resultado obtenido, o remunerado de otro modo por la empresa, la solución, en orden a los derechos sobre los resultados obtenidos, debe ser diferente»⁷.

En el sistema español de patentes, la citada atribución se produce *ex lege*: no es que el trabajador-inventor transfiera el derecho a la invención, sino que ésta es adquirida originariamente por el empresario por mandato legal⁸. La actividad de investigación constituye el objeto del contrato y, en consecuencia, al empresario corresponden los derechos patrimoniales relativos a la invención.

Dicho esto, no cabe identificar exclusivamente el derecho a la invención del empresario con el «derecho a solicitar la patente». En efecto, desde el momento en que las invenciones que reúnen las circunstancias exigidas por el art. 15 «pertenecen» al empresario, podrá disponer de ella como considere más oportuno (a salvo el derecho moral de inventor a ser reconocido como tal). El derecho del empresario recae, de esta forma, sobre la invención en sí misma considerada; podrá, entre otras actuaciones, divulgar o no la invención, explotarla bajo secreto industrial -o incluso no explotarla- y solicitar o no la patente⁹.

⁷ LOIS BASTIDA, F., «La atribución de los resultados de la investigación contratada en la Ley de Patentes», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade de A Coruña*, n.º. 3, 1999, pág. 332.

⁸ En una misma línea, el art. 64.1 del Codice della proprietà industriale, (decreto legislativo 10 febbraio 2005, n. 30), establece que: «Quando l'invenzione industriale è fatta nell'esecuzione o nell'adempimento di un contratto o di un rapporto di lavoro o d'impiego, in cui l'attività inventiva è prevista come oggetto del contratto o del rapporto e a tale scopo retribuita, i diritti derivanti dall'invenzione stessa appartengono al datore di lavoro, salvo il diritto spettante all'inventore di esserne riconosciuto autore». También, de acuerdo con el artículo L611-7 del Code de la propriété intellectuelle, «1. Les inventions faites par le salarié dans l'exécution soit d'un contrat de travail comportant une mission inventive qui correspond à ses fonctions effectives, soit d'études et de recherches qui lui sont explicitement confiées, appartiennent à l'employeur. L'employeur informe le salarié auteur d'une telle invention lorsque cette dernière fait l'objet du dépôt d'une demande de titre de propriété industrielle et lors de la délivrance, le cas échéant, de ce titre. Les conditions dans lesquelles le salarié, auteur d'une invention appartenant à l'employeur, bénéficie d'une rémunération supplémentaire sont déterminées par les conventions collectives, les accords d'entreprise et les contrats individuels de travail». A su vez, en la sección 39 de la UK Patents Act 1977, «(1) Notwithstanding anything in any rule of law, an invention made by an employee shall, as between him and his employer, be taken to belong to his employer for the purposes of this Act and all other purposes if - (a) it was made in the course of the normal duties of the employee or in the course of duties falling outside his normal duties, but specifically assigned to him, and the circumstances in either case were such that an invention might reasonably be expected to result from the carrying out of his duties; or (b) the invention was made in the course of the duties of the employee and, at the time of making the invention, because of the nature of his duties and the particular responsibilities arising from the nature of his duties he had a special obligation to further the interests of the employer's undertaking». En cambio, el parágrafo 6 de la *Gesetz über Arbeitnehmererfindungen* señala que el empresario podrá reclamar este tipo de invenciones, considerándose efectuada la reclamación siempre y cuando el empresario no renuncie expresamente a las mismas: (1) «Der Arbeitgeber kann eine Diensterfindung durch Erklärung gegenüber dem Arbeitnehmer in Anspruch nehmen». (2) *Die Inanspruchnahme gilt als erklärt, wenn der Arbeitgeber die Diensterfindung nicht bis zum Ablauf von vier Monaten nach Eingang der ordnungsgemäßen Meldung (§ 5 Abs. 2 Satz 1 und 3) gegenüber dem Arbeitnehmer durch Erklärung in Textform freigibt*».

⁹ Por lo demás, el art. 82 LP aclara que «tanto la solicitud de patente como la patente son transmisibles y podrán darse en garantía o ser objeto de otros derechos reales, licencias, opciones de compra, embargos, otros negocios jurídicos o medidas que resulten del procedimiento de ejecución. En el supuesto de que se constituya una hipoteca mobiliaria, ésta se registrará por sus disposiciones específicas y se inscribirá en la sección cuarta del Registro de Bienes Muebles con notificación de dicha inscripción al Registro de Patentes para su inscripción en el mismo. A estos

En otro orden de cosas, el art. 15.2 especifica que «el autor de la invención no tendrá derecho a una remuneración suplementaria por su realización, excepto si su aportación personal a la invención y la importancia de la misma para el empresario exceden de manera evidente del contenido explícito o implícito de su contrato o relación de empleo».

La regla general, por tanto, es que en este tipo de invenciones el trabajador no tiene derecho a recibir ninguna cantidad más allá de la contraprestación pactada. Se trata de una solución justa en la medida en que la invención es el resultado de la actividad de investigación que constituye el objeto del contrato. No obstante, el precepto citado deja abierta la posibilidad de conceder al trabajador una remuneración suplementaria, la cual sería procedente si su aportación personal a la invención y la importancia de la misma para el empresario exceden, de manera evidente, del contenido explícito o implícito de su contrato o relación de empleo (*rectius*, «o de servicios»). En cualquier caso, proceda o no una remuneración suplementaria en favor del trabajador, la legitimación para solicitar la patente corresponderá al empresario.

El art. 16, por su parte, señala que «las invenciones en cuya realización no concurren las circunstancias previstas en el artículo 15.1 pertenecen al autor de las mismas». Así las cosas, podría pensarse que las invenciones realizadas por el empleado o prestador de servicios durante la vigencia de su contrato o relación de empleo o de servicios con el empresario, *que no sean fruto de una actividad de investigación explícita o implícitamente constitutiva del objeto de su contrato*, pertenecen siempre al empleado o prestador de servicios.

Sin embargo, el contenido del art. 16 debe ser matizado a luz del art. 17 («Invenciones asumibles por el empresario»). En virtud de este precepto, «no obstante lo dispuesto en el artículo 16, cuando el empleado realizase una invención relacionada con su actividad profesional en la empresa y en su obtención hubiesen influido predominantemente conocimientos adquiridos dentro de la empresa o la utilización de medios proporcionados por ésta, el empresario tendrá derecho a asumir la titularidad de la invención o a reservarse un derecho de utilización de la misma».

En consecuencia, la noción de «invenciones pertenecientes al empleado o prestador de servicios» se configura como una noción «por exclusión», en la medida en que sólo tendrán esta consideración las invenciones que no puedan calificarse como «invenciones pertenecientes al empresario» (art. 15) o «invenciones asumibles por el empresario» (art. 17).

En todo caso, conviene aclarar que el inventor ha de alcanzar este tipo de invenciones durante la vigencia de su contrato o relación de empleo o de servicios con el empresario¹⁰. En efecto, el hecho de que la aportación de la empresa a la invención no sea relevante (el art. 17 sólo cubre los supuestos en los que los conocimientos adquiridos en la empresa -o la utilización de sus medios- han influido «predominantemente» en la obtención de la invención) no implica que la invención se alcance al margen de un contrato o relación de empleo o de servicios. La propia

efectos ambos registros estarán coordinados para comunicarse telemáticamente los gravámenes inscritos o anotados en ellos».

¹⁰ Cuando el art. 16 califica como «invenciones pertenecientes al empleado o prestador de servicios» aquellas «en cuya realización no concurren las circunstancias previstas en el art. 15», no se está refiriendo –entre esas circunstancias- al hecho de que la invención se realice durante la vigencia del contrato o relación de empleo o de servicios.

rúbrica del Título IV («Invencciones realizadas en el marco de una relación de empleo o de servicios»), en el que se inserta el art. 16, excluye cualquier otra interpretación.

Así las cosas, las «invencciones pertenecientes al empleado o prestador de servicios» (art. 16 LP) son invencciones laborales; su particularidad reside en que la invención no es el fruto de una actividad de investigación para la que el trabajador fue específicamente contratado, ni en su obtención han influido predominantemente conocimientos adquiridos dentro de la empresa o la utilización de medios proporcionados por ésta.

En el ámbito práctico, a la hora de cubrir la instancia de solicitud de una patente nacional (modelo 3101), el apartado 3º exige la identificación del solicitante. En este sentido, el solicitante debe indicar si es el inventor (casilla 10) o no del invento. Únicamente si el solicitante no es inventor, ha de consignar el modo de obtención del derecho a presentar la solicitud, y para ello dispone de cuatro opciones: invención laboral, contrato, sucesión u otros (casilla 11). En este escenario, resulta que un trabajador que obtiene una invención libre debe indicar que es el inventor, pero, precisamente por eso, no tiene la opción de marcar la casilla de «invención laboral» pues ésta –como hemos señalado– sólo se habilita para los supuestos en los que el solicitante no es el inventor. ¿Qué hacer entonces? Entiendo que el trabajador que obtiene una invención libre y solicita la patente tendría que marcar la casilla 10 (como inventor) y dejar en blanco la casilla 11, no indicando por tanto que (pese a serlo) se trata de una invención laboral¹¹.

Una vez analizado el perfil de este tipo de invencciones, conviene subrayar la opción del legislador español de excluir cualquier derecho del empresario sobre las mismas: las invencciones contempladas en el art. 16 pertenecen –sin límite alguno– al trabajador.

Finalmente, tal y como apuntábamos previamente, el art. 17.1 señala que «no obstante lo dispuesto en el artículo 16, cuando el empleado realizase una invención relacionada con su actividad profesional en la empresa y en su obtención hubiesen influido predominantemente conocimientos adquiridos dentro de la empresa o la utilización de medios proporcionados por ésta, el empresario tendrá derecho a asumir la titularidad de la invención o a reservarse un derecho de utilización de la misma».

Así las cosas, desde un punto de vista conceptual, las «invencciones asumibles por el empresario» (conocidas como «invencciones de servicio» o «mixtas»)¹² se configuran como una categoría intermedia entre las invencciones contempladas en los arts. 15 y 16. En efecto, la invención que lleva a cabo el trabajador no es fruto de una actividad de investigación –explícita o implícitamente– constitutiva del objeto de su contrato (art. 15), pero, por las circunstancias en que se ha obtenido, tampoco podemos reconducirla a la categoría que contempla el art. 16. Dichas circunstancias son las siguientes: a) que la invención esté relacionada con la actividad profesional del trabajador en la empresa; y b) que en su obtención hubiesen influido

¹¹ Sobre esta problemática, vid. GARCÍA VIDAL, A., «Las invencciones laborales libres y de servicio», *ADI*, XVII, 2006-2007, págs. 642-643.

¹² Vid. en la jurisprudencia, la desafortunada Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 20 de junio de 1997 («Azagra c. Rhone Poulenc Nutrición Animal, S.A.»). Críticamente, GÓMEZ SEGADÉ, J.A., «Remuneración por invencciones laborales y prescripción de acciones derivadas de la patente», en *Tecnología y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2001, págs. 497-508.

predominantemente conocimientos adquiridos dentro de la empresa o la utilización de medios proporcionados por ésta.

La calificación de una invención como «invención asumible por el empresario» debe dilucidarse en cada caso concreto partiendo siempre de la premisa de que para reconducir una invención al ámbito del art. 17, la utilización por el trabajador de medios -materiales o humanos- proporcionados por la empresa -y lo mismo cabría decir de los conocimientos adquiridos dentro de la misma- ha de verificarse en un momento previo al de obtención de la invención. Por el contrario, si tales medios o conocimientos únicamente se aportan en una fase posterior -por mucho que sirvan para garantizar su viabilidad- no permitirán evitar la consideración de la invención como perteneciente al empleado o prestador de servicios («invención libre»).

Si bien, desde una perspectiva teórica, la cuestión parece clara, en la práctica no resulta nada fácil determinar en qué momento se obtiene la invención. En este sentido, la invención se habrá conseguido «una vez que se pueda describir de manera suficientemente clara y completa para que un experto en la materia pueda ejecutarla»¹³. Por otra parte, conviene advertir que ciertos ensayos no se limitan a testar la invención, sino que son necesarios para la obtención de la misma. En el caso de que el empresario contribuyese a la realización de este último tipo de ensayos, podría defenderse la calificación de la invención como «invención asumible por el empresario».

En otro orden de cosas, el art. 17.1 dispone que, en esta clase de invenciones, «el empresario tendrá derecho a asumir la titularidad de la invención o a reservarse un derecho de utilización de la misma». La titularidad de las «invenciones asumibles por el empresario» plantea diversos interrogantes. El punto de partida es que este tipo de invenciones pertenecen al trabajador [de acuerdo con el art. 16, las invenciones en cuya realización no concurren las circunstancias previstas en el artículo 15.1 pertenecen al autor de las mismas].

La titularidad del trabajador, no obstante, se encuentra condicionada por la decisión que el empresario adopte. En efecto, el trabajador sólo conservará la titularidad de la invención si el empresario no la reclama o simplemente se reserva un derecho de utilización sobre la misma [vid. las condiciones del ejercicio del derecho el art. 18 LP]. Así las cosas, la Ley de Patentes establece un régimen que oscila, «a voluntad del empresario, de la propiedad pura y simple, al abandono de todo derecho, pasando por el régimen intermedio de la licencia»¹⁴.

En primer lugar, el art. 17 otorga al empresario el derecho a «asumir la titularidad de la invención». La formulación del precepto no limita en modo alguno el poder del empresario, que -en caso de ejercitar su derecho- podrá disponer de la invención de la manera que estime más conveniente¹⁵. De esta forma, podrá optar por patentar la invención, pero también por explotarla en secreto o incluso no explotarla. El derecho a asumir la titularidad de la invención no ha de

¹³ GARCÍA VIDAL, A., «Las invenciones laborales libres y de servicio», op. cit., pág. 634.

¹⁴ LOIS BASTIDA, F., «La atribución de los resultados de la investigación contratada en la Ley de Patentes», op. cit., pág. 338.

¹⁵ En palabras de ESTUPIÑÁN CÁCERES, R., «se trata llanamente del reconocimiento ex lege al empresario de un verdadero y propio derecho a adquirir la titularidad de la invención (que significa que será libre para decidir si la patenta, si la explota bajo secreto, si la divulga, etc.). Vid. Las invenciones laborales en la empresa, Edersa, Madrid, 2003, pág. 299.

identificarse, por tanto, con el derecho a patentar. El empresario adquiere todos los derechos sobre la invención, quedando a salvo el derecho del inventor a ser mencionado como tal.

En segundo lugar, el art. 17.1 faculta al empresario a «reservarse un derecho de utilización» de la invención. El precepto no ofrece mayor detalle al respecto, por lo que se suscita la duda de si el empresario puede convertirse en licenciataria exclusivo o, por el contrario, beneficiarse únicamente de una licencia no exclusiva. En la licencia exclusiva, el licenciataria explota la invención con exclusión de terceros (incluido el licenciante); este último, no obstante, puede reservarse el derecho a explotar la invención mediante pacto expreso¹⁶. Por otra parte, en la licencia no exclusiva el licenciante se reserva la facultad de conceder otras licencias a terceros y de explotar por sí mismo la invención¹⁷.

Pues bien, atendiendo al tenor literal del art. 17.1, no vemos problema alguno en que el empresario adquiera la posición jurídica del licenciataria exclusivo. De hecho, el propio artículo le permite asumir -alternativamente- la titularidad de la invención, por lo que una interpretación restrictiva de las facultades del empresario en este particular no sería coherente. Por supuesto, aun convirtiéndose en licenciataria exclusivo, el trabajador conservaría la titularidad (originaria) de la invención.

Finalmente, en lo que respecta a las invenciones realizadas por el personal investigador de las Universidades Públicas y de los Entes Públicos de Investigación, el artículo 21 LP es claro cuando afirma que: «Las invenciones realizadas por el personal investigador de los Centros y Organismos Públicos de Investigación de la Administración General del Estado, de los Centros y Organismos de investigación de otras Administraciones Públicas, de las Universidades Públicas, de las Fundaciones del Sector Público Estatal y de las Sociedades Mercantiles Estatales pertenecerán a las entidades cuyos investigadores las hayan obtenido en el ejercicio de las funciones que les son propias, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica por la que estén vinculados a ellas». Lo que no está tan clara es la delimitación de cuando las invenciones han sido obtenidas por el personal investigador dentro de las funciones que le son propias. Tal y como afirma TATO PLAZA, así sucederá cuando en su obtención se hayan empleado de forma determinante los medios, las instalaciones o los conocimientos propios del centro público de investigación donde el personal investigador presta sus servicios¹⁸.

Una vez analizadas estas cuestiones, no está de más subrayar que tanto la solicitud de patente como la patente son transmisibles y podrán darse en garantía o ser objeto de otros derechos reales, licencias, opciones de compra, embargos, otros negocios jurídicos o medidas que resulten del procedimiento de ejecución [art. 82 LP].

b. Legitimación para solicitar marcas y nombres comerciales

La actual *Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas* -tras la modificación operada por el *Real Decreto-ley 23/2018, de 21 de diciembre, de transposición de directivas en materia de marcas*,

¹⁶ El art. 83.6 LP señala que «la licencia exclusiva impide el otorgamiento de otras licencias y el licenciante sólo podrá explotar la invención si en el contrato se hubiera reservado expresamente ese derecho».

¹⁷ Salvo pacto en contrario, se entiende que la licencia es no exclusiva (art. 86.5 LP).

¹⁸ TATO PLAZA, A., «Las invenciones procedentes de centros públicos de investigación en la nueva Ley de Patentes», *La Ley Mercantil*, n.º. 45, 2018, pág. 9

transporte ferroviario y viajes combinados y servicios de viaje vinculados- contiene un artículo 3 que, bajo la rúbrica «Legitimación», establece lo siguiente:

1. Podrán obtener el registro de marcas o nombres comerciales las personas físicas o jurídicas, incluidas las entidades de derecho público.
2. Las personas mencionadas en el apartado 1 podrán invocar la aplicación en su beneficio de las disposiciones de cualquier tratado internacional que resulte de aplicación en España, en cuanto les fuere de aplicación directa, en todo lo que les sea más favorable respecto de lo dispuesto en esta Ley.

Tal y como se avanzó previamente, el precepto, es prácticamente idéntico al artículo 3 LP comentado, con la sustitución de «los títulos de propiedad industrial» por «marcas o nombres comerciales». Por lo demás, el artículo 3 LM sustituye la expresión «podrán solicitar los títulos» recogida en el artículo 3 LP por la expresión «podrán obtener el registro». Se trata de una variación meramente gramatical sin consecuencia jurídica alguna ya que lo segundo es consecuencia de lo primero.

Con la nueva redacción del artículo 3 LM desaparecen todas las restricciones precedentes y se concede la legitimación a cualquier persona física o jurídica, independientemente de la nacionalidad, la residencia, lugar donde tenga su establecimiento industrial, o de que goce de los beneficios del Convenio de la Unión de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 20 de marzo de 1883 (CUP).

En este caso, a diferencia de lo que sucedía con la legitimación para solicitar el registro de las invenciones de carácter técnico (recordemos que el legitimado para solicitar la patente no es otro que el titular del derecho y, en virtud del artículo 10.1 LP, el derecho a la patente pertenece al inventor o a sus causahabientes), la LM tiene como objetivo que coincidan la realidad registral con el mejor derecho extra registral sobre el signo cuyo registro como marca se ha solicitado o concedido. En este sentido, el artículo 2.2 LM establece que: «cuando el registro de una marca hubiera sido solicitado con fraude de los derechos de un tercero o con violación de una obligación legal o contractual, la persona perjudicada podrá reivindicar ante los tribunales la propiedad de la marca, si ejercita la oportuna acción reivindicatoria con anterioridad a la fecha de registro o en el plazo de cinco años a contar desde la publicación de éste o desde el momento en que la marca registrada hubiera comenzado a ser utilizada conforme a lo previsto en el artículo 39»¹⁹.

En palabras de BERCOVITZ, «es el supuesto que se da con frecuencia cuando un trabajador o un socio registran a su nombre la marca no inscrita que venía usando la empresa en que estaba trabajando o la sociedad, o cuando ya se había seleccionado la marca para proceder a su registro o a su uso. También incurriría en el fraude de los derechos del titular quien habiendo diseñado o

¹⁹ Resulta muy interesante en este sentido la sentencia del TJUE de 23 de noviembre de 2017 (asunto C-381/16), en la que se planteaba si procedía aplicar el régimen de la acción reivindicatoria de marca establecido en el artículo 2 de la Ley 17/2001 de Marcas a aquellos supuestos en los que se reivindica una marca de la UE. Y ello en la medida en que habida cuenta de que el régimen de reivindicación establecido en el artículo 18 del Reglamento n.º 207/2009 únicamente contemplaba el supuesto del agente o del representante desleal. Pues bien, en línea con el argumento defendido por la Audiencia Provincial de Alicante, el TJUE declaró que: «Los artículos 16 y 18 del Reglamento (CE) n.º 207/2009 del Consejo, de 26 de febrero de 2009, sobre la marca de la Unión Europea, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a la aplicación, respecto a una marca de la Unión Europea, de una disposición nacional, como la que es objeto del litigio principal, en virtud de la cual una persona perjudicada por el registro de una marca solicitado con fraude de sus derechos o con violación de una obligación legal o contractual puede reivindicar la propiedad de dicha marca, siempre y cuando la situación de que se trate no esté comprendida en los supuestos del artículo 18 de este Reglamento».

seleccionado la marca por encargo de un tercero y habiendo recibido el precio registrara la marca a su nombre. Y un caso que merece consideración especial es el del registro de la marca no inscrita por el agente o representante»²⁰.

A este respecto, el artículo 10 LM señala que: «1. A menos que justifique su actuación, el agente o representante del titular de una marca no podrá registrar esa marca a su nombre sin el consentimiento de dicho titular. 2. El titular perjudicado tendrá derecho a oponerse al registro de la marca o a formular contra la misma las correspondientes acciones de nulidad, reivindicatoria o de cesación, conforme a lo previsto en esta Ley y en el artículo 6 septies del Convenio de París. En particular, serán de aplicación a la acción reivindicatoria las previsiones contenidas en los apartados 2 y 3 del artículo 2».

Así las cosas, el agente o representante podrá registrar la marca del titular si obtiene su consentimiento o si, como se indica literalmente en el apartado 1º del art. 10 LM, «justifica su actuación». Sobre la cuestión FERNÁNDEZ NOVOA ha indicado que el agente podrá justificar su actuación demostrando que por medio de su esfuerzo e inversiones ha sido él quien ha difundido la marca del principal en el mercado español, que el titular de la marca ha dejado de usar la marca en su propio país al abandonar la fabricación de los correspondientes productos, o que el empresario titular de la marca le ha manifestado su falta de interés en usar y registrar la marca en el mercado nacional donde el agente desempeña su labor²¹. A nuestro entender, no nos parece convincente el primer motivo. En tal caso, el agente podría reclamar al titular de la marca el importe de las inversiones, pero no debe permitirse que haga suya una marca ajena.

En punto a los derechos conferidos al empresario titular de la marca, en calidad de perjudicado, podrá: a) oponerse a la solicitud de registro de la correspondiente marca que su agente o representante presente ante la OEPM; b) reivindicar la marca solicitada o registrada por su agente o representante; c) ejercitar la acción de nulidad; y, finalmente, d) entablar la acción de cesación contra la utilización no autorizada de su marca.

Una mención aparte merecen las marcas colectivas²² y las marcas de garantía²³, ya que sólo podrán solicitar las primeras las asociaciones de fabricantes, productores, prestadores de servicios o comerciantes que tengan capacidad, en su propio nombre, para ser titulares de derechos y obligaciones, celebrar contratos o realizar otros actos jurídicos, y que tengan capacidad procesal, así como las personas jurídicas de Derecho público (artículo 62.1 LM), mientras que las segundas podrán ser solicitadas por toda persona física o jurídica, incluidas las instituciones, autoridades y organismos de Derecho público, a condición de que no desarrollen

²⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Artículo 2. Adquisición del derecho», en *Comentarios a la Ley de Marcas*, (Dir. Bercovitz Rodríguez-Cano), (Dir. adjunto García Cruces González), 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2008, pág. 108.

²¹ Vid. FERNÁNDEZ NOVOA, C., *Tratado sobre Derecho de Marcas*, Marcial Pons, 2ª ed., Madrid, 2004, p. 101.

²² En virtud del artículo 62.1 LM: «Se entenderá por marca colectiva todo signo que, cumpliendo los requisitos previstos en el artículo 4, sirva para distinguir los productos o servicios de los miembros de la asociación titular de la marca de los productos o servicios de otras empresas»

²³ De acuerdo con el artículo 68.1 LM, «1. Se entenderá por marca de garantía todo signo que, cumpliendo los requisitos previstos en el artículo 4, sirva para distinguir los productos o servicios que el titular de la marca certifica respecto de los materiales, el modo de fabricación de los productos o de prestación de los servicios, el origen geográfico, la calidad, la precisión u otras características de los productos y servicios que no posean esa certificación»

una actividad empresarial que implique el suministro de productos o la prestación de servicios del tipo que se certifica (artículo 68.2 LM).

Finalmente, cabe destacar que, en virtud del artículo 46.2 LM, «con independencia de la transmisión de la totalidad o de parte de la empresa, la marca y su solicitud podrán transmitirse, darse en garantía o ser objeto de otros derechos reales, licencias, opciones de compra, embargos u otras medidas que resulten del procedimiento de ejecución, para todos o parte de los productos o servicios para los cuales estén registradas o solicitadas, e inscribirse en el Registro de Marcas, sin perjuicio de los demás negocios jurídicos de que fuere susceptible el derecho de marca».

c. *Legitimación para solicitar diseños industriales*

La Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial (LDI), bajo la rúbrica «Legitimación» establece en su artículo 4 que:

«1. Podrán obtener el registro de diseños las personas naturales o jurídicas de nacionalidad española y las personas naturales o jurídicas extranjeras que residan habitualmente o tengan un establecimiento industrial o comercial efectivo y serio en territorio español o que gocen de los beneficios del Convenio de la Unión de París para la protección de la Propiedad Industrial de 20 de marzo de 1883, de conformidad con lo establecido en el Acta vigente en España de este convenio, denominado en lo sucesivo «Convenio de París», así como los nacionales de los Estados miembros de la Organización Mundial del Comercio.

2. También podrán obtener el registro de diseños, conforme a lo dispuesto en esta ley, las personas naturales o jurídicas extranjeras no comprendidas en el apartado anterior, siempre que en el Estado del que sean nacionales se permita a las personas naturales o jurídicas de nacionalidad española el registro de sus diseños de acuerdo con la legislación de ese país.

3. Las personas mencionadas en el apartado 1 podrán invocar la aplicación en su beneficio de las disposiciones del Convenio de París y las de cualquier otro Tratado internacional ratificado por España, en cuanto les fuere de aplicación directa, en todo lo que les sea más favorable respecto de lo dispuesto en esta ley».

Observamos, por tanto, como, a diferencia de lo que sucede en la normativa sobre patentes y marcas, la Ley 22/2003 vincula la legitimación para obtener el registro de diseños con criterios de nacionalidad, residencia, pertenencia al CUP o a la OMC o, incluso, con criterios de reciprocidad entre el Estado correspondiente y el Estado español.

Dicho esto, el derecho a registrar el diseño pertenece al autor o a su causahabiente²⁴, aclarando la LDI que en los procedimientos ante la Oficina Española de Patentes y Marcas se presumirá que el solicitante tiene derecho a registrar el diseño (artículo 14).

Por lo que respecta a los diseños creados en el marco de una relación de empleo o de servicios, el artículo 15 LDI establece que «cuando el diseño haya sido desarrollado por un empleado en ejecución de sus funciones o siguiendo las instrucciones del empresario o empleador, o por

²⁴ El artículo 14 especifica que: «2. Cuando el diseño haya sido realizado por varias personas conjuntamente, el derecho a registrar el diseño pertenecerá en común a todas ellas en la proporción que determinen. En defecto de pacto contractual al respecto, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 58 de esta ley, se aplicarán las normas establecidas en el Código Civil para la comunidad de bienes. 3. Si un mismo diseño ha sido creado por distintas personas de forma independiente, el derecho a registrar el diseño pertenecerá a aquél cuya solicitud de registro tenga una fecha anterior de presentación en España, siempre que dicho registro llegue a ser concedido.

encargo en el marco de una relación de servicios, el derecho a registrar el diseño corresponderá al empresario o a la parte contractual que haya encargado la realización del diseño, salvo que en el contrato se disponga otra cosa».

Por lo demás, si el diseño hubiere sido solicitado o registrado por quien no tenía derecho a su registro según los artículos 14 o 15, la persona legitimada conforme a dichos artículos podrá reivindicar que le sea reconocida y transferida la titularidad registral, sin perjuicio de cualesquiera otros derechos o acciones que pudieran corresponderle. También podrá quien tuviere derecho a la cotitularidad del diseño reivindicar su reconocimiento e inscripción como cotitular en el Registro de Diseños (artículo 16 LDI).

Por último, cabe destacar que los derechos derivados de la solicitud o del registro del diseño podrán transmitirse, darse en garantía o ser objeto de otros derechos reales, licencias, opciones de compra, embargos, otros negocios jurídicos o medidas que resulten del procedimiento de ejecución (artículo 59.1 LDI).

1.2. Representación

Una vez establecido qué sujetos ostentan la legitimación para solicitar el correspondiente título de propiedad industrial (ya hablemos de patentes, modelos de utilidad, certificados complementarios de protección, marcas, nombres comerciales o diseños industriales), estamos en disposición de afrontar las posibilidades que tales sujetos tienen de actuar a través de un representante.

La cuestión se regula específicamente en el Título XV LP («Representación ante la Oficina Española de Patentes y Marcas») y, en concreto, en el artículo 175 LP, el cual, bajo la rúbrica «Capacidad y representación», establece que:

1. Podrán actuar ante la Oficina Española de Patentes y Marcas:

- a) Los interesados con capacidad de obrar de conformidad con lo previsto en el Título III de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- b) Los Agentes de la Propiedad Industrial.

2. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 7.2 del Tratado sobre el derecho de patentes, hecho en Ginebra el 1 de junio de 2000, los no residentes en un Estado miembro de la Unión Europea deberán actuar mediante Agente de la Propiedad Industrial».

El precepto recoge en primer lugar la capacidad de los interesados para actuar ante la OEPM. Dejando constancia de que la referencia a la Ley 30/1992 debe entenderse realizada a la *Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas* (LPAC), la referencia a «los interesados» lleva implícita la posibilidad de actuación mediante representante. En este sentido, el artículo 5 LPAC es claro cuando señala que:

«Los interesados con capacidad de obrar podrán actuar por medio de representante, entendiéndose con éste las actuaciones administrativas, salvo manifestación expresa en contra del interesado»

Y, por lo que respecta a quiénes pueden ser representantes, el artículo 5.2 señala que:

«Las personas físicas con capacidad de obrar y las personas jurídicas, siempre que ello esté previsto en sus Estatutos, podrán actuar en representación de otras ante las Administraciones Públicas»

En consecuencia, cabe concluir que los interesados podrán actuar personalmente o por medio de representante que, a su vez, podrá ser una persona física con capacidad de obrar o una persona jurídica siempre que esté previsto en sus estatutos. Por lo demás, para formular ante la OPEM la solicitud del título de propiedad industrial correspondiente, los representantes deberán acreditar su condición. Y es que, según el artículo 5.3 LPAC,

«Para formular solicitudes, presentar declaraciones responsables o comunicaciones, interponer recursos, desistir de acciones y renunciar a derechos en nombre de otra persona, deberá acreditarse la representación. Para los actos y gestiones de mero trámite se presumirá aquella representación»

En segundo término, junto a la actuación del interesado o su representante (al que no se exige ningún tipo de cualificación especial), la LP recoge la posibilidad de actuación de los agentes de la propiedad industrial. Estos se definen en el artículo 176.1 LP como:

«Las personas legalmente habilitadas que como profesionales liberales ofrecen y prestan habitualmente sus servicios para asesorar, asistir y representar a terceros en la obtención de las diversas modalidades de Propiedad Industrial y en la defensa ante la Oficina Española de Patentes y Marcas de los derechos derivados de las mismas».

En definitiva, podemos concluir que ante la OPEM pueden actuar: a) los interesados, b) sus representantes (sin necesidad de que éstos posean una cualificación específica) y c) los agentes de la propiedad industrial (representantes legalmente habilitados por cumplir una serie de requisitos entre los que destaca la superación de un examen de aptitud acreditativo de los conocimientos necesarios -art. 177 LP-).

Esta interpretación se refuerza en atención a lo dispuesto en los apartados 5º y 6º del artículo 176 LP. En virtud del artículo 176.5:

«Los Agentes de la Propiedad Industrial estarán obligados a mantener la confidencialidad de los asuntos en los que intervengan y tendrán derecho a negarse a divulgar las comunicaciones intercambiadas con sus clientes o con terceras personas relativas a los procedimientos seguidos ante la Oficina Española de Patentes y Marcas.

«Entre otros, estará sometida a dichas condiciones toda comunicación o todo documento relativo a:

- a) la valoración de la patentabilidad de una invención, la registrabilidad de un diseño industrial, de una marca o de un nombre comercial;
- b) la preparación o la tramitación de una solicitud de patente, modelo de utilidad, diseño industrial, marca o nombre comercial;
- c) cualquier opinión relativa a la validez, alcance de protección o infracción del objeto de una patente, modelo de utilidad, diseño industrial, marca o nombre comercial, así como de una solicitud de cualquiera de dichas modalidades».

A su vez, de acuerdo con el artículo 176.6:

«Los representantes mencionados en el artículo 175.1 y que no sean agentes de la propiedad industrial, estarán obligados a lo mismo que se establece en el apartado precedente»

Así las cosas, el juego entre los apartados 5 y 6 del artículo 176 deja claras dos cosas. La primera es que cualquier representante sin cualificación específica podrá actuar ante la OEPM siempre que acredite el poder de representación [en puridad el artículo 175.1 no «menciona» ningún representante salvo por la referencia a la actuación de los interesados conforme a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas]. Y, la segunda, que (pese a no cumplir con los requisitos exigidos a los agentes de la propiedad industrial) cualquier representante podrá, no sólo representar a terceros en la obtención de los diferentes títulos de propiedad industrial, sino también llevar a cabo tareas de asesoramiento. De no ser así, ningún sentido tendría someter a los representantes que no gozan de la condición de agentes de propiedad industrial a mantener la confidencialidad de los asuntos en los que intervengan, del mismo modo que tampoco tendría sentido reivindicar su derecho a negarse a divulgar las comunicaciones intercambiadas con sus clientes o con terceras personas relativas a los procedimientos seguidos ante la Oficina Española de Patentes y Marcas.

Dicho esto, la situación es distinta cuando hablamos de no residentes en un Estado miembro de la Unión Europea. En estos casos, y de acuerdo con el art. 175.2 LP, «sin perjuicio de lo establecido en el artículo 7.2 del Tratado sobre el derecho de patentes, hecho en Ginebra el 1 de junio de 2000 *los no residentes en un Estado miembro de la Unión Europea deberán actuar ante la OEPM mediante un Agente de la Propiedad Industrial*».

En este escenario, podría surgir la duda de si el artículo 175 LP («Capacidad y representación») y -desde una perspectiva más amplia- el conjunto de normas contempladas en el Título XV LP («Representación ante la Oficina Española de Patentes y Marcas») resultan aplicables a los títulos de propiedad industrial no regulados en la LP. Dicho de otra forma, cabría preguntarse si tales normas resultan aplicables en materia de marcas, nombres comerciales y diseños industriales. La cuestión surge porque tanto la Disposición final tercera de la LP como la Disposición final cuarta dan -respectivamente- una nueva redacción a la Disposición adicional primera de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas y a la Disposición adicional primera de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial para señalar expresamente que las normas vigentes contenidas en el Título XII de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes serán de aplicación a los citados textos. Sin embargo, nada se dice acerca del Título XV LP objeto de análisis.

No obstante lo anterior, en nuestra opinión las normas sobre representación ante la OPEM contempladas en la Ley de Patentes deben extenderse a aquellos supuestos relativos a marcas, nombres comerciales y diseños industriales. Y ello porque si la normativa sobre representación es laxa a la hora de regular el título de tramitación más compleja («la patente») no parece que deba interpretarse de manera más restrictiva cuando hacemos referencia a otros títulos de propiedad industrial. Además, obsérvese que el artículo 176 en su apartado 5º (que se aplica, como hemos visto también a los «los representantes mencionados en el artículo 175.1 y que no sean agentes de la propiedad industrial» (art. 176.6) hace referencia a cualquier opinión relativa a la validez, alcance de protección o infracción del objeto de una patente, modelo de utilidad, diseño industrial, marca o nombre comercial, así como de una solicitud de cualquiera de dichas

modalidades, sin establecer ninguna restricción en cuanto a los títulos de propiedad industrial afectados.

De todas formas, más allá de esta reflexión, en el apartado «preguntas frecuentes» disponible en la web de la OEPM (www.oepm.es) ante la pregunta: ¿Debo actuar ante la OEPM con un representante? la respuesta del organismo es la siguiente: «La opción de actuar o no representado por un agente de la propiedad industrial es una *elección personal* del solicitante y, nunca, una obligación ni un requisito indispensable, excepto cuando se trate de un solicitante no residente en la Unión Europea»

Vemos, por tanto, que ni la pregunta ni la respuesta limitan su ámbito de actuación a ninguna modalidad de propiedad industrial en concreto, por lo que ha de extenderse aplicable a cualquier modalidad de signos distintivos e invenciones, ya sean estas de carácter técnico o estético.

2. Legitimación y representación ante la Oficina Europea de Patentes (EPO)

2.1. Consideraciones generales

El Convenio de la Patente Europea (CPE) es un tratado internacional adoptado tras la conferencia diplomática de Múnich el 5 de octubre de 1973, que entró en vigor para España el 1 de octubre de 1986, fecha en la que nuestro país comenzó a ser designado en las solicitudes de patente europea. El Convenio de la Patente Europea crea un sistema centralizado de concesión de patentes de cuya gestión se encarga la Oficina Europea de Patentes (EPO).

Básicamente, el sistema de patente europea permite designar en una única solicitud a aquellos Estados europeos en los que se quiere obtener protección siempre que sean parte del Convenio Europeo de Patentes [En la actualidad son miembros del Convenio 39 países y, gracias a acuerdos bilaterales, la protección puede extenderse a Bosnia-Herzegovina y validarse en otros cuatro países].

En virtud del artículo 64 CPE, «la patente europea confiere a su titular, a partir del día de la publicación de la nota de concesión y en cada uno de los Estados contratantes para los que haya sido concedida, los mismos derechos que le conferiría una patente nacional concedida en ese Estado». De esta forma, las patentes europeas otorgadas tienen el mismo efecto -en cada uno de los países en los que se validan- que las patentes nacionales concedidas en dichos países. Este procedimiento centralizado de concesión de patentes permite reducir costes y simplificar la tramitación, al evitar que el solicitante deba presentar y tramitar por separado cada solicitud de patente en cada territorio de interés.

2.2. Legitimación

El artículo 58 del CPE, bajo la rúbrica «Legitimación para presentar solicitudes de patente europea» es claro al señalar que: «cualquier persona natural o jurídica y cualquier sociedad asimilada a una persona jurídica, en virtud de la legislación que le sea aplicable, podrá solicitar una patente europea». De esta forma, cabe afirmar que cualquier persona física o jurídica, independientemente de su nacionalidad, lugar de residencia o domicilio social, puede presentar una solicitud de patente europea.

2.3. Representación

En materia de representación, el artículo 133 CPE establece lo siguiente:

- «1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 2, nadie estará obligado a hacerse representar por un agente autorizado en los procedimientos establecidos por el presente Convenio.
2. Las personas físicas y jurídicas que no tengan ni su domicilio ni su sede en uno de los Estados Contratantes deberán ser representadas por un agente autorizado y actuar por mediación de éste en cualquier procedimiento establecido por el presente Convenio, salvo para la presentación de una solicitud de patente europea; el Reglamento de Ejecución podrá permitir otras excepciones.
3. Las personas físicas y jurídicas que tengan su domicilio o su sede en uno de los Estados Contratantes podrán actuar por mediación de un empleado en cualquier procedimiento establecido por el presente Convenio; este empleado, que deberá estar provisto de un poder de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Ejecución, no tendrá que ser un agente autorizado. El Reglamento de Ejecución podrá establecer si, y en qué condiciones, el empleado de una persona jurídica a que se refiere el presente párrafo podrá igualmente actuar en nombre de otras personas jurídicas que tengan su sede en un Estado Contratante y estén ligadas con aquélla por lazos económicos.
4. El Reglamento de Ejecución podrá establecer disposiciones especiales sobre la representación común de partes que actúen en común».

A la vista de este precepto, tal y como señala el documento «La patente europea» elaborado por la OEPM: a) «Las personas que tengan su domicilio o su sede en alguno de los Estados Contratantes no están obligadas a ser representadas por un agente autorizado (aunque obviamente pueden hacerlo). En estos casos, podrán actuar por sí mismas o por mediación de un empleado que esté provisto de un poder de representación. Puesto que España es miembro del Convenio sobre la Patente Europea, las personas que tengan su domicilio o su sede en España no están obligadas a acudir a un agente autorizado. b) Las personas naturales y jurídicas que no tengan ni su domicilio ni su sede en territorio de uno de los Estados contratantes deberán estar representadas por un agente autorizado y actuar por mediación suya en cualquier procedimiento establecido en el Convenio, salvo para la presentación de una solicitud de patente europea.

En estos casos, la representación de las personas naturales o jurídicas en los procedimientos establecidos por el Convenio sólo podrá ser ejercida por los agentes autorizados inscritos en una lista llevada a tal efecto por la Oficina Europea de Patentes» (art. 134.1)²⁵. En todo caso, el

²⁵ Artículo 134. Agentes autorizados

1. La representación de personas físicas o jurídicas en los procedimientos establecidos por el presente Convenio sólo podrá ser ejercida por los agentes autorizados inscritos en una lista llevada a tal efecto por la Oficina Europea de Patentes.

2. Podrá inscribirse en la lista de agentes autorizados toda persona física que:

- a) posea la nacionalidad de uno de los Estados Contratantes;
- b) tenga su domicilio profesional o su lugar de empleo en uno de los Estados Contratantes, y
- c) haya superado las pruebas del examen europeo de cualificación.

3. Durante un período de un año, a partir de la fecha en que surta efectos la adhesión de un Estado al presente Convenio, podrá solicitar su inscripción en la lista de agentes autorizados toda persona física que:

- a) posea la nacionalidad de un Estado Contratante;
- b) tenga su domicilio profesional o su lugar de empleo en el Estado que se haya adherido al Convenio, y
- c) esté habilitada para representar en materia de patentes de invención a personas físicas o jurídicas ante el servicio central de la propiedad industrial de dicho Estado. En caso de que dicha habilitación no requiera una

artículo 134.8 puntualiza que: «la representación con el mismo carácter que por un agente autorizado en los procedimientos establecidos por el presente Convenio podrá ser ejercida por cualquier abogado habilitado para ejercer en uno de los Estados Contratantes y que tenga en él su domicilio profesional, en la medida en que pueda actuar en dicho Estado en calidad de agente en materia de patentes de invención». Así las cosas, los abogados españoles que, además, de la cualificación como abogados, detentan la condición de agentes de la propiedad industrial, se equiparan a los agentes autorizados inscritos en la lista de la EPO.

3. Legitimación y representación ante la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO)

3.1. Consideraciones generales

La Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), conocida hasta el 23 de marzo de 2016 como Oficina de Armonización del Mercado Interior (OAMI), es la entidad que administra los derechos sobre marcas, dibujos y modelos de la UE. La normativa sobre los citados derechos de propiedad industrial -que en caso de ser otorgados despliegan sus efectos en todo el territorio de la Unión Europea- se contiene fundamentalmente en el *Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2017 sobre la marca de la Unión Europea (RMUE)* y en el *Reglamento (CE) nº. 6/2002 del Consejo de 12 de diciembre de 2001 sobre los dibujos y modelos comunitarios (RDC)*.

3.2. Legitimación

En lo relativo a la legitimación, el Reglamento sobre la marca de la Unión Europea, establece en su artículo 5 que «podrán ser titulares de marcas de la Unión las personas físicas o jurídicas, incluidas las entidades de Derecho público». Por su parte, en materia de dibujos y modelos comunitarios, la EUIPO aclara en su página web que «cualquier persona física o jurídica de cualquier país del mundo puede presentar una solicitud», por lo que, como podemos observar, no existe al respecto restricción de ningún tipo.

3.3. Representación

a. Normativa

En materia de representación, la normativa a tener en cuenta es la siguiente:

i) Reglamento sobre la marca de la Unión Europea:

«Artículo 119 Principios generales relativos a la representación.

1. Salvo lo dispuesto en el apartado 2, nadie tendrá obligación de hacerse representar ante la Oficina.

cualificación profesional especial, dicha persona deberá haber actuado habitualmente en ese Estado como representante durante un mínimo de cinco años.

4. La inscripción se hará previa petición acompañada de certificados acreditativos de que se reúnen las condiciones a que se refieren los párrafos 2 ó 3.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en la segunda frase del apartado 3 del presente artículo, las personas físicas o jurídicas que no tengan ni domicilio, ni sede, ni establecimiento industrial o comercial efectivo y serio en el Espacio Económico Europeo deberán hacerse representar ante la Oficina con arreglo al artículo 120, apartado 1, en todos los procedimientos establecidos por el presente Reglamento, salvo para la presentación de una solicitud de marca de la Unión.

3. Las personas físicas y jurídicas que tengan su domicilio o su sede o un establecimiento industrial o comercial efectivo y serio en el Espacio Económico Europeo podrán actuar ante la Oficina por medio de un empleado. El empleado de alguna persona jurídica de las contempladas en el presente apartado podrá actuar también para otras personas jurídicas que estén económicamente vinculadas a aquella, aunque esas otras personas jurídicas no tengan domicilio, sede ni establecimiento industrial o comercial efectivo y serio en el Espacio Económico Europeo. El empleado que actúe en nombre de una persona en el sentido del presente apartado deberá, a petición de la Oficina, o, cuando corresponda, de la parte en el procedimiento, presentar a la Oficina un poder firmado para su inclusión en el expediente.

4. Cuando varios solicitantes o terceros actúen conjuntamente, se designará un representante común».

Artículo 120 Representación profesional.

«1. La representación de personas físicas o jurídicas ante la Oficina solo podrá ser asumida:

a) por un abogado facultado para ejercer en el territorio de uno de los Estados miembros del Espacio Económico Europeo y que posea su domicilio profesional en el Espacio Económico Europeo, en la medida en que pueda actuar en dicho Estado en calidad de representante en materia de marcas;

b) por los representantes autorizados inscritos en una lista que lleve a tal efecto la Oficina. A petición de la Oficina o, cuando corresponda, de la otra parte en el procedimiento, los representantes ante la Oficina depositarán en ella un poder firmado, para su inclusión en el expediente.

2. Podrá inscribirse en la lista de representantes autorizados toda persona física que:

a) posea la nacionalidad de alguno de los Estados miembros del Espacio Económico Europeo;

b) tenga su domicilio profesional o su lugar de empleo en el Espacio Económico Europeo;

c) esté facultada para representar, en materia de marcas, a personas físicas o jurídicas ante la Oficina de Propiedad Intelectual del Benelux o ante la oficina central de la propiedad industrial de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo. Cuando, en el Estado de que se trate, tal facultad no esté subordinada al requisito de una cualificación profesional específica, las personas que soliciten su inscripción en la lista de la Oficina y que actúen en materia de marcas ante la Oficina de Propiedad Intelectual del Benelux o aquellas oficinas centrales de la propiedad industrial, deberán haber ejercido con carácter habitual durante al menos cinco años. Sin embargo, se dispensará de esta condición relativa al ejercicio de la profesión a las personas cuya cualificación profesional para ostentar la representación, en materia de marcas, de personas físicas o jurídicas ante la Oficina de Propiedad Intelectual del Benelux o aquellas oficinas centrales de la propiedad industrial, esté oficialmente reconocida de conformidad con la normativa establecida por el Estado de que se trate.

3. La inscripción se hará previa instancia acompañada de una certificación facilitada por el servicio central de la propiedad industrial del Estado miembro de que se trate, en la que se indique que se cumplen las condiciones contempladas en el apartado 2.

4. El director ejecutivo podrá conceder una excepción:

a) del requisito establecido en el apartado 2, letra c), segunda frase, si el solicitante presenta la prueba de que ha adquirido de otro modo la cualificación requerida;

b) del requisito establecido en el apartado 2, letra a), cuando se trate de profesionales altamente cualificados, siempre que se cumplan los requisitos previstos en el apartado 2, letras b) y c).

5. Se podrá dar de baja de la lista de representantes autorizados a las personas que lo soliciten o que dejen de estar facultadas para ejercer de representantes. Las modificaciones introducidas en la lista de representantes autorizados se publicarán en el Diario Oficial de la Oficina».

ii) *Reglamento sobre los dibujos y modelos comunitarios*

Artículo 77 Principios generales de representación.

«1. Salvo lo dispuesto en el apartado 2, nadie podrá ser obligado a hacerse representar ante la Oficina.
 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado 3, las personas físicas o jurídicas que no tengan ni domicilio ni sede social ni establecimiento industrial o comercial efectivo en la Comunidad deberán designar representante ante la Oficina, en virtud de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 78, para todo procedimiento entablado ante la misma a tenor de lo previsto en el presente Reglamento, salvo para lo referente a la presentación de la solicitud de un dibujo o modelo comunitario registrado. El Reglamento de ejecución podrá permitir otras excepciones.
 3. Las personas físicas o jurídicas que tengan su domicilio, sede social o establecimiento industrial o comercial efectivo en territorio comunitario podrán ser representadas ante la Oficina por un empleado que deposite en ella un poder firmado a estos efectos, que deberá incorporarse al expediente y cuya forma y condiciones se especificarán en el Reglamento de ejecución.
 El empleado de la persona jurídica a que se refiere el presente apartado podrá asimismo representar a otras personas jurídicas que tengan vínculos económicos con la primera, aun cuando dichas personas jurídicas carezcan de domicilio, sede social o establecimiento industrial o comercial efectivo y real dentro de la Comunidad.

Artículo 78. Representación profesional.

«1. La representación de personas físicas o jurídicas en procedimientos entablados ante la Oficina con arreglo al presente Reglamento sólo podrá ser asumida:
 a) por un abogado facultado para ejercer en uno de los Estados miembros y cuyo domicilio profesional se encuentre en la Comunidad, siempre que pueda actuar en dicho Estado miembro en calidad de representante para asuntos de propiedad industrial; o
 b) por los representantes autorizados inscritos en la lista de representantes autorizados contemplada en la letra b) del apartado 1 del artículo 89 del Reglamento sobre la marca comunitaria; o
 c) por personas inscritas en la lista especial de mandatarios profesionales en materia de propiedad industrial, mencionada en el apartado 4.
 2. Las personas mencionadas en la letra c) del apartado 1 sólo podrán inscribirse como representantes de terceros en los procedimientos en materia de propiedad industrial ante la Oficina.
 3. El Reglamento de ejecución especificará cuando y en que forma los representantes que puedan actuar ante la Oficina deberán depositar ante ella un poder firmado.
 4. Las personas físicas que cumplan los siguientes requisitos podrán inscribirse en la lista especial de representantes profesionales en materia de propiedad industrial:
 a) tener la nacionalidad de uno de los Estados miembros;
 b) tener un domicilio profesional o centro de trabajo dentro de la Comunidad;
 c) estar facultado para representar a personas físicas o jurídicas en materia de propiedad industrial, ante el registro central de propiedad industrial de un Estado miembro o ante la Oficina de Dibujos y Modelos del Benelux. Cuando, en dicho Estado, la facultad para representar en materia de propiedad industrial no esté subordinada a la posesión de una titulación profesional específica, las personas que soliciten su inscripción en la lista deberán haber ejercido habitualmente una actividad en materia de propiedad industrial ante el registro central de dicho Estado miembro durante al menos cinco años. No obstante, se dispensará del requisito del ejercicio habitual de esta actividad a las personas cuya facultad para representar a personas físicas y jurídicas en materia de propiedad industrial, incluidos los derechos sobre dibujos y modelos, ante el registro central de un Estado miembro esté oficialmente reconocida con arreglo a la normativa vigente en dicho Estado.
 5. La inscripción en la lista mencionada en el apartado 4 se hará a instancia de parte acompañada de un certificado emitido por el registro central de propiedad industrial del Estado miembro de que se trate, que indique que se cumplen las condiciones establecidas en dicho apartado.

6. El presidente de la Oficina podrá eximir del cumplimiento de:
- a) el requisito establecido en la letra a) del apartado 4 en circunstancias especiales;
 - b) el requisito establecido en la segunda frase de la letra c) del apartado 4 si el solicitante probare haber adquirido de otro modo la calidad requerida.
7. El Reglamento de ejecución fijará las condiciones en las que podrá procederse a dar de baja a una persona de la lista de representantes profesionales».

b. Designación de representante

En este escenario, las personas que tengan su domicilio o su sede o un establecimiento industrial o comercial efectivo y serio dentro del Espacio Económico Europeo (EEE) [Unión Europea (UE), Islandia, Liechtenstein y Noruega] no precisan nombrar un representante para los procedimientos ante la Oficina ni en cuestiones de marcas ni de dibujos o modelos.

En cambio, las personas físicas que no tengan su domicilio o las personas jurídicas que no tengan su sede o un establecimiento industrial o comercial efectivo y serio en el EEE deberán designar a un representante que tenga su sede en el EEE. Esta obligación existe en cualquiera de los procedimientos ante la Oficina, salvo para la presentación de una solicitud de marca de la Unión Europea o un DMC, una solicitud de renovación de una MUE o un DMC y una petición de consulta pública [Directrices EUIPO 2023, apartado 5.1].

En lo que concierne a los procedimientos de dibujos y modelos comunitarios registrados (DMC), en virtud del artículo 78 RDC el territorio relevante para establecer la obligación de estar representado (y el lugar en el que deben tener su sede los representantes) es la Unión Europea. Sin embargo, desde la sentencia del asunto *Paul Rosenich* (13/07/2017, T 527/14, *PAUL ROSENICH*, EU:T:2017:487), la Oficina considera que el territorio relevante es el EEE y, en consecuencia, las consideraciones que antes eran aplicables al EEE en los asuntos de marcas ahora se aplican también a los dibujos y modelos.

Dicho esto, ¿quién puede actuar como representante profesional ante la EUIPO?

c. Representantes

En los procedimientos ante la Oficina se distinguen las siguientes categorías de representantes:

- i) *Los abogados* [artículo 120, apartado 1, letra a), del RMUE, y artículo 78, apartado 1, letra a), del RDC].

Un abogado es un profesional que está automáticamente autorizado (sin que sea necesario un mayor reconocimiento formal) para representar a terceros ante la Oficina si cumple las tres condiciones siguientes: «1. deberá estar facultado para ejercer en uno de los Estados miembros del EEE; 2. deberá poseer su domicilio profesional en el EEE; y 3. habrá de poder actuar, en el Estado miembro en el que esté facultado, en calidad de representante en materia de marcas o de dibujos o modelos».

Si analizamos estos tres puntos, el requisito de estar facultado para ejercer en el territorio de uno de los Estados miembros del EEE implica que la persona afectada deberá estar inscrita en el colegio de abogados. Por otra parte, no se establecen requisitos de nacionalidad [por ello, el

abogado podrá ser ciudadano de un Estado que no sea un Estado miembro del EEE], pero el domicilio profesional deberá estar ubicado en el EEE. Finalmente, en lo que respecta a la facultad para actuar en calidad de representante en materia de marcas o de dibujos o modelos, si un abogado está autorizado para actuar en materia de marcas o dibujos y modelos ante el servicio central de la propiedad industrial del Estado miembro del EEE en que está facultado, también lo estará para actuar ante la EUIPO.

Así las cosas, descendiendo al terreno nacional, tendrán derecho a actuar como abogados ante la oficina nacional de propiedad industrial de conformidad con la legislación española y, por consiguiente, a actuar ante la EUIPO en materia de marcas, dibujos y modelos, los titulares de la cualificación «abogado» (abogado colegiado) siempre que la persona a la que representen sea residente de un Estado miembro del EEE. Cuando la persona representada no sea residente en un Estado miembro del EEE no podrá estar representada por un abogado, sino por un representante autorizado con el título de «agente oficial de la propiedad industrial». Dicho con otras palabras, los abogados (a menos que sean, a su vez, agentes oficiales de la propiedad industrial) no podrán actuar ante la EUIPO cuando las personas físicas no tengan su domicilio o las personas jurídicas no tengan su sede o un establecimiento industrial o comercial efectivo y serio en el EEE.

ii) *El resto de profesionales* [artículo 120, apartado 1, letra b), del RMUE, y artículo 78, apartado 1, letra b), del RDC].

El segundo grupo de personas facultadas para representar profesionalmente a terceros ante la Oficina son aquellas cuyos nombres figuran en una de las dos listas de representantes autorizados de la Oficina: i) la lista de representantes autorizados de la Oficina de acuerdo con el artículo 120, apartado 1, letra b), del RMUE, y el artículo 78, apartado 1, letra b), del RDC (en materia de marcas y dibujos y modelos respectivamente); y ii) la lista de representantes autorizados de acuerdo con el artículo 78, apartado 1, letra c), del RDC (en materia de dibujos y modelos) [en España los representantes autorizados tienen facultades en materia de marcas y dibujos y modelos por lo que no aparecerán en la segunda de las listas citadas].

Dicho esto, las condiciones de inscripción en la lista de representantes autorizados ante la Oficina y en la lista de dibujos y modelos dependerán de la situación legal en cada Estado miembro del EEE.

En España, cualquier persona puede actuar como representante en materia de marcas, dibujos y modelos ante la oficina nacional de propiedad industrial de conformidad con la legislación española, siempre que la persona a la que representen sea un residente de un Estado miembro de la UE. Por tanto, como esta facultad no está «subordinada al requisito de una cualificación profesional específica» (artículo 120.2.c RMU y 78.4.c RDC), para actuar ante la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea será necesario haber ejercido con carácter habitual durante al menos cinco años ante la OEPM.

Ahora bien, cuando la persona representada no es un residente en un Estado miembro de la UE, deberá estar representada por una persona con el título de «agente de la propiedad industrial». En consecuencia, tendrán la «cualificación profesional específica» necesaria y, por tanto, tendrán derecho a actuar como representantes profesionales ante la EUIPO, los titulares de la cualificación de «agentes de la propiedad Industrial».

iii) La última categoría de representantes está formada por **empleados** que actúan como representantes de la parte en el procedimiento ante la Oficina (artículo 119, apartado 3, del RMUE, primera alternativa; artículo 77, apartado 3, del RDC, primera alternativa) o de empleados de personas jurídicas vinculadas económicamente (artículo 119, apartado 3, del RMUE, segunda alternativa; artículo 77, apartado 3, del RDC, segunda alternativa).

En efecto, las partes en el procedimiento ante la Oficina, ya sean personas físicas o jurídicas, que tengan su domicilio, sede o un establecimiento industrial o comercial efectivo y serio en el EEE, pueden ser representadas ante la Oficina por un empleado (artículo 119, apartado 3, primera frase, del RMUE, y artículo 77, apartado 3, primera frase, del RDC). Los empleados de las personas jurídicas descritas anteriormente también pueden representar a otras personas jurídicas que tengan vínculos económicos con la primera persona jurídica, incluso si esas otras personas jurídicas no tienen su domicilio legal en el EEE (artículo 119, apartado 3, segunda frase, del RMUE, y artículo 77, apartado 3, segunda frase, del RDC).

La admisión de un empleado representante depende, por tanto, de si la parte representada es una persona física o jurídica, de si la parte representada tiene su domicilio legal dentro o fuera del EEE y de si el empleado está empleado directa o indirectamente por la parte representada.

4. La representación a la luz del anteproyecto de ley de modificación de las leyes de propiedad industrial

4.1. Oficina española de Patentes y Marcas

Pues bien, una vez analizado el panorama actual en materia de legitimación y representación a la hora de solicitar títulos de propiedad industrial, cabe concluir que en España cualquier profesional puede actuar como representante de los solicitantes a no ser que éstos últimos residan fuera de la Unión Europea. En efecto, como hemos podido comprobar, la opción de actuar o no representado por un agente de la propiedad industrial es una elección personal del solicitante (y, nunca, una obligación ni un requisito indispensable) salvo en el supuesto de solicitantes no residentes en un Estado miembro de la Unión. Estos últimos, en efecto, deberán actuar necesariamente mediante un Agente de la Propiedad Industrial, profesión regulada que exige -entre otros requisitos- la superación de una prueba de aptitud (arts. 177.1.e LP).

En este contexto, en el mes de octubre de 2021 se hizo público el Anteproyecto de Ley de modificación de (i) la Ley 17/2001 de Marcas (LM); (ii) la Ley 20/2003 de Protección Jurídica del Diseño Industrial (LDI); y (iii) la Ley 24/2015 de Patentes (LP). El artículo tercero del Anteproyecto («Modificación de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes»), en su apartado cuarenta y seis, modifica el apartado 2 del artículo 175, que queda redactado como sigue:

«Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 7.2 del Tratado sobre el derecho de patentes, hecho en Ginebra el 1 de junio de 2000, las personas físicas o jurídicas que no tengan ni domicilio ni establecimiento industrial o comercial efectivo y serio en el Espacio Económico Europeo deberán actuar mediante representante, que sí cuente con dicho domicilio o establecimiento industrial o comercial, y que hayan previamente autorizado para actuar en su nombre»

A la luz de este precepto, es claro que en el Anteproyecto se elimina la exigencia de intervención preceptiva de los Agentes de la Propiedad Industrial (API) para los solicitantes ajenos al Espacio

Económico Europeo. Esta era una vieja aspiración de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) que ya, en su Informe sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley 24/2015 (Informe de 24 de noviembre de 2016), señalaba lo siguiente:

«La exigencia de intervención preceptiva de los API para los solicitantes extracomunitarios. Mantenido en el art. 175.2 de la LP y en el 107.1 del PRD. Se considera que la intervención preceptiva de los API para los solicitantes extracomunitarios es una barrera a la entrada que no se encuentra justificada desde la óptica de los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima restricción. Se trata de un caso de "renta regulatoria" que además puede afectar a la competencia en este sector, en perjuicio de otros posibles intermediarios profesionales técnicamente competentes. En consecuencia, **se recomienda suprimir, tanto en la LP mediante el instrumento oportuno como en este PRD, la intervención preceptiva de los API para los solicitantes extracomunitarios».**

De nuevo la CNMC, esta vez ya en el marco del Informe sobre el Anteproyecto, realiza la siguiente reflexión:

«En relación con la Ley de Patentes, en primer lugar, la CNMC valora positivamente que el APL elimine la exigencia de intervención preceptiva de los Agentes de la Propiedad Industrial (API) para los solicitantes ajenos al Espacio Económico Europeo, aspecto que ya había recomendado esta Comisión. No obstante, se insiste sobre otras dos recomendaciones realizadas en dicho informe en relación con los API. Por un lado, reevaluar la reserva de actividad de los API en la prestación de los servicios de traducción (artículos 154.2 y 169.2), posibilitando la apertura de la actividad a terceros profesionales con acreditada capacitación técnico-lingüística. Por otro lado, reconsiderar los requisitos de acceso (pruebas de aptitud) a la profesión de API (artículo 177.1.e)» (ap.3.2.1).

En definitiva, y a la luz de lo expuesto, cabe afirmar que el monopolio de actuación reservado a los agentes de la propiedad industrial ante la OEPM en el caso de solicitantes no residentes en un Estado miembro de la UE está actualmente en fase de revisión. En efecto, según la versión actual del Anteproyecto, las personas físicas o jurídicas que no tengan ni domicilio ni establecimiento industrial o comercial efectivo y serio en el Espacio Económico Europeo deberán actuar mediante representante, que sí cuente con dicho domicilio o establecimiento industrial o comercial, y que hayan previamente autorizado para actuar en su nombre, pero -a diferencia de lo que marca la LP vigente- dicho representante no tendrá que ser necesariamente un agente de la propiedad industrial.

4.2. Oficina Europea de Patentes

En el ámbito de este sistema y en su actuación ante la Oficina Europea de Patentes, las personas físicas y jurídicas que tengan su domicilio o su sede en alguno de los Estados Contratantes no están obligadas a ser representadas por un agente autorizado (aunque obviamente pueden hacer uso de esta opción). En estos casos, podrán actuar por sí mismas o por mediación de un empleado que esté provisto de un poder de representación. A estos efectos, un sujeto merece la calificación de empleado del solicitante si entre ambos media una relación laboral de carácter exclusivo.

Las personas naturales y jurídicas que no tengan ni su domicilio ni su sede en territorio de uno de los Estados contratantes del Convenio de Múnich sobre concesión de patentes europeas deberán estar representadas por un agente autorizado y actuar por mediación suya en cualquier

procedimiento establecido en el Convenio, salvo para la presentación de una solicitud de patente europea.

En estos casos, la representación de las personas naturales o jurídicas en los procedimientos establecidos por el Convenio sólo podrá ser ejercida por los agentes autorizados inscritos en una lista llevada a tal efecto por la Oficina Europea de Patentes (se exige -entre otros requisitos- haber superado las pruebas del examen europeo de cualificación) o, en virtud del artículo 134.8 CPE, por cualquier abogado habilitado para ejercer en uno de los Estados contratantes y que tenga en él su domicilio profesional, en la medida en que pueda actuar en dicho Estado en calidad de agente en materia de patentes de invención». En consecuencia, los abogados españoles que, además, de la cualificación como abogados, detentan la condición de agentes de la propiedad industrial, se equiparan a los agentes autorizados inscritos en la lista de la EPO

4.3. Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea

En el ámbito de este sistema y en su actuación ante la EUIPO, las personas físicas y jurídicas que tengan su domicilio o su sede o un establecimiento industrial o comercial efectivo y serio en el Espacio Económico Europeo no están obligadas a ser representadas por un representante profesional («abogado» u «otros profesionales» inscritos en una lista gestionada por la Oficina), aunque obviamente pueden hacer uso de esta opción. En estos casos, podrán actuar por sí mismas o por mediación de un empleado que esté provisto de un poder de representación.

En consecuencia, cabe preguntarse si cualquier profesional se incluye en ese grupo de «otros profesionales» que pueden representar a las personas físicas y jurídicas que tengan su domicilio o su sede o un establecimiento industrial o comercial efectivo y serio en el Espacio Económico Europeo. La respuesta es afirmativa, pero deberán haber ejercido la representación en materia de propiedad industrial ante la OEPM, con carácter habitual, durante al menos cinco años.

Por otra parte, las personas físicas o jurídicas que no tengan ni domicilio, ni sede, ni establecimiento industrial o comercial efectivo y serio en el Espacio Económico Europeo deberán hacerse representar ante la Oficina por un representante autorizado (abogado o resto de profesionales) que posea la titulación de agente de la propiedad industrial.

Así las cosas, el artículo 120.1.a) del Reglamento sobre marca de la Unión Europea y el artículo 78.1.a) del Reglamento sobre los dibujos y modelos comunitarios potencian la figura de los abogados ya que no se encuentran sujetos al requisito de haber ejercido la representación en materia de propiedad industrial ante la OEPM, con carácter habitual, durante al menos cinco años, para representar a las personas físicas y jurídicas que tengan su domicilio o su sede o un establecimiento industrial o comercial efectivo y serio en el Espacio Económico Europeo. Por el contrario, para representar a las personas físicas o jurídicas que no tienen ni domicilio, ni sede, ni establecimiento industrial o comercial efectivo y serio en el Espacio Económico Europeo, tanto los abogados como el resto de profesionales han de ser, a su vez, agentes de la propiedad industrial.

Una vez realizadas estas consideraciones, si se aprobase (en su versión actual) el Anteproyecto que modifica las Leyes españolas de propiedad industrial, los profesionales (no abogados) podrían representar ante la EUIPO no sólo a las personas físicas y jurídicas que tengan su

domicilio o su sede o un establecimiento industrial o comercial efectivo y serio en el Espacio Económico Europeo sino también a aquellas que no lo tuviesen. En ambos casos, no obstante, (salvo que se produjese la equiparación con los abogados) deberían cumplir con el requisito de haber ejercido habitualmente una actividad en materia de propiedad industrial ante la OEPM durante al menos cinco años (a no ser que se autorizase una excepción ex arts. 120.4 RMUE o 78.6 RDC).

5. Consideraciones finales

I. En nuestro país, la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM) es el organismo encargado de la concesión de títulos de propiedad industrial que despliegan sus efectos únicamente en el territorio nacional, ya sean estas patentes, modelos de utilidad, diseños industriales, marcas o nombres comerciales.

II. Los sujetos legitimados ante la OEPM para solicitar los distintos títulos de propiedad industrial varían en función de la naturaleza del derecho de exclusiva. El legitimado para solicitar la patente -o modelo de utilidad- no es otro que el titular del derecho y (a salvo el régimen específico de las invenciones laborales y las realizadas por el personal investigador de las Universidades Públicas y de los Entes Públicos de Investigación) el derecho pertenece al inventor o a sus causahabientes». En el ámbito de las marcas, la normativa se articula con el objetivo de que coincidan la realidad registral con el mejor derecho extra registral sobre el signo cuyo registro como marca se ha solicitado o concedido. En materia de diseños, el derecho a registrar el diseño pertenece al autor o a su causahabiente salvo en el caso de los diseños creados en el marco de una relación de empleo o de servicios. En cualquier caso, frente a la solicitud de un título de propiedad industrial por un sujeto no legitimado, nuestro ordenamiento jurídico contempla diversas posibilidades que pueden hacer valer los afectados.

III. Los sujetos legitimados ante la OEPM para solicitar los títulos de propiedad industrial pueden actuar por sí mismos o a través de un representante que no debe cumplir con ningún requisito específico ni para representar ni para asesorar en este ámbito. Dicho de otra forma, la opción de actuar o no representado es una elección personal del solicitante -nunca, una obligación ni un requisito indispensable- excepto cuando el solicitante no resida en la Unión Europea. En este último caso, los no residentes en un Estado miembro de la Unión Europea deberán actuar ante la OEPM representados y dicha representación la deberá asumir necesariamente un Agente de la Propiedad Industrial (artículo 175.2 de la Ley de Patentes).

IV. Una vez aclarado lo anterior, cabe señalar que la versión actual del *Anteproyecto de Ley de modificación de la Ley 17/2001 de Marcas (LM)*, la *Ley 20/2003 de Protección Jurídica del Diseño Industrial (LDI)* y la *Ley 24/2015 de Patentes (LP)* establece que «las personas físicas o jurídicas que no tengan ni domicilio ni establecimiento industrial o comercial efectivo y serio en el Espacio Económico Europeo (EEE) deberán actuar mediante representante, que sí cuente con dicho domicilio o establecimiento industrial o comercial, y que hayan previamente autorizado para actuar en su nombre». A la luz de este precepto, es claro que, de acuerdo con el Anteproyecto, los solicitantes ajenos al EEE deben actuar mediante representante pero dicha condición ya no se reserva exclusivamente -como sucede bajo el régimen actual- a los agentes de la propiedad industrial.

V. El Convenio de la Patente Europea (CPE) es un tratado internacional adoptado tras la conferencia diplomática de Múnich el 5 de octubre de 1973, que entró en vigor para España el 1 de octubre de 1986, fecha en la que nuestro país comenzó a ser designado en las solicitudes de patente europea. El Convenio de la Patente Europea crea un sistema centralizado de concesión de patentes de cuya gestión se encarga la Oficina Europea de Patentes (OEP). Básicamente, el sistema de patente europea permite designar en una única solicitud a aquellos Estados europeos en los que se quiere obtener protección siempre que -como es el caso de España- sean parte del Convenio Europeo de Patentes.

VI. En el ámbito de este sistema y en su actuación ante la Oficina Europea de Patentes, las personas físicas y jurídicas que tengan su domicilio o su sede en alguno de los Estados contratantes no están obligadas a ser representadas por un agente autorizado (aunque obviamente pueden hacer uso de esta opción). En estos casos, podrán actuar por sí mismas o por mediación de un empleado que esté provisto de un poder de representación. A estos efectos, entre el solicitante y su «empleado» debe mediar una relación laboral de carácter exclusivo.

VII. Las personas naturales y jurídicas que no tengan ni su domicilio ni su sede en territorio de uno de los Estados contratantes del Convenio de Múnich sobre concesión de patentes europeas deberán estar representadas por un agente autorizado y actuar por mediación suya en cualquier procedimiento establecido en el Convenio, salvo para la presentación de una solicitud de patente europea.

En estos casos, la representación de las personas naturales o jurídicas en los procedimientos establecidos por el Convenio sólo podrá ser ejercida por los agentes autorizados inscritos en una lista llevada a tal efecto por la Oficina Europea de Patentes (se exige -entre otros requisitos- haber superado las pruebas del examen europeo de cualificación) o, en virtud del artículo 134.8 CPE, por cualquier abogado habilitado para ejercer en uno de los Estados contratantes y que tenga en él su domicilio profesional, en la medida en que pueda actuar en dicho Estado en calidad de agente en materia de patentes de invención». En consecuencia, los abogados españoles que, además, de la cualificación como abogados, detentan la condición de agentes de la propiedad industrial, se equiparan a los agentes autorizados inscritos en la lista de la EPO

VIII. La marca de la Unión Europea y el dibujo o modelo comunitario registrados son títulos comunitarios de propiedad industrial que despliegan sus efectos en todo el territorio de la UE y de cuya concesión se encarga la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO).

IX. En el ámbito de este sistema y en su actuación ante la EUIPO, las personas físicas y jurídicas que tengan su domicilio o su sede o un establecimiento industrial o comercial efectivo y serio en el Espacio Económico Europeo no están obligadas a ser representadas por un representante profesional («abogado» u «otros profesionales» inscritos en una lista gestionada por la Oficina), aunque obviamente pueden hacer uso de esta opción. En estos casos, podrán actuar por sí mismas o por mediación de un empleado que esté provisto de un poder de representación. Si deciden acudir a un representante profesional que no reúna la condición de abogado, en el supuesto español dicho representante deberá haber ejercido la representación en materia de marcas ante la OEPM, con carácter habitual, durante al menos cinco años.

X. Las personas físicas o jurídicas que no tengan ni domicilio, ni sede, ni establecimiento industrial o comercial efectivo y serio en el Espacio Económico Europeo deberán hacerse

representar ante la Oficina por un representante autorizado (abogado o resto de profesionales) que posea la titulación de agente de la propiedad industrial.

XI. Una vez realizadas estas consideraciones, si se aprobase (en su versión actual) el Anteproyecto que modifica las Leyes españolas de propiedad industrial, cualquier profesional podría representar ante la EUIPO, no sólo a las personas físicas y jurídicas que tengan su domicilio o su sede o un establecimiento industrial o comercial efectivo y serio en el Espacio Económico Europeo, sino también a aquellas que no lo tuviesen. En ambos casos, no obstante, (salvo que se produjese la equiparación con los abogados) deberían cumplir con el requisito de haber ejercido habitualmente una actividad en materia de propiedad industrial ante la OEPM durante al menos cinco años (a no ser que se autorizase una excepción ex arts. 120.4 RMUE o 78.6 RDC).

6. Bibliografía

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, «Anotaciones a la regulación legal española sobre invenciones laborales», *ADI*, III, 1976.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, «Artículo 2. Adquisición del derecho», en *Comentarios a la Ley de Marcas*, (Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), (Dir. adjunto García Cruces González), 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2008.

ESTUPIÑÁN CÁCERES, Rosalía, *Las invenciones laborales en la empresa*, Edersa, Madrid, 2003.

FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos, *Tratado sobre Derecho de Marcas*, Marcial Pons, 2ª ed., Madrid, 2004.

GARCÍA VIDAL, Ángel, «Las invenciones laborales libres y de servicio», *ADI*, XVII, 2006-2007.

GÓMEZ SEGADE, José Antonio, *La Ley de patentes y modelos de utilidad*, Civitas, Madrid, 1988.

GÓMEZ SEGADE, José Antonio, «Remuneración por invenciones laborales y prescripción de acciones derivadas de la patente», en *Tecnología y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2001.

LOIS BASTIDA, Fátima, «La atribución de los resultados de la investigación contratada en la Ley de Patentes», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade de A Coruña*, nº. 3, 1999.

TATO PLAZA, Anxo, «Las invenciones procedentes de centros públicos de investigación en la nueva Ley de Patentes», *La Ley Mercantil*, nº. 45, 2018.

Tabú y eufemismo

Acerca del nuevo delito de desobediencia del art. 438 bis CP

Sumario

-

El presente trabajo se ocupa del análisis del art. 438 bis CP, introducido por la LO 14/2022. Partiendo de su caracterización formal como un delito de desobediencia, se tratan en el texto una serie de cuestiones, entre las que se destacan las siguientes. La primera, la identificación de cuál sea el bien jurídico protegido por el precepto. La segunda, la relativa a si el modelo seguido por el legislador resulta coherente con las recomendaciones contenidas en los distintos documentos internacionales relativas al castigo del enriquecimiento ilícito. La tercera, si realmente la fórmula elegida sorteas los problemas de constitucionalidad que plantearía la tipificación de un delito de enriquecimiento ilícito. El trabajo concluye identificando una serie de elementos que debieran estar presentes en la redacción del precepto, caso de que realmente fuera necesaria su incorporación al Código penal. Este último aspecto resulta altamente cuestionable a la vista del resto de previsiones penales dedicadas a evitar y sancionar el disfrute de las ganancias de procedencia delictiva.

Abstract

-

This paper deals with the analysis of art. 438 bis CP, introduced by LO 14/2022. Beginning with its formal characterization as a crime of disobedience, a series of questions are dealt with in the text, among which the following stand out. The first is the identification of the legal interest protected by the precept. Secondly, whether the model followed by the legislator is consistent with the recommendations contained in the various international documents on the punishment of illicit enrichment. Thirdly, whether the chosen formula really avoids constitutional issues that could arise from criminalizing illicit enrichment. The paper concludes by identifying a series of elements that should be present in the wording of the precept if its incorporation into the Criminal Code were really necessary. This last aspect is highly questionable in view of the rest of the criminal provisions dedicated to preventing and punishing the enjoyment of criminal proceeds.

Zusammenfassung

-

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit der Analyse des durch LO 14/2022 eingeführten Art. 438 bis CP. Ausgehend von seiner formalen Charakterisierung als Straftatbestand des Ungehorsamsstraftat werden in dem Text eine Reihe von Fragen behandelt, von unter denen die Folgenden hervorzuheben sind: denen die folgenden hervorstechen. Erstens geht es um die Identifizierung des durch das Gebot geschützten Rechtsguts. Zweitens stellt sich die Frage, ob das vom Gesetzgeber gewählte Modell mit den Empfehlungen in dender verschiedenen internationalen Dokumenten über die Bestrafung der unrechtmäßigen Bereicherung übereinstimmt. Drittens, ob die gewählte Formulierung tatsächlich die Probleme der Verfassungsmäßigkeit vermeidet, die sich aus der Schaffung eines Straftatbestands der unrechtmäßigen Bereicherung ergeben würden. Abschließend werden eine Reihe von Elementen genannt, die in der Formulierung der Vorschrift enthalten sein sollten, wenn ihre Aufnahme in das Strafgesetzbuch wirklich notwendig wäre. Dieser letzte Aspekt ist in Anbetracht der übrigen strafrechtlichen Bestimmungen zur Verhinderung und Bestrafung des Genusses von Erträgen aus Straftaten äußerst fragwürdig.

Title: *Taboo, euphemism and criminal law: about the new offence of disobedience of art. 438 bis penal Code.*

Titel: *Tabu, Euphemismus und Strafrecht: über den neuen Straftatbestand des Ungehorsams nach Art. 438 bis Strafgesetzbuch.*

-

Palabras clave: enriquecimiento ilícito, enriquecimiento injustificado, desobediencia, corrupción, blanqueo, decomiso.

Keywords: *illicit enrichment, unjustified enrichment, disobedience, corruption, laundering, confiscation*

Stichwörter: *unrechtmäßige Bereicherung, ungerechtfertigte Bereicherung, Ungehorsam, Korruption, Geldwäsche, Beschlagnahme.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2024.i3.06

-

Índice

-
- 1. Consideraciones previas**
- 2. Las razones para la incorporación del delito. El alcance de las previsiones internacionales.**
- 3. El injusto del art. 438 bis. Entre la desobediencia y el enriquecimiento: entre un imposible o el vacío de la nada**
 - 3.1. Primera interpretación: el art. 438 bis CP como delito de desobediencia.
 - a. El interés protegido.
 - b. ¿Un delito de desobediencia para secundar las recomendaciones internacionales en materia de lucha contra la corrupción pública?
 - c. El delito de desobediencia a la luz de las garantías y principios del proceso penal.
 - 3.2. Segunda interpretación: el enriquecimiento como objeto de sanción en el art. 438 bis CP: La preservación del correcto ejercicio de la función pública y la lucha contra la corrupción como interés directamente protegido.
- 4. Repensando el delito de enriquecimiento: una propuesta y su utilidad a la vista del panorama de previsiones del Código Penal.**
- 5. Bibliografía**

-

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

1. Consideraciones previas*

La LO 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso, introdujo, entre otras novedades, un nuevo artículo 438 bis en el Código penal. Ubicado en el Título XIX entre los delitos contra la Administración Pública, tipifica en el Capítulo VIII, bajo la rúbrica de los Fraudes y exacciones ilegales, el que pudiera denominarse un delito de enriquecimiento injustificado o de desobediencia.

Si la referida ley de reforma se caracterizó por tramitarse por vía urgente y quedar aprobada en un auténtico tiempo récord¹, más breve fue aún el recorrido que llevó a la aprobación del delito que nos ocupa, introducido a través de una enmienda², huérfano de discusión parlamentaria³ y eclipsado por el debate en torno a la reforma de la malversación, la supresión de la sedición, así como la nueva configuración del delito de desórdenes públicos.

Conforme al tenor literal del nuevo art. 438 bis CP, se castiga con una pena de prisión de seis meses a tres años, multa del tanto al triplo del beneficio obtenido, e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de dos a siete años, a «la autoridad que, durante el desempeño de su función o cargo y hasta cinco años después de haber cesado en ellos, hubiera obtenido un incremento patrimonial o una cancelación de obligaciones o deudas por un valor superior a 250.000 euros respecto a sus ingresos acreditados, y se negara abiertamente a dar el debido cumplimiento a los requerimientos de los órganos competentes destinados a comprobar su justificación».

La finalidad confesada por el legislador al introducir este nuevo tipo delictivo fue la de secundar una serie de recomendaciones internacionales sobre las que después volveremos y, con ello, colmar una supuesta laguna de punibilidad que había sido denunciada por algunas voces de la doctrina⁴, en tanto que parecía necesario el diseño de un delito de nuevo cuño que sancionase las situaciones en que se detecta un enriquecimiento patrimonial por parte de determinados

* Autora de contacto: María del Carmen Gómez Rivero (crivero@us.es). Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación GANANCIAS ILICITAS Y SISTEMA DE JUSTICIA PENAL: UNA PERSPECTIVA GLOBAL (Referencia: PID2022-138796NA-I00).

¹ La presentación de la iniciativa tuvo lugar el 11 de noviembre; se publicó en el BOCG de 17 de noviembre, fue aprobada por el Pleno del Senado el 20 de diciembre y la ley se publicó en el BOE de 23 de diciembre de 2022.

² Se trata de la enmienda número 64, presentada por los propios grupos autores de la proposición de la Ley Orgánica; a saber, el Grupo Parlamentario Socialista, el Grupo Parlamentario Confederado de Unidas Podemos -en Comú Podem- Galicia en Común (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B-núm. 296-4, 15 de diciembre, p. 90). Se justificaba por las recomendaciones internacionales, las tendencias apuntadas por la Comisión Europea para penalizar la posesión de bienes injustificados y las previsiones de otros ordenamientos.

³ En los debates parlamentarios tan sólo se puede encontrar una referencia al delito en la intervención del diputado Rego Candamil, recogida en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados el 15 de diciembre de 2022 (núm. 234, pág. 6): «...somos partidarios de una regulación más estricta del delito de enriquecimiento ilícito, porque nos parece excesivamente laxo, tanto en su umbral mínimo –250.000 euros– como en la definición de a quién puede ser aplicado. Creemos que es necesaria más contundencia frente a la corrupción».

⁴ Entre otros, DEL CARPIO MELLADO, «El delito de enriquecimiento “ilícito”: análisis de la normativa internacional», *Revista General de Derecho penal*, (23), 2015, pp. 55 ss; MIR PUIG, «El delito de enriquecimiento ilícito o injusto», en GÓMEZ MARTÍN/BOLEA BARDÓN/GALLEGO SOLER/VILLA SIEIRO *et al.* (dirs.), *Un modelo integral de Derecho penal. Libro Homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, 2023, p. 1247.

sujetos con responsabilidad pública, potencialmente asociado a un aprovechamiento de su cargo, aun cuando todo ello no pudiera llegar a probarse.

Cierto es que para la consecución de tal objetivo se planteaban distintas opciones de diseño del precepto, siendo tan sólo una de ellas la de configurar un delito de desobediencia. Como alternativa se contaba, básicamente, la de dar vida a un delito que castigase directamente la situación de enriquecimiento, esto es, de obtención de ganancias o beneficios que no se corresponden con los ingresos del sujeto, ya se considere digno de castigo por ser *injustificado*, o se vincule la sanción a su consideración como un enriquecimiento *ilícito*.

Como sea, hay que reconocer que, ni con la opción seguida por nuestro legislador de configurar un delito de desobediencia, ni con la otra posibilidad que tenía de dar vida a un delito de enriquecimiento –injustificado o ilícito– habría sido pionero en la iniciativa, virtud que sin embargo se atribuye en el Preámbulo de la ley. En efecto, antes que en nuestro Derecho, otros ordenamientos de Derecho comparado, especialmente en América Latina,⁵ habían incluido ya como delito la actitud de desobediencia ante los requerimientos orientados a indagar el origen del enriquecimiento experimentado por el sujeto en cuestión⁶, y otros muchos habían optado por tipificar el injusto propio del enriquecimiento, ilícito⁷ o injustificado⁸.

⁵ Véase el detallado recorrido por los distintos países que ofrece RODRÍGUEZ GARCÍA, «El delito de enriquecimiento ilícito en América Latina: tendencias y perspectivas», *Cuadernos de Política Criminal*, (116), 2015, pp. 201 ss.

⁶ Es el caso del art. 268 del Código Penal argentino. El tipo penal de enriquecimiento ilícito fue incorporado al Código por la Ley 16.648, de 1964, si bien su redacción actual es fruto de la ley 27.401, de 2016: «Será reprimido con prisión de dos a seis años, multa de dos a cinco veces del valor del enriquecimiento, e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño». En Europa, es obligado referente la regulación penal portuguesa, a la que expresamente se refiere el Preámbulo de la ley de reforma. Conforme al artículo 18 de la Ley nº 52/2019, de 31 de julio, sobre el régimen de ejercicio de sus funciones por parte de los titulares de cargos políticos y altos cargos públicos: «1.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, la no presentación de la declaración prevista en el artículo 13, después de haber sido notificado, se castiga como delito de desobediencia cualificada, con pena de prisión de hasta tres años. 2 – Quien; (a) No presente la declaración prevista en los apartados 3 y 4 del artículo 14, después de haber sido notificado; (b) Intencionalmente no presente la declaración debida en virtud del artículo 14, apartado 2, letra a); (c) Omita en las declaraciones presentadas, con intención de ocultar; (i) los elementos patrimoniales enumerados en las letras a) a d) del apartado 2 del artículo 13, o; (ii) el incremento de la renta, del activo patrimonial o la disminución del pasivo, así como los hechos que lo hayan originado, de conformidad con el apartado 6 del artículo 14; serán castigados con la pena de prisión de uno a cinco años, si no se producen consecuencias punitivas más graves. 3 - Cuando los hechos descritos en los apartados 1 y 2 no vayan acompañados de falta de declaración ante la Administración tributaria durante el período de desempeño de las funciones o hasta la finalización del plazo de tres años establecido en el apartado 4 del artículo 14, la conducta se sancionará con multa de hasta 360 días. 4 - Los incrementos patrimoniales injustificados comprobados en el régimen tributario, de valor superior a 50 salarios mínimos mensuales, se gravan, para efectos del IRS, a la tasa especial de 8. Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban. La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho».

⁷ Es el modelo seguido por el Código penal peruano. Conforme al art. 401, en su redacción dada por el DL 1243, de 22 de octubre de 2016: «El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años, inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1,2 y 8 del artículo 36, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa». Un análisis de sus elementos lo ofrece CARO CORIA, «El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el Derecho penal peruano», *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal*, (20-21), 2006, pp. 271 ss.

⁸ A este modelo responde, por ejemplo, el Código penal chileno, cuyo artículo 241 bis –introducido por la Ley 20.088, de 5 de enero de 2006–, dispone lo siguiente: «El empleado público que durante el ejercicio de su cargo obtenga un incremento patrimonial relevante e injustificado, será sancionado con multa equivalente al monto del incremento patrimonial indebido y con la pena de inhabilitación absoluta temporal para el ejercicio de cargos y

Precisamente la experiencia que ofrecía la opción seguida por algunos ordenamientos de nuestro entorno más próximo, como es el caso de Italia⁹ o Portugal¹⁰, que habían declarado inconstitucionales sus respectivos preceptos redactados bajo la fórmula del enriquecimiento ilícito, determinó que el legislador se decantase por configurar, al menos formalmente, un delito de desobediencia, técnica que de inmediato fue aplaudida por una buena parte de la doctrina, que vio en ella una salida airosa para castigar aquello que recomendaban perseguir los documentos internacionales¹¹ sorteando las objeciones tradicionalmente denunciadas en relación con el enriquecimiento ilícito.

De reflexionar sobre si realmente hay motivo para tanto entusiasmo se ocupa el presente trabajo. Para ello, las líneas que siguen se proponen arrojar cierta luz sobre una serie de cuestiones que suscita el nuevo delito. La primera, la identificación del contenido de injusto que realmente castiga el art. 438 bis CP. La segunda, la relativa a si la configuración del delito como de desobediencia resulta coherente con las recomendaciones internacionales en la materia. La tercera, si la fórmula elegida sortea los problemas de constitucionalidad que plantearía la tipificación de un delito de enriquecimiento ilícito. Por último, en cuarto lugar, se plantea si la opción seguida por el legislador encaja sin fisuras con el resto de previsiones que nuestro Código penal dedica a evitar y sancionar el disfrute de las ganancias de procedencia delictiva.

Antes de abordar cada una de ellas, dedicaremos un apartado preliminar a hacer un breve recorrido por las previsiones internacionales que han estado en la base de la necesidad sentida por el legislador de incorporar el nuevo precepto, y que servirán para valorar si realmente éste

oficios públicos en sus grados mínimo a medio. Lo dispuesto en el inciso precedente no se aplicará si la conducta que dio origen al incremento patrimonial indebido constituye por sí misma alguno de los delitos descritos en el presente título. La prueba del enriquecimiento injustificado a que se refiere este artículo será siempre de cargo del Ministerio Público». Un estudio crítico del precepto puede verse en HERNÁNDEZ BASUALTO, «El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el Derecho penal chileno», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (2), 2006, pp. 183 ss. En la misma línea puede citarse el Código penal colombiano, cuyo art. 412, en su redacción dada por la Ley 1474 de 2011, dispone: «El servidor público, o quien haya desempeñado funciones públicas, que durante su vinculación con la administración o dentro de los cinco años posteriores a su desvinculación, obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial injustificado, incurrirá, siempre que la conducta no constituya otro delito, en prisión de nueve a quince años, multa equivalente al doble del valor del enriquecimiento sin que supere el equivalente a cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de noventa y seis a ciento ochenta meses». Sirva como último ejemplo de este modelo en América Latina el Código penal ecuatoriano, cuyo art. 279 dispone: «los o las servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, que hayan obtenido para sí o para terceros un incremento patrimonial injustificado a su nombre o mediante persona interpuesta, producto de su cargo o función, superior a cuatrocientos salarios básicos unificados del trabajador en general, serán sancionados con pena privativa de libertad de siete a diez años».

⁹ La Ley 356/1992 introdujo el delito de enriquecimiento ilícito para castigar los casos de desproporción de bienes del sujeto en cuestión respecto de sus rentas declaradas, sin que fuese posible justificar su origen. Fue declarado inconstitucional en el año 1994, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

¹⁰ El delito de enriquecimiento ilícito fue declarado dos veces inconstitucional en Portugal. La primera, por Sentencia del Tribunal Constitucional Portugués 179/2012, de 4 de abril; la segunda, por Sentencia Tribunal Constitucional Portugués 377/2015, de 27 de julio. En ambos casos consideró el Tribunal que no existía un bien jurídico que claramente pudiera identificarse como objeto de protección, así como que la conducta típica no quedaba claramente definida. Sumaba a ello la inversión de la carga de la prueba que comportaba el delito, en tanto que sería el sujeto en cuestión quien tendría que probar el origen lícito de los bienes. Véase un análisis al respecto en BLANCO CORDERO, «El delito de enriquecimiento ilícito desde la perspectiva europea. Sobre su inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Constitucional portugués», *Revista electrónica de la Asociación Internacional de Derecho Penal*, 2013, pp. 3 ss.

¹¹ Por ejemplo, JAÉN VALLEJO, «Administración desleal, malversación y enriquecimiento ilícito (reflexiones a propósito de la LO 14/2022, de 12 de diciembre)», *Cuadernos de Política Criminal*, (139), 2023, pp. 86 ss.; NIETO MARTÍN, *Fundamentos de Derecho penal. Parte Especial*, t. II, 2023, pp. 407 ss.

responde a aquéllas directrices. Estaremos entonces en condiciones de tratar todas aquellas cuestiones de la mano del recorrido por sus rasgos básicos.

2. Las razones para la incorporación del delito. El alcance de las previsiones internacionales.

El legislador de reforma de 2022 justificó en su Preámbulo la incorporación al Código penal del art. 438 bis CP por el seguimiento de «diversas recomendaciones y tendencias internacionales y europeas, entre las que destacan la de Naciones Unidas a través de la Convención contra la Corrupción del año 2003, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 20 de noviembre de 2008, relativa a la creación de un delito que penalizase la posesión de bienes injustificados para luchar contra la criminalidad organizada, así como el anuncio de la presidenta de la Comisión Europea en el año 2022 de la intención de reforzar la lucha contra la corrupción en materia de enriquecimiento ilícito.

Evoca así nuestro legislador una serie de documentos internacionales ciertamente heterogéneos en cuanto a su formulación, en tanto que en ellos es detectable la dualidad de opciones a que hacíamos referencia más arriba; esto es, por un lado, la configuración de un delito de enriquecimiento ilícito y, por otro, la plasmación de un delito de enriquecimiento injustificado.

A la primera posibilidad responde inequívocamente la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada por Resolución 58/4 de la Asamblea General, de 31 de octubre de 2003, que plasmó la preocupación internacional por perseguir los incrementos ilícitos de patrimonio por parte de los funcionarios públicos eventualmente asociados al ejercicio de su cargo, desde el convencimiento, como se leía en su Preámbulo, de que «el enriquecimiento personal ilícito puede ser particularmente nocivo para las instituciones democráticas, las economías nacionales y el imperio de la ley». Inspirada por esa preocupación, disponía en su artículo 20, bajo el título «Enriquecimiento ilícito», que «Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él».

Si bien la redacción de la previsión destacaba como elemento típico la falta de justificación por parte del funcionario de ese incremento patrimonial, lo cierto es que literalmente presentaba la conveniencia de la sanción sobre la base de la existencia de un enriquecimiento no sólo injustificado, sino ilícito¹². Cuestión distinta es que el propio documento fuera consciente de las eventuales dificultades de encaje constitucional que en los respectivos ordenamientos pudiera tener la incorporación de un delito de ese cariz, cuyo contenido habría de descansar necesariamente en indicios y presunciones, no en un hecho de corrupción probado, en cuyo caso procedería apreciar los correspondientes delitos que lo sancionan. Es lo que explica que la Convención plasmase la obligación dirigida a los Estados en términos extraordinariamente

¹² En este sentido, la Guía Legislativa de Naciones Unidas para la aplicación de la CNUCC justificaba la incorporación del precepto como un instrumento con el que «superar las dificultades que tienen los fiscales a la hora de demostrar que un funcionario público ha solicitado o aceptado sobornos en los casos en que su enriquecimiento es tan desproporcionado respecto de sus ingresos legítimos que puede establecerse prima facie que se ha cometido un acto de corrupción», segunda edición, 2012, p. 88.

débiles, ceñida al examen de la compatibilidad de esta figura con los principios inspiradores del orden penal de carácter interno y, sobre todo, con las respectivas garantías penales y procesales plasmadas en sus textos fundamentales.

Una recomendación de distinto tenor se contiene en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 20 de noviembre de 2008. «Productos de la delincuencia organizada: garantizar que «el delito no resulte provechoso», relativa a la creación de un delito que penalizase la posesión de bienes injustificados. En su punto 3.3.2 se lee: «Podría crearse un nuevo delito –posesión de bienes «injustificados»– para perseguir los productos del delito en aquellos casos en los que su valor resulte desproporcionado en relación con los ingresos declarados de su propietario y este tenga contactos habituales con personas conocidas por sus actividades delictivas». En este segundo documento, y de acuerdo con la denominación empleada (posesión de bienes injustificados), el contenido de injusto no se cifra de forma directa o inmediata en una situación de enriquecimiento ilícito, sino en la falta de justificación de la tenencia de esos bienes. Cuestión distinta es que, tal como se desarrollan los elementos del delito así denominado, bien pudiera decirse que su configuración material se aproxima a la propia de un enriquecimiento injustificado. No se entendería de otro modo, en efecto, el deber de comprobar lo que no es más que un indicio de la procedencia ilícita de los bienes; a saber, que el sujeto mantiene contactos habituales con personas conocidas por sus actividades delictivas, como tampoco se comprendería que el mismo documento reconozca que en estos casos se produce una inversión de la carga de la prueba –lógicamente, no de la falta de justificación, que ha de ser evidente, sino de la ilicitud de los bienes–¹⁵.

Como sea, todavía, alude el Preámbulo a un tercer referente internacional para justificar la introducción del precepto en nuestro Ordenamiento; en concreto, «al anuncio de la presidenta de la Comisión Europea en el año 2022 de la intención de reforzar la lucha contra la corrupción en materia de enriquecimiento ilícito». Entre esas medidas se cuenta la obligatoriedad de tipificar todos los delitos de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción en el Derecho de la UE y aborda la corrupción de los sectores público y privado de manera conjunta. De nuevo, pues, el referente internacional que sirve de paraguas al nuevo delito es la sanción de una situación de enriquecimiento ilícito.

Teniendo en cuenta la diversa traducción de la obligación que contemplan los referidos documentos a los que alude el Preámbulo de la ley de reforma, no es de extrañar que en él sea detectable una llamativa oscilación a la hora de presentar el delito de nuevo cuño, hasta el punto de que lo que en unas líneas se llama enriquecimiento ilícito se refiere en otras como enriquecimiento injustificado. En efecto, comienza el apartado VII del Preámbulo afirmando que «La presente reforma introduce por primera vez en el ordenamiento jurídico español el delito de enriquecimiento ilícito», lo que, continúa diciendo, se hace «siguiendo diversas recomendaciones y tendencias internacionales y europeas». Es después, al enunciar los tres documentos citados y referir los modelos legislativos de Francia, Luxemburgo, Portugal y

¹⁵ Una inversión que, no obstante, el documento considera que no es plena, como sucedería con la medida civil contemplada en el punto 3.3.3 i. del mismo documento: «Cuando exista la sospecha de que los bienes en cuestión son producto de delitos graves, dado que su valor resulta desproporcionado en relación con los ingresos declarados de su propietario y que este mantiene contactos habituales con personas conocidas por sus actividades delictivas. En este caso se podría abrir una causa ante un tribunal civil (que podría ordenar el decomiso de los bienes), basándose en la presunción, habida cuenta de las distintas probabilidades, de que los bienes provienen de actividades delictivas. En estos casos se invierte la carga de la prueba, incumbiendo al presunto delincuente acreditar el origen lícito de sus bienes».

Lituania, cuando el legislador deja de referirse al enriquecimiento injusto y pasa a caracterizar el delito como de desobediencia: «La figura que se incorpora se configura como un delito de desobediencia», que según el mismo discurso, despeja la posible colisión con el derecho constitucional a la presunción de inocencia, como sucedería si el delito se presentase bajo la fórmula del enriquecimiento injusto.

Por encima de esos vaivenes terminológicos, lo que no admite discusión es el reconocimiento de que el legislador ha dado vida a un delito cuyo injusto pivota tanto sobre el dato de un enriquecimiento que no se corresponde con los ingresos del sujeto, como de la negativa de la autoridad a dar cuenta del incremento patrimonial experimentado cuando así se le requiere por parte del órgano competente. Ha sido precisamente este segundo elemento, que permite caracterizar el delito como de desobediencia, el que sirve al legislador de asidero para considerar, como se lee en el Preámbulo de la norma, que de este modo se evita «su posible colisión con el derecho fundamental a la presunción de inocencia».

A nadie escapa, sin embargo, que el éxito o no del esfuerzo por sortear aquellas objeciones no depende del modo en el que se nombren las cosas. Las palabras son relevantes porque indican un contenido, pero no dan contenido a la realidad. Por ello, el mérito o el demérito del nuevo precepto depende directamente del injusto que realmente sancione, no del modo en que se bautice. La determinación de cuál sea el contenido de desvalor real sancionado por el art. 438 bis CP no se presenta ni mucho menos como tarea sencilla. Y no sólo porque hay que tener en cuenta que, aun configurada como de desobediencia, la única razón de ser de la nueva norma es perseguir un enriquecimiento ilícito por parte de la autoridad, por mucho que lo haga sorteando el tabú de aquella nomenclatura. También porque el precepto aúna dos elementos, una situación de enriquecimiento, por un lado, y una actitud de desobediencia, por otro, que dependiendo de en cuál de ellos se haga recaer el acento, da paso a una configuración bastante dispar de su contenido de desvalor. De todo ello se ocupa el apartado que sigue.

3. El injusto del art. 438 bis. Entre la desobediencia y el enriquecimiento: entre un imposible o el vacío de la nada.

Si hubiera que enunciar los pocos aspectos inequívocos del nuevo precepto, se contaría entre ellos su configuración como un delito especial, cuya autoría se ciñe a quien revista la condición de autoridad. Sobre la delimitación de lo que se entienda por tal existen abundantes trabajos, no sólo referidos a dicho concepto en general, sino específicamente en relación con el delito que nos ocupa, a los que basta remitirse ahora¹⁴. De hecho, en esa misma literatura no es infrecuente encontrar la denuncia de la peculiar opción seguida por el legislador de excluir de su ámbito de aplicación a los funcionarios públicos, en tanto que una limitación en tal sentido no se contempla en los documentos internacionales en los que dice inspirarse el Preámbulo de la ley de reforma. Si realmente el sentido del precepto es la represión de los actos de corrupción que pueden estar detrás de la situación de enriquecimiento y, por ello, se ubica entre los tipos delicados a su castigo, cuesta entender que el art. 438 bis CP sea el único de ese título en el que se produzca tal sesgo de sujetos activos.

Como sea, también inequívoco punto de partida de la aplicación del delito es la constatación de un incremento patrimonial o una cancelación de obligaciones o deudas que debe reunir dos

¹⁴ Véase RAGA VIVES, «El nuevo delito de desobediencia por enriquecimiento injustificado de autoridades», en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código penal*, 2023, p. 222.

condiciones que han ser objeto de plena prueba en el proceso. La primera, que una u otra circunstancia se haya producido durante el ejercicio de la función o cargo y hasta cinco años después de haber cesado en ellos. La segunda, que su cuantía exceda, al menos, en 250.000 euros a sus ingresos acreditados, lo que presupone la comprobación de la situación patrimonial del sujeto previa al ejercicio del cargo y la correspondiente al momento posterior¹⁵. Son estos los únicos puntos de partida del nuevo delito. Irrelevante parece resultar, no ya la prueba, sino siquiera la acreditación indiciaria del origen de los bienes que, al ser por definición desconocido, puede estar asociado tanto al ejercicio del cargo como a cualquier otra actividad que, delictiva o no, no guarde relación alguna con aquellas funciones¹⁶.

Todavía, en tercer lugar, la tipicidad del nuevo delito reclama que la autoridad no ofrezca explicaciones acerca de la procedencia del enriquecimiento. Introduce de este modo el legislador un elemento, el de la desobediencia, que según la finalidad confesada por el Preámbulo de la ley de reforma, permite sortear los problemas de constitucionalidad que de otro modo empañarían la figura del delito de enriquecimiento, calificado entonces como ilícito o meramente injustificado.

Sobre la base de que la tipicidad del precepto exige tanto una situación de enriquecimiento como una actitud de desobediencia, se trata en lo que sigue de acotar cuál sea el injusto que castiga realmente. La mera adición de ambos elementos dista desde luego de permitir llegar a una solución pacífica. Más bien sitúa al intérprete ante una especie de «sube y baja», de modo que, dependiendo de sobre qué elemento se haga recaer el peso, el resultado va a ser muy distinto. Sería posible, en primer lugar, entender, como por lo demás lo hace buena parte de la doctrina, que se trata de un delito de desobediencia que sólo se castiga cuando se produce una situación acreditada de enriquecimiento no justificado por el importe que establece el tipo. Desde esta primera comprensión, el injusto del delito lo conformaría la citada actitud de desobediencia, lo que llevaría a presentar el tipo como un delito de omisión, en el que el incremento patrimonial funcionaría como una suerte de condición objetiva del castigo. Una segunda interpretación permitiría considerar que el injusto del nuevo delito es el hecho mismo del enriquecimiento de origen desconocido, esto es, una conducta activa, siendo la negativa a explicarlo el elemento al que se condiciona el castigo. Debiera evitarse entonces caracterizar al delito como de desobediencia y, en su lugar, emplearse la denominación de enriquecimiento injustificado. Todavía sería posible interpretar que el injusto del nuevo precepto lo conforman los intereses respectivamente representados por el castigo del enriquecimiento de origen no acreditado y por la actitud de desobediencia. Se aproximaría esta interpretación a la propuesta de tipificación que

¹⁵ Nuestro legislador ha renunciado a adjetivar como injustificado el enriquecimiento que ha de ser objeto de prueba, como hace por ejemplo el Código penal chileno. Su artículo 241 bis requiere que se trate de un incremento patrimonial relevante e injustificado, añadiendo que «la prueba del enriquecimiento injustificado a que se refiere este artículo será siempre de cargo del Ministerio Público». Sobre este aspecto, véase HERNÁNDEZ BASUATO, «El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el Derecho penal chileno», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (2), 2006, pp. 213 ss., quien sin desconocer lo diabólico de la prueba de demostrar un hecho negativo consistente en la ausencia de justificación del incremento patrimonial, señala la importancia de que corresponda, no al acusado, sino al Ministerio Público, simplemente excluir razonablemente las posibles fuentes legítimas de enriquecimiento que vengán en consideración en el caso concreto». Ahora bien, añade que el hecho de que el precepto se castigue un estado de enriquecimiento sin una imputación concreta de los hechos determina a la postre que «ante la imposibilidad de excluir todos los posibles orígenes lícitos del enriquecimiento, la tarea del Ministerio Público no pueda ser otra que la de probar positivamente... la conducta ilícita de la cual, se cree, proviene el incremento patrimonial del funcionario».

¹⁶ Sobre la posibilidad de interpretar de forma amplia el precepto a la vista de la ausencia de elementos que vinculen el enriquecimiento con el ejercicio del cargo, OLAIZOLA NOGALES, «El delito de enriquecimiento ¿no justificado? ¿ilícito?», *Revista penal*, (52), 2023, pp. 188 ss.

ofrece el artículo 20 de la CNUCC, que en los términos ya citados más arriba, propone el castigo como delito del «enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él». En realidad, esta última combinación aunaría las reflexiones que realicemos a continuación en relación con cada una de aquellas otras posibilidades.

A la vista de lo anterior, en lo que sigue, y en relación con las dos primeras opciones interpretativas, se analiza no sólo la conveniencia de la incorporación del precepto al Código penal, sino ante todo su racionalidad y compatibilidad con las garantías procesales consagradas en nuestro Texto Fundamental. Como se tratará de fundamentar, ninguna de las opciones está exenta de serias objeciones, hasta el punto de que, adelantando en buena medida conclusiones, una aboca a castigar situaciones vacías de desvalor –la nada- y otra contradice abiertamente principios y garantías penales y procesales irrenunciables –lo que lleva entonces al imposible de su existencia-.

3.1. Primera interpretación: el art: 438 bis CP como delito de desobediencia.

Anunciaban ya las líneas anteriores que una primera posibilidad a la hora de interpretar el nuevo precepto sería entender que su injusto reside en una actitud de desobediencia de la autoridad a los requerimientos que se le han dirigido. Sobre la base de los especiales deberes que gravan a las autoridades cuando asumen el cargo, se castigaría entonces la negativa abierta a dar el «debido cumplimiento a los requerimientos de los órganos competentes destinados a comprobar su justificación» siempre, eso sí, que el enriquecimiento injustificado supere la referida cuantía en el espacio temporal trazado, elemento que serviría para acotar el ámbito de conductas que adquieren relevancia penal conforme a la naturaleza propia de las condiciones objetivas de la pena. De acuerdo con estas premisas, habría que concluir que, al menos desde un punto de vista formal, el legislador no estaría castigando realmente una conducta activa –la del enriquecimiento– sino una omisión, cifrada en la no atención a los requerimientos del órgano competente.

La comprensión del delito en clave de desobediencia parece haber encontrado un amplio eco en la doctrina, en la que es frecuente presentar este etiquetamiento como una ingeniosa opción con la que sortear los consabidos problemas de la configuración del delito bajo la fórmula del enriquecimiento ilícito¹⁷. El contagio de tanto entusiasmo, sin embargo, requeriría superar algunas objeciones que plantea la fórmula, visibles ya a primera vista. Para empezar, porque el castigo de una actitud de desobediencia supone, como mínimo, una singular desviación de la razón por la cual los distintos documentos internacionales han recomendado la incorporación de un delito de este tipo a los ordenamientos internos que, como tantas veces se ha repetido, no es otra que la lucha contra la corrupción que causa un daño al interés público, no desde luego, el refuerzo del deber de obediencia. Parece, en efecto, fuera de toda duda que, con independencia de las distintas fórmulas –enriquecimiento ilícito o injustificado- sugeridas por los diversos instrumentos internacionales, la pretensión común a todos ellos ha sido la de perseguir el enriquecimiento derivado de un ejercicio desviado de la función pública y, con ello, el daño real que a los intereses generales causa aquel estado. Sería por ello de suponer que los ordenamientos, como el nuestro o el portugués¹⁸, que han optado por la fórmula del enriquecimiento

¹⁷ JAÉN VALLEJO, *CPC*, (139), 2023, pp. 86 ss.

¹⁸ El delito se incorporó por la Ley 53/2019, de 31 de julio, relativa al régimen del ejercicio de funciones por los titulares de cargos públicos y altos cargos públicos. Conforme a su artículo 18.5 *ibidem*: «El que después de la

injustificado, tampoco han tenido como objetivo prioritario la sanción de un acto que pudiera llamarse de «rebeldía» del funcionario, sino la confesada finalidad en sus Preámbulos de luchar contra la corrupción.

Si realmente esto es así, aquella primera interpretación se enfrentaría, ya de entrada, a varias dificultades. Ante todo, la de tener que justificar la introducción de un instrumento en la lucha contra la corrupción de la mano de un delito que, sin embargo, no castiga propiamente una forma de corrupción con provecho económico, sino una actitud de desobediencia: la no atención a los requerimientos dirigidos a las autoridades para explicar el origen del incremento patrimonial. Porque salvo que se quiera sostener que la ausencia de explicaciones es sinónimo de corrupción, parecería dudosa ya a primera vista la racionalidad de una norma que para perseguir lo primero castigase, sin embargo, lo segundo.

Sobre todo esto habrá ocasión de volver después; básicamente porque las conclusiones a las que lleguemos pueden delatar que, en realidad, lo que se está castigando materialmente es algo distinto de la desobediencia, aunque eso sí, bajo ese eufemismo. Pero si así no fuera, si realmente lo que se castigase es lo que se dice castigar, no menor sería la dificultad que plantearía justificar la extraordinaria ampliación del tipo entonces resultante desde su cotejo, una vez más, con los compromisos internacionales que sirven de paraguas argumentativo al legislador para justificar la incorporación del delito. Básicamente, porque resultaría indiferente que el requerido pudiera aportar elementos probatorios de su impecable comportamiento como autoridad, pero sin indicar el origen de su enriquecimiento. En efecto, al configurarse formalmente como un delito de desobediencia cometido por la autoridad, fundamentado sobre la base de la infracción de un deber –ya veremos después si de obediencia, transparencia, probidad o de algo distinto– el primer efecto que se produce es una importante ampliación del ámbito típico de la norma respecto a lo que supondría su configuración como un delito de enriquecimiento ilícito, que enmarcado en la lucha contra la corrupción, ceñiría su ámbito de aplicación al enriquecimiento obtenido en dicho ámbito.

No son, sin embargo, las anteriores, dificultades que se susciten de forma aislada, sino más bien asociadas a otras cuestiones previas, más complejas si cabe, a las que se enfrenta la configuración del delito como de desobediencia. Básicamente tres. La primera, la delimitación de cuál sea el interés que justifica la sanción de tal actitud de negativa a ofrecer información, lo que nos remite de inmediato a la identificación del bien jurídico protegido por la norma. La segunda, la cuestión relativa a si la identificación de ese interés responde realmente a la razón de ser de su incorporación al Código penal. La tercera, por último, si con esta configuración se consigue el referido propósito declarado del legislador de evitar los problemas constitucionales que se derivarían de castigar la conducta previa –activa– del enriquecimiento, calificado como ilícito. Vayamos por partes.

a. El interés protegido

A la hora de encontrar un específico bien jurídico con envergadura suficiente como para justificar la incorporación de un precepto cuyo injusto pivote en la desobediencia de la autoridad, tal vez

notificación prevista, omita presentar declaración con la intención de ocultar los bienes o rentas que estaba obligado a declarar en cantidad superior a 50 salarios mínimos mensuales, será sancionado con pena privativa de libertad de hasta 3 años».

el primer interés que vendría en consideración sería el principio de autoridad¹⁹. De él se derivaría el deber de atender los requerimientos del superior, de modo que, en caso de incumplimiento, se fundamentaría la imposición de la correspondiente sanción. No obstante, y debido a que para los casos necesitados de sanción penal ya se contempla en el Código penal el delito de desobediencia de los arts. 410 y 411, no es esa la propuesta que ha encontrado mayor eco en la doctrina defensora de la comprensión del delito en aquellos términos. Mayor acogida ha tenido la que propone entender que el nuevo delito del art. 438 bis CP protege el deber de transparencia que recae sobre las autoridades –también por cierto sobre los funcionarios aun cuando la norma no los contemple–, como garantía del recto ejercicio de sus funciones²⁰. Sería, desde luego, poco razonable discutir la importancia de ese interés; de ahí que su sanción se haya plasmado en la respectiva normativa administrativa²¹ que en primera instancia se orienta a garantizar el recto ejercicio de sus funciones por parte de quienes han asumido responsabilidad pública. Las dudas comienzan cuando dicho deber se pretende elevar a la categoría de bien jurídico protegido por la norma penal.

La cuestión viene a cuento porque parece claro que no todas las garantías instituidas por preceptos administrativos encuentran ni pueden encontrar tutela en el orden penal, por muy trascendentes que aquellas sean, no sólo para el desempeño del cargo en cuestión, sino para la consecución de los fines públicos a los que sirven. Porque las garantías para el correcto ejercicio de la función son una cosa, y el interés protegido con aquellas garantías otra muy distinta. En concreto, la transparencia no pasa de ser un instrumento para garantizar la preservación del interés representado por el recto ejercicio del cargo²², que por lo demás es el único que ha inspirado a los distintos instrumentos internacionales preocupados por la lucha contra la corrupción. Por obvias razones relacionadas con el principio penal básico de mínima intervención, sólo en los intereses a proteger ha de concentrarse la intervención penal, sin abarcar las medidas que el orden administrativo se ocupan del diseñar el catálogo de deberes, obligaciones y prohibiciones de la función pública. Su incumplimiento encuentra su primera

¹⁹ Entre otros, RAGA VIVES, en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código penal*, 2023, p. 228; JAÉN VALLEJO, *CPC*, (139), 2023, p. 90.

²⁰ Por ejemplo, NIETO MARTÍN, *Fundamentos de Derecho penal. Parte Especial*, t. II, 2023, pp. 407 ss.

²¹ En relación con los altos cargos, la obligación de transparencia se contempla en la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado. Introdujo como novedad un procedimiento de examen de la situación patrimonial de los obligados una vez que han cesado en el ejercicio de sus funciones. Contempló para ello un informe que, a través de un procedimiento contradictorio con el propio interesado, deberá elaborar la Oficina de Conflictos de Intereses, llamado a analizar la situación patrimonial del alto cargo entre el momento de su nombramiento y cese, para poder así detectar posibles irregularidades. El art. 23 de la norma atribuye a la Oficina de Conflicto de intereses la competencia de verificar al finalizar su mandato, entre otros extremos, «La existencia de indicios de enriquecimiento injustificado teniendo en consideración los ingresos percibidos a lo largo de su mandato y la evolución de su situación patrimonial».

El deber del alto cargo de atender a los requerimientos de la Oficina de Conflicto de intereses se contempla en el art. 24.2, conforme al cual «Los altos cargos cuya situación patrimonial sea objeto de examen deberán aportar toda la información que les sea requerida, así como comunicar todas aquellas circunstancias que sean relevantes para la elaboración del informe».

²² OLAIZOLA NOGALES *Revista penal*, (52), 2023, p. 183. Ofrece la autora un recorrido por las posibles opciones interpretativas del bien jurídico protegido en el art. 438 bis CP, pp. 183 s., concluyendo de forma crítica sobre la imposibilidad de encontrar un interés que de forma específica sea merecedor de tutela penal, p. 194.

sanción en dicho orden²³, sin que la corrección de sus eventuales carencias sea ni pueda ser papel que deba asumir el orden penal²⁴ conforme a criterios de merecimiento y necesidad de pena²⁵.

La inconsistencia de un bien jurídico merecedor de protección penal cifrado en la desobediencia a un requerimiento ordenado a la transparencia de la función, la ponen de relieve algunos intentos ensayados por la doctrina para justificar la introducción de un delito de esa guisa en nuestro Código, en los que es posible detectar una argumentación circular, que se agota en explicar la sanción de un acto de desobediencia por ser mera desobediencia, pero sin poder añadir nada más ni justificar conforme a criterios de lesividad material la existencia de un bien jurídico afectado²⁶. Para salir de ese círculo, poco ayudaría, desde luego, plantear la transparencia como antesala del castigo de la corrupción. Y no ya sólo por la cuestionable anticipación de la intervención penal entonces resultante, sino por lo criticable que resulta cualquiera de las opciones con que intentase justificarse. Criticable sería, en primer lugar, configurar un delito de peligro abstracto en el que la lesión de la garantía en que consiste la transparencia se considerase abstractamente peligrosa para el interés protegido. De ser así, no habría modo de definir las conductas realmente merecedoras de castigo frente a las que no debieran pasar de ser meras infracciones administrativas. Pero tampoco estaría exento de críticas el intento de equiparar la sanción de la desobediencia a una suerte de acto preparatorio de la corrupción. Y no ya sólo por lo impracticable de presumir que quien se niega a cumplir los requerimientos orientados a satisfacer la transparencia comete un acto preparatorio de corrupción, sino porque lo que en lógica habría que presumir, si así se aceptara, sería un acto ya cometido, y no uno por realizar como sería propio de las formas anticipadas de realización del delito. Por lo mismo, tampoco tendría mucho más sentido la presentación de la desobediencia como un estadio de peligro de un acto de corrupción, puesto que absurdo parece hablar de una situación de peligro respecto a un ilícito ya cometido o presuntamente cometido. Es más, aunque se obviasen los argumentos anteriores y se elevase la transparencia de los gestores públicos a la categoría de objeto de protección penal, todavía su admisibilidad tendría que salvar, al menos, dos objeciones.

²³ El art. 25 de la Ley 3/2015 contempla como infracción grave –que conforme al art. 26 inhabilita para ocupar un alto cargo durante un periodo de 5 a 10 años: «a) La no declaración de actividades y de bienes y derechos patrimoniales en los correspondientes Registros, tras el apercibimiento para ello; b) La omisión deliberada de datos y documentos que deban ser presentados conforme a lo establecido en esta ley». Señala la conveniencia de reservar esa función de control al orden administrativo FABIAN CAPARRÓS, «Apuntes críticos sobre la posible tipificación del delito de enriquecimiento ilícito en España», en RODRÍGUEZ GARCÍA/CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL/RODRÍGUEZ LÓPEZ (eds.), *Corrupción, compliance, represión y recuperación de activos*, 2019, p. 607.

²⁴ Como preámbulo a la bienvenida del nuevo delito, denuncia esas carencias QUINTERO OLIVARES, «Además de las imprecisiones que puedan tener las Leyes y Reglamentos de control, los modos de burlar las prevenciones pueden ser muchos, amén de que hay vías de corrupción que nada tienen que ver con el incremento patrimonial, como puede ser el uso de ‘puertas giratorias’ para pasar de la Administración o del Parlamento a la empresa privada con una buena retribución», «Una guarnición: el enriquecimiento ilícito», *Almacén de Derecho*, 2022.

²⁵ Véase al respecto BLANCO CORDERO, *Revista electrónica de la Asociación Internacional de Derecho Penal*, 2013, quien aun partiendo de que bajo determinadas condiciones restrictivas la transparencia pudiera ser un bien merecedor de pena, cuestiona la necesidad de su tutela a la vista de la existencia no sólo de normas administrativas que obligan a declarar los bienes de los empleados públicos, sino de otros mecanismos previstos por el Derecho penal para la sanción de enriquecimientos injustificados, como el delito fiscal, pp. 18 ss.

²⁶ Escribe por ejemplo GONZÁLEZ CUSSAC, «Pero el tenor literal del precepto inequívocamente lo configura como un delito de desobediencia y este es el bien jurídico protegido en el art. 438 bis, un genuino delito de desobediencia», GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho penal. Parte Especial*, 8ª ed., 2023, p. 782.

La primera, la relativa a las consecuencias a las que, de ser coherentes, conduciría esa configuración. Como con acierto se ha apuntado en la doctrina²⁷, si se aceptara tal bien jurídico habría que concluir que cuando el funcionario atendiese al requerimiento de la autoridad y confesara el origen ilícito del enriquecimiento experimentado en su patrimonio, quedaría exento de pena conforme a este delito. En sentido inverso, habría de admitirse que si se negase a declarar sobre el origen de dicho incremento, pero sobre la base de otras circunstancias pudiera el Tribunal llegar al convencimiento de que su origen es lícito, debiera apreciarse el delito²⁸. Son, en definitiva, las consecuencias a las que aboca la elevación de lo que es una herramienta para proteger un bien jurídico a objeto de protección.

La segunda objeción se cifraría en el dato de lo desproporcionado de las penas previstas en el precepto si realmente de lo que se trata es de castigar una conducta de desobediencia a un requerimiento ordenado a la garantía de la transparencia. En efecto, centrándonos exclusivamente en las penas de prisión, las previstas en el art. 438 bis CP exceden en algunos casos de las que serían aplicables si llegara a probarse el acto de corrupción -a cuya revelación se orienta el deber de transparencia-. Recordemos que el art. 438 bis CP castiga los hechos con penas de prisión de seis meses a tres años, mientras que el tráfico de influencias se castiga con una pena de seis meses a dos años (art. 428 CP), o el cohecho pasivo impropio con prisión de seis meses a un año (art. 422 CP).

Por todo lo anterior, no les falta razón a quienes han denunciado la inconsistencia del deber de transparencia para fundamentar un bien jurídico merecedor de protección penal y, con ello, lo discutible que sólo por esta razón resultaría la admisibilidad de un precepto penal de tal cuño. Pero, sobre todo, si alguna duda plantea seriamente la comprensión del delito como de desobediencia es la relativa a si, realmente, desde un punto de vista material, es ese el injusto que está castigando nuestro legislador.

b. *¿Un delito de desobediencia para secundar las recomendaciones internacionales en materia de lucha contra la corrupción pública?*

Se ha repetido hasta la saciedad que la configuración del delito como de desobediencia, a partir de la constatación de una situación de enriquecimiento, se presentó en el Preámbulo de la ley de 2022 como una fórmula airosa con la que evitar los problemas de constitucionalidad propios del delito de enriquecimiento ilícito, que habían sido sobradamente denunciados por un importante sector de nuestra doctrina y que, de hecho, en otros ordenamientos de Derecho comparado en los que se procedió a la incorporación de este delito, determinaron la declaración de su inconstitucionalidad. Es por ello que al evitarse elevar a la categoría delito un enriquecimiento presuntamente considerado ilícito, la ocurrencia de castigar la actitud de desobediencia de la autoridad fue de inmediato aclamada por buena parte de la doctrina que, pasando por alto los problemas relativos a lo cuestionable del interés protegido por un precepto de esta guisa, jaleó la fórmula como una herramienta necesaria en nuestro sistema para luchar contra la corrupción en el sector público²⁹.

²⁷ En relación con la regulación argentina es clásico el trabajo de SANCINETTI, *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público -art. 268 (2). Un tipo violatorio del Estado de Derecho*, 2ª ed., 2000. En relación con este aspecto, así como con los que en general plantea la comprensión del delito como un tipo omisivo, pp. 105 ss.

²⁸ OLAIZOLA NOGALES *Revista penal*, (52), 2023, p. 190.

²⁹ Véase los autores citados en la nota 11.

Difícil es saber si esas voces tuvieron en cuenta, y pese a ello aceptaron, la dudosa compatibilidad de esa comprensión con la estrategia perseguida por el legislador, quien –como quedó dicho más arriba–, nunca renunció a la pretensión de evitar una situación de enriquecimiento derivado del desempeño desviado del cargo público. Su único propósito fue evitar las tachas de inconstitucionalidad asociadas a la suposición de la ilicitud de un enriquecimiento que no ha quedado demostrado en el proceso penal. Por ello, confundir la mutación de la estrategia de castigo con la transformación del objeto de éste sólo sería posible de la mano de un burdo trampantojo. Nunca se lee, en efecto, en las palabras que el legislador de reforma dedica en su preámbulo a justificar el nuevo delito, que persiga el castigo de algo distinto al enriquecimiento ilícito. Pretende exactamente eso, y así lo confiesa abiertamente en sus palabras iniciales³⁰ cuando afirma que la «reforma introduce por primera vez en el ordenamiento jurídico español el delito de enriquecimiento ilícito. España incorpora así una figura de vanguardia para la lucha contra la corrupción». Es más, delata esa intención no sólo la lectura del Preámbulo de la ley, sino las propias consecuencias asociadas al delito; de modo singular la pena de multa, que se gradúa «del tanto al triplo del beneficio obtenido», en lugar de tomar como referencia –como pareciera lógico pensar si realmente estuviéramos ante un delito de desobediencia– el beneficio que el sujeto se niega a justificar.

En definitiva, es inequívocamente la persecución de la corrupción la razón de ser y el objeto de sanción de la norma, no la quiebra de los deberes instrumentales articulados por la legislación administrativa para ordenar su ejercicio; entre ellos, el deber de transparencia que, como quedó dicho, no pasa de ser eso, la infracción de un deber. Reconocido expresamente esto por el legislador, añade una segunda parte en su explicación que tiene que ver, no ya con el *qué* se protege, sino con el *cómo* se hace. Y, así, al seguir leyendo el Preámbulo se encuentra la afirmación de que «La figura que se incorpora se configura como un delito de desobediencia», para evitar la «controversia constitucional» que tradicionalmente ha planteado el delito de enriquecimiento ilícito o injusto «al ser configurado como un delito de sospecha, por su posible colisión con el derecho fundamental a la presunción de inocencia, algo que se evita con la actual regulación que sigue el ya citado modelo de desobediencia que han incorporado recientemente países como Portugal»³¹. Si se unen fielmente las premisas de la argumentación que ofrece el Preámbulo, no puede más que concluirse que se trata de una herramienta para luchar contra la corrupción, en la concreta modalidad de enriquecimiento, si bien la figura que se incorpora para ello se configura como un tipo de desobediencia. En resumen y dicho una vez más, no parece que se mute la finalidad de la norma, su objeto de protección, sino sólo la técnica con que se protege lo que los documentos internacionales recomiendan sancionar para así sortear aquellos problemas de colisión con garantías de raigambre constitucional.

Es aquí, precisamente, debido a la discrepancia de lo que formalmente se castiga con el objeto material de sanción, donde se advierten las mayores distorsiones a que conduce dicha técnica³²,

³⁰ Como lo afirmase en la justificación de la enmienda por la que se introduce el delito.

³¹ En la justificación de la enmienda que introduce el delito se leía que «El delito se articula velando por la máxima compatibilidad con los principios constitucionales, particularmente con el derecho fundamental a la presunción de inocencia, por lo que se opta por establecer un delito de desobediencia ante los requerimientos de los organismos competentes en lugar de un delito de sospecha que se sustente tan sólo en un enriquecimiento patrimonial».

³² Llamativo es, como han denunciado algunas voces críticas, que entre las penas asignadas al delito se contemple la de multa proporcional, que conforme al art. 52.1 CP toma como referente de la proporción el daño causado, el valor objeto del delito o el beneficio reportado, aspectos que mal se concilian con la naturaleza de un delito de desobediencia. Al respecto, GONZÁLEZ URIEL, «Algunas consideraciones críticas sobre el delito de desobediencia por enriquecimiento injustificado del art. 438 bis», *Asociación Profesional de la Magistratura*, 2023.

hasta el punto de poder decirse que el artificio ideado soluciona unos problemas al precio de crear otros de envergadura no menor. De ello se ocupa el apartado que sigue.

c. *El delito de desobediencia a la luz de las garantías y de los principios del proceso penal*

Intentaban argumentar las líneas anteriores que el nuevo delito ha cambiado la forma, pero no el sentido de lo que habría resultado de tipificar un delito de enriquecimiento injusto. Resulta, por ello, que en la opción seguida por el legislador el objeto de prueba es, tan sólo, el dato de que el sujeto se ha enriquecido en cantidad superior a 250.000 euros desde que inició sus funciones hasta cualquier momento de su desempeño y hasta pasados cinco años de su finalización. Acreditado este dato en el proceso, para aplicar el delito sólo hay que constatar que la autoridad en cuestión se ha negado de modo abierto a dar debido cumplimiento a los requerimientos de los órganos competentes para explicar el origen de aquella situación patrimonial. Se castiga, con ello, conforme a la comprensión del tipo como de desobediencia, no una presunta acción positiva de enriquecimiento, sino un silencio, una negativa y, en definitiva, la omisión de un deber. Nada se presume, pues, –al menos formalmente– en esa descripción del delito³³. Lo que se castiga, la negativa, es objeto de plena prueba en el proceso, como también lo es la condición a que se supedita la intervención penal, el tantas veces repetido incremento patrimonial superior a 250.000 euros respecto a los ingresos acreditados. No se presume nada, y ahí reside al parecer el mérito del precepto³⁴, del que difícilmente puede decirse que vulnera la presunción de inocencia. Y así habría de reconocerse de no ser porque el castigo penal se asegura por una norma con unas exigencias tan débiles que, si no se presume nada, no es porque no se sospeche de nada. No se presume nada simplemente porque en la nueva configuración del delito no hace falta ya comprobar, ni siquiera sea indiciariamente, que el enriquecimiento tiene un origen ilícito, única adjetivación que justificaría la intervención penal. A grandes problemas, grandes remedios, parece haber sido el lema del legislador, y ninguno mejor que eliminar lo que pudiera ser conflictivo. Si costaba probar la desviación de poder y tampoco procedía suponerla, bastaba con eliminar cualquier atisbo que, siquiera de forma indiciaria, recordase que la única razón cabal de ser del precepto es sancionar los actos de ocultación de lo que de forma amplia puede enmarcarse en el concepto de corrupción pública, único bien jurídico en condiciones de dar sentido a un delito cuyo punto de partida es una situación de enriquecimiento patrimonial. Nada hay, pues, que probar ya, y tampoco nada que deducir, siquiera sea indiciariamente. La intervención penal baja de un plumazo los peldaños que requeriría una actividad probatoria y se conforma tan sólo con la negativa a declarar, elevada sin más a objeto de represión penal.

Un remedio tan original no encuentra, desde luego, parangón en ningún otro delito de nuestro Código penal. De hecho, en otros tipos delictivos en los que el legislador persigue el disfrute o la introducción en el mercado de los bienes procedentes de una actividad delictiva, nunca se le ha ocurrido ignorar el elemento que da sentido al castigo de la conducta –el delito antecedente–, y configurar un precepto a modo de simple desobediencia. Paradigmático de ello es el delito de blanqueo que, como es sabido, tras la reforma operada por la LO 5/2010, renunció en el art. 301

³³ Otra cosa es que, por las razones dichas, la introducción del delito con la forma de desobediencia se deba a que materialmente la actitud de la autoridad pueda hacer pensar que exista un acto de corrupción. En este sentido, GONZÁLEZ URIEL, «Algunas consideraciones críticas sobre el delito de desobediencia por enriquecimiento injustificado del art. 438 bis», *Asociación Profesional de la Magistratura*, 2023: «En la *ratio* del tipo subyace la idea de que este engrose patrimonial se basa en un delito y, yendo más lejos, y dada su ubicación sistemática, de que su procedencia es un acto de corrupción política».

³⁴ QUINTERO OLIVARES, *Almacén de Derecho*, 2022, descartando que se haya creado, no ya un delito de enriquecimiento ilícito, sino de posesión injustificada de bienes, que sí implicaría una presunción contraria al reo.

CP a requerir la comprobación de que los bienes blanqueados tengan su origen en un delito, para en su lugar conformar el tipo con el convencimiento del tribunal de que traen su origen de una actividad delictiva, elemento que habrá de quedar acreditado mediante una serie de indicios cuya relación ha sido objeto de una asentada elaboración jurisprudencial³⁵. Resulta así que al castigarse la conducta de quien blanquea los bienes, no sólo procedentes de un delito cometido por un tercero, sin por él mismo, el castigo de la introducción de los bienes en el mercado no se colma por una supuesta desobediencia a los requerimientos de dar explicaciones sobre el origen del patrimonio. Reclama de forma decidida la concurrencia, al menos, de indicios acerca de aquel origen.

Tampoco en relación con las medidas orientadas en el Código penal a impedir el disfrute de los bienes puede encontrarse una regla similar. La mirada se vuelve ahora hacia las previsiones que contemplan el decomiso. Ni siquiera las modalidades en las que el legislador manifiesta con toda contundencia su predisposición a ampliar hasta los límites de lo posible el alcance de esta figura, es posible encontrar una técnica asimilable a la del nuevo art. 438 bis CP. Sirva de ejemplo ahora la previsión del decomiso ampliado contemplado en el art. 127 bis CP. Recordemos que se trata de un precepto que permite al juez o tribunal acordar el decomiso de los bienes, efectos o ganancias pertenecientes a quien ha sido condenado por alguno de los delitos que enumera, «cuando resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva y no se acredite su origen ilícito». Para así considerarlo, relata una serie de indicios, entre los que se cuenta uno que recuerda bastante a lo que, sin embargo, en el art. 438 bis CP no es un indicio, sino directamente la llave para proceder al castigo penal cuando el sujeto no aporta una explicación: «la desproporción entre el valor de los bienes o efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada». Junto con él se menciona la «ocultación de la titularidad o de cualquier poder de disposición sobre los bienes» en las condiciones que precisa la norma, o la «transferencia de los bienes o efectos mediante operaciones que dificulten o impidan su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica válida». En definitiva, tampoco basta para acordar una medida de tanta laxitud un mero requerimiento de explicaciones, ni siquiera si el autor fuera una persona pública, funcionario o autoridad. Es necesario, al menos, la concurrencia de los mencionados indicios que apunten a la procedencia ilícita de los bienes que van a ser objeto de decomiso. Curioso resulta que estas exigencias están presentes a la hora de acordar una consecuencia accesoria y no sean necesarias, sin embargo, para fundamentar un injusto penal.

Ninguno de estos argumentos comparativos parece haber tenido peso para condicionar la opción del legislador. Debiera en todo caso haber sido consciente de que la elevación a la categoría de delito de la desobediencia al cumplimiento del deber de justificar el origen de los bienes permite comprender incrementos patrimoniales con potencial origen ajeno a un acto de corrupción, pese a que la ubicación sistemática del precepto y las normas internacionales a que dice obedecer lo presentan inequívocamente como una medida de lucha contra ella. El resultado es que, de este modo, no sólo ha ido un paso más allá de la técnica de aquellas otras previsiones citadas de

³⁵ Valga de cita la STS 247/2015, Penal, de 28 de abril (ECLI:ES:TS:2015:1895). Recordando la de 23 de septiembre de 2010, señalaba como indicios más relevantes: «a) La importancia de la cantidad del dinero blanqueado; b) La vinculación de los autores con actividades ilícitas o grupos o personas relacionados con ellas; c) Lo inusual o desproporcionado del incremento patrimonial del sujeto; d) La naturaleza y características de las operaciones económicas llevadas a cabo, por ejemplo, con el uso de abundante dinero en metálico; e) La inexistencia de justificación lícita de los ingresos que permiten la realización de esas operaciones; f) La debilidad de las explicaciones acerca del origen lícito de esos capitales; g) La existencia de sociedades 'pantalla' o entramados financieros que no se apoyen en actividades económicas acreditadamente lícitas».

nuestro Código penal sino, sobre todo, del contenido de las recomendaciones de los instrumentos internacionales, que en modo alguno llevaban a considerar colmado el delito con un mero acto de desobediencia, sino a perseguir actos materiales de corrupción. Ante tal desajuste entre la finalidad de la norma y su plasmación positiva, no cabe más que plantearse si, al menos, el recurso a este curioso artificio ha conseguido sortear las dudas de constitucionalidad asociadas al castigo de lo que en realidad se quiere castigar, el enriquecimiento injusto asociado al cargo, y, caso de que así sea, si esta técnica no generará otras objeciones de constitucionalidad de no menor gravedad desde el punto de vista del respeto de las garantías irrenunciables en el proceso penal.

Cierto es, desde luego que, por las razones antedichas, el precepto contemplado en clave de desobediencia no vulnera la presunción de inocencia. La pregunta es si la eliminación de cualquier exigencia siquiera sea indiciaria, de que el enriquecimiento de la autoridad procede de un ejercicio desviado del cargo es suficiente para acoger con odas de bienvenida al nuevo delito «de desobediencia». La reflexión viene a cuento no ya sólo en términos de la anticipación de la intervención penal que supone, ya denunciada líneas más arriba. También en lo que ahora interesa, desde el punto de vista del respeto de otras exigencias garantistas. Así resulta en tanto que no es, desde luego, la presunción de inocencia la única garantía que ha de respetarse en el proceso penal. Destaca, entre ellas, de modo singular, el derecho a no confesarse culpable, contenido en el art. 24.2 CE como parte del derecho a la defensa³⁶, que bien pudiera verse afectado desde el momento en que el sujeto en cuestión se viera en la tesitura de tener que explicar el origen de su patrimonio bajo la coerción de ser sancionado por un delito con una pena nada despreciable.

Por encima de las dificultades que tradicionalmente ha comportado la definición del que genéricamente puede referirse como el derecho a no autoinculparse³⁷, existe una consolidada construcción jurisprudencial –de nuestro Tribunal Constitucional pero singularmente del Tribunal de Estrasburgo al que es común que aquel se remita– que ha trazado los presupuestos y límites del derecho. Destaca entre ellos la necesidad de hacer compatible el respeto del derecho con el desempeño por los poderes públicos de las funciones inspectoras y de control que tienen encomendadas, lo que reclama el trazo de una serie de presupuestos que acoten la viabilidad de la alegación del derecho.

El primero, que la información se pretenda obtener de forma coactiva, concepto normativo que si bien está necesitado de una interpretación apegada al caso concreto³⁸, se considera aplicable allí donde el sujeto se ve constreñido a aportar información bajo la amenaza de una sanción, inclusiva de multas³⁹. El segundo, que la diligencia en cuestión pudiera suponer para el sujeto

³⁶ Por todas, STC (Pleno) 197/1995, de 21 de diciembre (BOE núm. 21, de 24 de enero de 1996).

³⁷ Comprensivo tanto del derecho a guardar silencio en un procedimiento penal, como a no autoincriminarse, en el sentido de que la información autoincriminatoria que hubiera facilitado fuera de él no se utilice en un procedimiento penal. Sobre estos aspectos, por todos, PALAO TABOADA, *El derecho a no autoincriminarse en el ámbito tributario*, 2008, pp. 13 ss.

³⁸ Al respecto, por todos, GARCÍA BERRO, «La reciente jurisprudencia de ámbito europeo acerca del derecho a no autoincriminarse y sus implicaciones en el procedimiento tributario interno», en SÁNCHEZ PINO (dir.), *Derecho de la Unión Europea y reformas del ordenamiento jurídico español*, 2011, nm. 22 ss.

³⁹ Resulta de interés la STEDH de 25 de febrero de 1993, caso *Funke c. Francia*, en el que el TEDH consideró vulnerado el derecho a guardar silencio y a no declararse culpable de un acusado de infringir la normativa sobre relaciones financieras con el extranjero, y condenado penalmente por su negativa a aportar los documentos incriminatorios, o la STEDH de 3 de mayo de 2001, caso *J. B. c. Suiza*. En este último caso apreció igualmente una violación del Convenio tratándose de un acusado de evasión fiscal, a quien se requirió una serie de documentos

que aporta la información un acto incriminatorio en un proceso sancionador abierto o de posterior iniciación⁴⁰. El tercero, que el material incriminatorio no tenga existencia independiente de la voluntad del sujeto en cuestión⁴¹, un criterio que ha encontrado refrendo en la Directiva 2016/353, de 9 de marzo, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio⁴². Si bien se trata de un concepto abierto que admite diferentes interpretaciones⁴³, con cualquiera de sus formulaciones se reconoce que su razón de ser obedece a la consideración de que una persona sólo se autoincrimina cuando revela información que de otro modo no sería accesible para el órgano requirente⁴⁴.

relativos a inversiones cuyo origen eran cantidades no declaradas, con la conminación de la imposición de multas en caso de negativa. Señala que la noción de juicio justo que consagra el artículo 6.1 del Convenio comprende «el derecho a no autoincriminarse, en particular, presupone que las autoridades logren probar su caso sin recurrir a pruebas obtenidas mediante métodos coercitivos o de presión en contra de la voluntad de la «persona acusada».

⁴⁰ Ya en este sentido puede verse la STC (Pleno) 197/1995, de 21 de diciembre (BOE núm. 21, de 24 de enero de 1996): «los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable contemplan, como su enunciado indica, los que en el proceso penal al imputado o a quien pueda adquirir tal condición corresponden». De forma más reciente, afirma la STC (Sala Primera) 21/2021, de 15 de febrero (BOE núm. 69, de 22 de marzo de 2021) que «para que se aprecie la quiebra de la garantía de no autoincriminación no es imprescindible que la declaración coactiva se haya obtenido en el seno del proceso de naturaleza penal, siendo en principio admisible que la obtención de la información mediante coacción se haya producido en un procedimiento previo en el que no se ejerce el ius puniendi estatal y sólo sea posteriormente cuando se incorpore con efectos incriminatorios a un proceso penal. Lo relevante en la garantía de no autorincriminación sería el carácter coactivo de la aportación de la información, independientemente del contexto procedimental en que se obtuviera, y el efecto incriminatorio que produjese o pudiese producir en un proceso de naturaleza penal o sancionadora»... «la garantía de no autoincriminación sólo despliega su protección cuando la compulsión a aportar elementos incriminatorios se proyecta sobre la misma persona del imputado o de quien puede llegar a serlo en el futuro». En la jurisprudencia del TEDH resulta obligada la cita del caso *Funke c. Francia* (STEDH de 25 de febrero de 1993, caso *Funke c. Francia*) en el que el Tribunal consideró vulnerado el art. 6 del Convenio al imponerse una sanción a quien se negó a facilitar una serie de documentos, en tanto que la información se dirigía en exclusiva a obtener pruebas de la comisión de un ilícito, así como el caso *J.B. c. Suiza* (STEDH de 3 de mayo de 2001, caso *J. B. c. Suiza*), que igualmente consideró contraria al convenio la multa impuesta a quien se negó a facilitar información a las autoridades fiscales en un procedimiento orientado a la determinación de las obligaciones tributarias pero también a la sanción de las infracciones que se advirtieran.

⁴¹ Obligada es la cita de la STEDH de 17 de diciembre de 1996, caso *Saunders c. Reino Unido*. Se planteaba la procedencia de la utilización en el proceso penal de las declaraciones realizadas ante los inspectores nombrados por el Ministerio de Comercio e Industria para esclarecer una serie de irregularidades con eventual trascendencia penal cometidas en el ámbito societario. El interrogado estaba obligado a responder a las preguntas conforme a la Ley de Sociedades, ya que de otro modo podría incurrir en un delito de desacato. Consideró el Tribunal que el derecho a no autoincriminarse no se extiende «al uso, en procesos penales, de datos que pueden obtenerse del acusado mediante el uso de poderes coercitivos pero que existen independientemente de la voluntad del sospechoso, por ejemplo, documentos recogidos en cumplimiento de una orden judicial, muestras de aliento, sangre y orina y tejidos corporales para análisis de ADN».

⁴² Así lo reconoce el art. 6.3: «El ejercicio del derecho a no declarar contra sí mismo no impedirá a las autoridades competentes recabar las pruebas que puedan obtenerse legalmente mediante el ejercicio legítimo de poderes coercitivos y que tengan una existencia independiente de la voluntad de los sospechosos o acusados».

⁴³ Se trata de un debate al que en esta sede sólo podemos hacer referencia. Dos son, básicamente, las posturas al respecto. La primera, la que entiende que documentación autónoma es aquella que existe con independencia de un acto de voluntad del sujeto, esto es, tiene existencia física previa (por ejemplo, la documentación contable). La segunda, la que amplía el concepto al incluir también dentro de la categoría de la información que depende de la voluntad del acusado aquella que, aun teniendo existencia física autónoma, no puede conseguirla la Administración por sus medios sin la colaboración del sujeto en cuestión. Al respecto GARCÍA BERRO, en SÁNCHEZ PINO (dir.), *Derecho de la Unión Europea y reformas del ordenamiento jurídico español*, 2011, pp. 129 ss. Si bien su postura no corresponde a la de la doctrina mayoritaria, considera el citado autor que «la cobertura del derecho se extiende a todos los documentos que el poder público no esté en disposición de obtener por sí mismo de manera inmediata, y ello por más que tenga certeza de su existencia objetiva», p. 133.

⁴⁴ Por todos, PALAO TABOADA, *El derecho a no autoincriminarse en el ámbito tributario*, 2008, p. 117. Ampliamente comentando la sentencia, pp. 131 ss. «Una persona se autoincrimina cuando pone en conocimiento del órgano

A la vista de lo anterior, y centrando ya la cuestión en la nueva previsión incorporada a nuestro Código, cabe preguntarse si pudiera plantear algún tipo de colisión con el referido derecho a no autoincriminarse. Para empezar, la cuestión surge porque si se analiza el contenido del precepto difícilmente puede discutirse que recurre a un método coactivo para obtener, no acceso a una información independiente de la voluntad de la autoridad, sino una declaración de voluntad que se considera indispensable para esclarecer los hechos. En efecto, como coactiva ha de entenderse la conminación penal del sujeto a declarar el origen del incremento patrimonial bajo la amenaza de la imposición de penas de prisión de hasta tres años, multa e inhabilitación especial por tiempo de hasta siete años. Hablar en tal caso de una manifestación de voluntad libre o sin presiones no parece lo más realista. Tampoco parece admitir dudas, por otra parte, la afirmación de que la información que pretende obtenerse no es extraíble de elementos con existencia autónoma a la voluntad del sospechoso, en tanto que requiere por definición su declaración⁴⁵, sin que de otro modo la Administración pueda llegar a conocer la procedencia del enriquecimiento patrimonial⁴⁶. Precisamente por ello, porque se trata de una información esencial, no obtenible de otro modo y reveladora del origen de los bienes, se explica que el legislador conmine al sujeto que no la ofrece con la imposición de penas nada desdeñables. No se entendería, en efecto, su imposición si la información fuera accesible por el órgano requirente, quien entonces para poco o nada necesitaría una declaración personal del sujeto en cuestión ni tendría, por tanto, que compelerle a que la emita.

A lo anterior se suma todavía el hecho de que la información así obtenida puede tener, por su naturaleza, valor inequívocamente incriminatorio allí donde de ella se derive un enriquecimiento patrimonial injusto, resultado que además está orientado a utilizarse en un procedimiento penal. No se olvide, en efecto, que el art. 438 bis CP no sanciona la no declaración del incremento patrimonial experimentado cuando así lo requiere el órgano competente, ya sea mediante la aportación de cuentas bancarias o de una declaración de bienes o de cancelación de deudas. Si así fuese, el deber de aflorar el patrimonio distaría de equivaler a la confesión de un delito y habría de verse, tan sólo, como el cumplimiento de un deber que la autoridad se compromete a cumplir al tomar posesión del cargo y que está contemplado en la correspondiente legislación sectorial⁴⁷. Nada habría en ese caso que objetar. Pero el art. 438 bis CP sanciona algo muy distinto

sancionador informaciones o datos que éste desconocía y no tenía otra manera de averiguar, y en los cuales puede fundarse su sanción o condena».

⁴⁵ De hecho, nuestro Tribunal Constitucional, aplicando aquella doctrina del TEDH, se ha pronunciado expresamente en el sentido de conceder amparo por vulneración del derecho en otros casos en los que el sujeto ha declarado sobre hechos que le incriminan bajo la amenaza de una sanción penal. Es el caso de la citada STC (Sala Primera) 21/2021, de 15 de febrero (BOE núm. 69, de 22 de marzo de 2021), relativa a un guardia civil que, bajo la amenaza de ser sancionado por falso testimonio, declaró acerca de la grave desconsideración a sus superiores: «También procede reconocer que la declaración no fue en absoluto voluntaria, sino que se realizó de un modo forzado, dado que el recurrente que la hizo estaba obligado en su condición de testigo a responder a las preguntas formuladas y a hacerlo de un forma exacta, todo ello bajo apercibimiento de las penas establecidas para el falso testimonio».

⁴⁶ Por ello, aun cuando se admitiese la postura de quienes consideran que la existencia autónoma de la información no ha de ceñirse a los casos en que preexista, sino de forma más amplia a toda la que no esté en disposición de obtener el órgano requirente de manera inmediata (véase nota 44), habría de reconocerse, en todo caso, la inexistencia autónoma de la información.

⁴⁷ Es lo que se contempla, por ejemplo, en la ya referida Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, que atribuye a la Oficina de Conflicto de intereses la competencia de verificar al finalizar el mandato del alto cargo, entre otros extremos, «La existencia de indicios de enriquecimiento injustificado teniendo en consideración los ingresos percibidos a lo largo de su mandato y la evolución de su situación patrimonial». Aun sin referirse expresamente al caso que nos ocupa, vienen a colación las palabras de GÓMEZ TOMILLO, «Los derechos a no declarar contra sí mismo, a no declararse culpable y a guardar silencio en procedimientos de inspección o supervisión administrativa previos a un procedimiento sancionador o

a la aportación o declaración de esos datos objetivos. Sanciona el no dar explicaciones sobre el origen de ese incremento⁴⁸. El precepto parte de que consta un incremento patrimonial por encima de los ingresos acreditados, que además está ya cuantificado (más de 250.000 euros) y, a partir de él, reclama una explicación sobre su origen. Por ello, aun cuando la declaración a la que el sujeto resulta compelido con penas, entre otras de prisión, no se realice en el marco de un procedimiento sancionador por desviación de poder, si aquél reconociera que el origen del enriquecimiento es un acto delictivo, procedería la apertura del correspondiente procedimiento⁴⁹, un efecto que en otros escenarios comparables ha determinado que tanto la jurisprudencia europea⁵⁰ recogida por nuestro Tribunal Constitucional⁵¹ como buena parte de la

penal», *Estudios Penales y Criminológicos*, (42), 2022, p. 20., cuando afirma, «El mero hecho de tener rentas elevadas no implica que procedan de una conducta delictiva, sino que pueden tener un origen muy diverso, por ejemplo, donaciones, herencias, juegos de azar, etc.; incluso, cabe que el sujeto se lucrara del delito sin haber intervenido en él, como partícipe a título lucrativo, art. 122 CP». Este es, según entiendo, el argumento central a la hora de fundamentar la compatibilidad de este precepto con el derecho a no autoincriminarse; esto es, que la determinación de un enriquecimiento patrimonial no justificado por los ingresos del alto cargo no supone una prueba decisiva para su incriminación, sino sólo la constatación del dato objetivo del incremento patrimonial. Según entiendo, no sería necesario recurrir a otros argumentos manejados en la doctrina para justificar la procedencia de los requerimientos de los órganos administrativos en otros ámbitos. Es el caso de la propuesta que formula GARCÍA BERRO, quien considera que lo importante para que el derecho a no autoincriminarse despliegue sus efectos es que la coacción del poder público sea posterior a la comisión del ilícito punible: «si desde antes de cometer el ilícito el sujeto tiene constancia de que en un momento posterior, predeterminado normativamente, deberá presentar una declaración reveladora de su actuación punible, no podrá éste alegar su derecho a no autoincriminarse al objeto de impedir que tal declaración se utilice como evidencia contra él... Cuando, pese a tener constancia de ello, el sujeto decide después perpetrar la conducta punible, él mismo se pone por su propia voluntad en la situación de tener que aportar más tarde las pruebas que lo autoincriminan», pp. 135 s.

⁴⁸ Descarto con ello el argumento de quienes entienden que el precepto no vulnera garantía constitucional alguna por el hecho de que el alto cargo, al aceptar el puesto, acepta una obligación. Es el caso de NIETO MARTÍN, *Fundamentos de Derecho penal. Parte Especial*, (t. II), 2023, p. 409 o VIVES, en GONZÁLEZ CUSSAC (Coord.), *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código penal*, 2023, p. 204. Desconoce esta argumentación que una cosa es el deber de declarar datos, deber que ciertamente asume la autoridad a tomar posesión, y otra que su incorporación al cuerpo suponga la renuncia al derecho a no declararse culpable, como sucedería si hubiera de aportar, no ya los datos objetivos relativos al estado de su patrimonio, sino una declaración sobre su origen.

⁴⁹ De hecho, este no sólo puede ser un acto de corrupción. Desde el momento en que el art. 438 bis CP no requiere ningún indicio o vinculación del incremento patrimonial con esta tipología de delito, la autoinculpación puede ser sobre cualquier otro tipo delictivo (por ejemplo, tráfico de drogas, delitos contra la Hacienda Pública, prostitución, etc.). La exigencia de que el enriquecimiento se vincule al ejercicio del cargo se contempla en otros modelos que castigan el enriquecimiento injustificado. Es el caso del art. 279 CP ecuatoriano, que sanciona la conducta de los servidores públicos y de quienes actúan en virtud de una potestad estatal que obtienen un incremento patrimonial injustificado «producto de su cargo o función». Con todo, cuesta imaginar cómo se puede vincular el enriquecimiento con el ejercicio del cargo cuando se parte de que es «injustificado». En cualquiera de los casos se advierte la paradoja de admitir el derecho al silencio del investigado en un procedimiento penal, ante un juez y con todas las garantías que le son propias y, sin embargo, conminar al sujeto sospechoso de la comisión de un delito a declarar frente a un indeterminado y potencialmente múltiple órgano de naturaleza administrativa, para después incorporar tal declaración en un procedimiento sancionador penal.

⁵⁰ En este sentido se pronunció ya la STJCE de 18 de octubre de 1989, C-374/87. Se planteaba la compatibilidad con el derecho de defensa de las declaraciones requeridas al sujeto en el marco de una investigación sobre la presunta existencia, en el sector de los termoplásticos, de acuerdos o prácticas concertadas contrarios al apartado 1 del artículo 85 del Tratado CEE. La sentencia consideró vulnerado el derecho, en tanto que, «si bien es cierto que el derecho de defensa debe ser respetado en los procedimientos administrativos que pueden dar lugar a una sanción, ha de evitarse, al mismo tiempo, que el mencionado derecho quede irremediadamente dañado en los procedimientos de investigación previa, que puedan tener un carácter determinante para la construcción de pruebas del carácter ilegal de conductas de las empresas susceptibles de generar la responsabilidad de éstas». En la jurisprudencia del TEDH viene de nuevo a colación la ya citada STEDH de 3 de mayo de 2001, caso *J. B. c. Suiza* donde reconoció el derecho del acusado a no facilitar información mediando la razonable certeza de que esa información se usaría con fines punitivos. Véase el amplio recorrido por esa jurisprudencia que ofrece GÓMEZ TOMILLO, *EPC*, (42), 2022, pp. 13 ss.

⁵¹ STC (Sala Primera) 21/2021, de 15 de febrero (BOE núm. 69, de 22 de marzo de 2021): «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado la vulneración de la garantía de no incriminación...en aquellas otras situaciones

doctrina⁵², haya planteado la incompatibilidad de tal declaración con el derecho a la no autoincriminación.

Claro es que las dudas que plantea el precepto bien pudieran rebatirse desde diversos puntos de vista. Cuestionaría el primero el carácter inequívocamente incriminatorio de la declaración manifestada, argumento en principio atendible si se admite que no se vulnera el derecho a no autoincriminarse cuando la información obtenida no es inequívocamente incriminatoria, sino que para ello se precisa de una actividad comprobadora ulterior. El segundo, bien pudiera negar la consideración misma como acto de declaración de la justificación que debe dar el acusado, contemplándose simplemente como ejercicio de su derecho de defensa. El tercero, pudiera traer a colación el paralelismo de la obligación de declarar con cuanto se contempla en materia de inspección fiscal, obligación indubitadamente admitida en aras a garantizar el correcto desempeño de las funciones de control e inspección administrativas. El cuarto, por último, pudiera poner sobre el tapete la similitud del art. 438 CP con el art. 382 CP en materia de seguridad vial, cuya constitucionalidad ha sido reconocida por nuestro Tribunal Constitucional. Adelantando en buena medida conclusiones, ninguno de esos argumentos parece ser decisivo. Analicémoslos por separado.

La negación del carácter incriminatorio a la declaración que ha de expresar el sujeto.

Para rebatir todas aquellas objeciones de constitucionalidad, lo primero que podría oponerse es el argumento relativo a que la declaración que se obtenga bajo la amenaza de sanción penal no es inequívocamente incriminatoria. Cierto es que así será en los casos en que, a resultas del requerimiento, la autoridad pueda ofrecer algún tipo de explicación, comprensiva de la documental. Incluso aun cuando de la misma resultase que no se justifica el montante del incremento patrimonial experimentado, la convicción acerca de la comisión de un delito requeriría la existencia de una actividad probatoria ulterior que confirmase o desvirtuase los eventuales indicios delictivos, sin que, por tanto, aquella fuera determinante. Pero la situación se torna muy distinta allí donde la autoridad requerida no pueda aportar explicación verosímil alguna, por la sencilla razón de que la ganancia es fruto de una desviación del recto ejercicio del cargo y no exista, por tanto, ni documentación que aporte ni versiones alternativas que dar. Si en tales circunstancias procediera a declarar, lo único que podría expresar es el reconocimiento de su actuación desviada, si es que no optara por ofrecer una explicación inverosímil, que conforme al propio Preámbulo de la Ley de reforma, habría de equipararse a la negativa a declarar⁵³. En tal escenario el requerido se vería acorralado entre dos opciones; a saber, o negarse

en que el poder público asocia formas de coacción (multas, privación de libertad, etc.) a quienes en un proceso de naturaleza no penal, como procedimientos de indagación en materia aduanera (STEDH de 25 de febrero de 1993, caso *Funke c. Francia*) o de gestión tributaria (caso *J.B. c. Suiza*) o de investigación para localizar el producto de un delito (caso *Shannon c. Reino Unido*), rehúsan aportar información que podría ser usada posteriormente contra ellos en un procedimiento de carácter penal».

⁵² PALAO TABOADA, *El derecho a no autoincriminarse en el ámbito tributario*, 2008, pp. 121 ss., para quien no puede negarse el derecho a guardar silencio cuando «el procedimiento administrativo se halla tan íntimamente unido al proceso penal; en este caso, el interesado debe poseer los mismos derechos que si el proceso se hubiera ya iniciado», recordando para ello la sentencia del caso *Weh*, que extiende el derecho a la información que puede incriminar al sujeto en un procedimiento iniciado o de previsible iniciación. Véase también GARCÍA BERRO, en SÁNCHEZ PINO (dir.), *Derecho de la Unión Europea y reformas del ordenamiento jurídico español*, 2011, nm. 19, «la existencia del derecho permite que todo interesado pueda negarse a facilitar información a solicitud de las autoridades cuando exista la razonable certeza de que el poder público utilizará contra él los elementos probatorios obtenidos por este cauce para sustentar una resolución punitiva del procedimiento». GARCÍA BERRO en SÁNCHEZ PINO (dir.), *Derecho de la Unión Europea y reformas del ordenamiento jurídico español*, 2011, p. 121.

⁵³ A una «explicación manifiestamente falsa» se refiere el Preámbulo de la LO 14/2022.

a dar explicaciones mínimamente aceptables, en cuyo caso incurre en el delito del art. 438 bis CP, o reconocer la procedencia delictiva de los bienes, lo que a todas luces supone una información que poco más contraste requiere para asegurar la condena por el correspondiente delito del que proceden los bienes o la cancelación de deudas.

La comprensión de la declaración de la autoridad como ejercicio de su derecho de defensa.

Se ha recurrido en ocasiones como argumento con el que sortear las objeciones formuladas al entendimiento de que la conminación a la autoridad para que dé explicaciones no supondría, en realidad, un deber de colaboración activa para desvirtuar las sospechas sobre el origen no confesable de los bienes, su comprensión como una cláusula por la cual se concede al investigado un derecho a defenderse, a desvirtuar el carácter injustificado del enriquecimiento experimentado por la autoridad desde el inicio del cargo hasta el momento de la investigación (máxime 5 años tras el cese), dato que correspondería probar a la acusación. Fue, de hecho, ésta la interpretación que sostuvo la Cámara de Casación argentina en su fallo de 9 de junio de 2005 en el caso Alsogaray, que se pronunció acerca de la constitucionalidad de una previsión muy similar a la contenida en el art. 438 bis de nuestro Código penal. En palabras de la referida sentencia «el tipo penal no está conformado por la no justificación, de quien haya sido debidamente requerido, del origen del incremento patrimonial apreciable...sino por la acción de haberse enriquecido de ese modo y que no resulte justificado objetivamente... La cláusula del debido requerimiento y de la no justificación sólo puede entenderse como requisitos establecidos en exclusivo resguardo del derecho de defensa en juicio...».

El argumento difícilmente puede convencer por varias razones. Para empezar, por lo forzado que resulta interpretar que el significado que cabe atribuir a la referencia a la ausencia de justificación sea la garantía del derecho de defensa. Y no ya sólo por lo curioso que resulta transformar el cumplimiento de un deber en el ejercicio de un derecho. También porque, de ser coherentes, si realmente la plasmación de ese deber supusiera reconocer un derecho, habría que concluir que cuando el tipo no incorpora tal referencia, el derecho no se garantiza. En segundo lugar, porque, frente a lo que se ha sostenido⁵⁴, en el razonamiento se mezclan dos aspectos muy distintos. En concreto, se confunde la acusación de un enriquecimiento patrimonial injustificado con el derecho de defensa del acusado que, sin embargo, no se orienta a negar la situación de enriquecimiento como pareciera lógico suponer, sino algo muy distinto: desvirtuar que el origen es ilícito. Para considerar que la explicación del origen lícito del enriquecimiento por parte del acusado es un hecho impeditivo cuya prueba le corresponde, habría de partirse de la premisa de que el deber de declarar recae, no ya sobre una situación de enriquecimiento, sino sobre un enriquecimiento adjetivado como ilícito. De ser así, la prueba de su licitud desvirtuaría los elementos que previamente han fundamentado el desvalor de su actuación. El razonamiento decae si el precepto se configura como un delito de desobediencia que formalmente no prejuzga el origen del enriquecimiento. No se entiende, por ello, que con la explicación de ese origen el investigado ejerza el derecho a negar, no el presupuesto del delito –el enriquecimiento– sino algo

⁵⁴ Es el caso, por ejemplo, de FERNÁNDEZ LÓPEZ, «Las presunciones en el proceso penal. Análisis a propósito del delito de enriquecimiento ilícito», en ASECIO MELLADO (dir.), *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, 2017, pp. 284 ss., donde sostiene la constitucionalidad de modelos como el argentino sobre la base de que es la acusación «la que aporte la prueba del elemento típico incremento patrimonial desproporcionado respecto a los ingresos y bienes declarados», siendo así, que «existiendo pruebas incriminatorias contra el acusado, cabe esperar de él una explicación razonable». Nada habría que objetar al razonamiento de no ser porque esa «explicación» excede con mucho del objeto de la acusación.

distinto, –el origen de esa situación de enriquecimiento que en principio es extraña al tipo⁵⁵–. La validez del argumento, en definitiva, sólo podría admitirse si se reconociera que, pese a la fórmula legal de un tipo de desobediencia, se ha introducido en nuestro ordenamiento un delito de enriquecimiento ilícito. Pero reconocer tal esencia supondría volver a recordar todas las objeciones que rodean a esa configuración, y por las que precisamente el legislador la ha sorteado. Todavía, como tercer argumento, cabría oponer que, si se parte de que el objeto del deber de declarar presentado como derecho de defensa no se refiere a la ilicitud del enriquecimiento sino a su propia existencia, tal comprensión descansaría necesariamente en la consideración del enriquecimiento injustificado como un ilícito penal, lo que por las razones vistas, despertaría de nuevo las objeciones oponibles a las suposiciones de ilicitud.

Identidad del supuesto con el deber de declarar ante la Hacienda tributaria.

Otro de los argumentos recurrentes para justificar el deber de la autoridad de declarar el origen de su patrimonio es el que busca su paralelismo con la obligación de atender los requerimientos de la actividad inspectora propia de la Hacienda tributaria, deber cuya legalidad parece estar fuera de discusión. Sin embargo, para desvanecer la validez del razonamiento bastaría con traer a colación dos aspectos reiteradamente destacados.

El primero, que aquella labor inspectora propia de la Hacienda tributaria no se relaciona de modo directo e inmediato con la eventual derivación de un procedimiento sancionador, aun cuando de esos datos pueda deducirse una eventual responsabilidad administrativa o penal⁵⁶. Distinto es el escenario en que bajo la amenaza de la imposición de una pena se conmina a declarar a quien efectivamente se ha enriquecido de modo ilícito, como sucede en el art. 438 bis CP. Recordemos que, ubicado entre los delitos orientados a la persecución de la corrupción, castiga la omisión, no de la aportación de datos, sino de una declaración cuyo contenido puede tener directamente efectos incriminatorios. Resulta así que si el origen del enriquecimiento es delictivo y el sujeto es compelido a declarar su origen, la única salida para evitar la condena por el art. 438 bis CP será confesar la procedencia del patrimonio y, sobre la base de esa confesión, verse incurso en un procedimiento penal por corrupción.

En segundo lugar, la compatibilidad del art. 438 bis CP con el derecho a no autoinculparse vuelve a resultar más que dudosa desde el momento en el que, a diferencia de la documentación que puede solicitarse en una actividad inspectora –que aun requerida bajo el apercibimiento de una sanción, tiene existencia autónoma a la voluntad del investigado y no supone el reconocimiento del acto ilícito⁵⁷–, en el art. 438 bis CP el soporte de la información es un acto de voluntad del

⁵⁵ El argumento sería válido si, a diferencia de la opción formalmente seguida por nuestro legislador, el precepto castigara una forma de enriquecimiento ilícito. Así lo maneja la *Guía Legislativa de Naciones Unidas para la aplicación del Convenio contra la Corrupción*, p. 88, cuando recuerda que se ha dicho que no hay presunción de culpabilidad en tanto que la prueba del enriquecimiento del sujeto por encima de sus ingresos legítimos corresponde al Ministerio Fiscal.

⁵⁶ Ampliamente al respecto, ALARCÓN SOTOMAYOR, *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, 2007, pp. 202 ss.: «Es habitual que las inspecciones se hagan con una finalidad genérica de control...si no hay un procedimiento punitivo incoado, si no existe una acusación contra nadie, si el propósito específico de las actuaciones realizadas no es sancionar ilícitos, mal puede defenderse la traslación al ámbito de la inspección un de un derecho fundamental –no autoincriminarse...».

⁵⁷ En relación con la labor inspectora de la Hacienda Pública, véase SARRÓ RIU, *El derecho a no autoincriminarse del contribuyente. Vigencia de las garantías frente a la autoincriminación en los procedimientos ante la Inspección de Hacienda*, 2009, pp. 107 ss., quien ciñe el derecho a las declaraciones emitidas bajo coacción por el propio sujeto, con contenido directamente incriminatorio. Sostiene esta conclusión como una consecuencia lógica del fundamento del derecho a la no autoincriminación del que parte, cifrado en la protección del sujeto frente a

sujeto que no posee entidad autónoma e independiente a su persona⁵⁸ y que, además, volvamos a reiterarlo, puede ser directamente incriminatoria cuando lo único que cabe es declarar la comisión del ilícito⁵⁹. Así se deduce de la STC (Pleno) 76/1990, de 26 de abril (BOE núm. 129 de 30 de mayo de 1990), que resolvió el recurso de inconstitucionalidad frente a determinados preceptos de la ley 10/1985, de 26 abril 1985, de modificación parcial de la ley general tributaria. Entre otros aspectos, se planteaba la posible vulneración del art. 24.2 de su art. 83.3 f., al prever una sanción de multa por «la falta de aportación de pruebas y documentos contables o la negativa a su exhibición». Consideró el Alto Tribunal que no resultaban vulnerados tales derechos, en tanto que, para empezar, no existe un derecho absoluto a la reserva de datos, que haría imposible las labores de comprobación de Hacienda. Pero de inmediato reconoce que tampoco esa facultad inspectora es ilimitada, y si en el caso concreto se reconoce la constitucionalidad de la medida es porque «Los documentos contables son elementos acreditativos de la situación económica y financiera del contribuyente; situación que es preciso exhibir para hacer posible el cumplimiento de la obligación tributaria y su posterior inspección, sin que pueda considerarse la aportación o exhibición de esos documentos contables como una colaboración equiparable a la «declaración» comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los arts. 17.3 y 24.2 de la Constitución... cuando el contribuyente aporta o exhibe los documentos contables pertinentes no está haciendo una manifestación de voluntad ni emite una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad»⁶⁰.

Llama por ello la atención que esta sentencia del Alto Tribunal se haya manejado por alguna voz doctrinal como argumento para justificar la presencia en el Código penal del art. 438 bis CP⁶¹, desconociendo que, por las razones antedichas, el valor que adquiere la comparación se ciñe a legitimar las previsiones de la normativa sectorial que, como la contenida en la ya citada Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, contempla en su art. 24.2 la obligación del alto cargo de aportar toda la información requerida por la Oficina de Conflicto de intereses. Y todo ello, repitámoslo una vez más, porque la declaración de un incremento patrimonial es una cosa (deber contenido en esa normativa sectorial) y la explicación del origen de ese incremento por el propio acusado otra muy distinta (art. 438 bis CP). La similitud del caso sobre el que se pronunció la STC (Pleno) 76/1990, de 26 de

coacciones abusivas y en la garantía de la fiabilidad de las pruebas, aspectos que no quedarían comprometidos allí donde se tratase de elementos o pruebas de existencia independiente a la voluntad del acusado.

⁵⁸ Tanto si se entiende el acto de voluntad independiente como información preexistente, como si interpreta en clave de que, de otro modo, la Administración no pueda tener acceso a esa información. Con cualquiera de las opciones que se plantean en este debate al que aludimos marginalmente en nota 44, se llegaría a la misma conclusión en el supuesto que nos ocupa.

⁵⁹ GÓMEZ TOMILLO, *EPC*, (42), 2022, pp. 16 ss. Considera el autor que, tratándose de preguntas, «no cabe el empleo de información de la que inequívocamente se desprenda la responsabilidad punitiva», p. 18. Véase el mismo autor en *Instrumentos jurídicos de tutela y ejecución de las potestades de inspección y supervisión administrativa de sociedades que operan en los mercados. Art. 294 CP. Entrada y registro domiciliario con ocasión de investigación de infracciones administrativas*, 2019, pp. 106 s.

⁶⁰ Véase también el ATC 39/2003, de 10 de febrero: «la obligación genérica de prestar verazmente las correspondientes declaraciones tributarias resulta ajena al contenido del derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable... la obligación tributaria de declaración veraz sobre las rentas percibidas no supone compeler a realizar una manifestación de voluntad cuyo contenido admita directamente la culpabilidad por ningún hecho ilícito».

⁶¹ Es el caso de RAGA VIVES, en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código penal*, 2023, p. 205, donde recurre adicionalmente al ATC 40/2003, de 10 de febrero, relativo a la exhibición de documentos contables, que por su naturaleza (documental previa) y valor (no directamente incriminatorio) nada tiene que ver con el contenido del art. 438 bis.

abril (BOE núm. 129 de 30 de mayo de 1990) sólo puede establecerse con lo primero, no con lo segundo.

En realidad, la similitud del art. 438 bis CP con las previsiones del ámbito tributario habría de encontrarse en la puesta en relación del delito fiscal con lo dispuesto en el art. 39 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio. Conforme al referido precepto: «Tendrán la consideración de ganancias de patrimonio no justificadas los bienes o derechos cuya tenencia, declaración o adquisición no se corresponda con la renta o patrimonio declarados por el contribuyente, así como la inclusión de deudas inexistentes en cualquier declaración por este impuesto o por el Impuesto sobre el Patrimonio, o su registro en los libros o registros oficiales». El paralelismo de esta previsión con el precepto que nos ocupa resulta evidente en tanto que esos elementos o ganancias patrimoniales no justificados puedan integrar el cálculo de la cuota defraudada a efectos del delito fiscal, un delito que, dicho sea de paso, podría entrar en concurso con el art. 438 bis CP, dada la disparidad de bienes jurídicos protegidos en cada uno de ellos.

Precisamente, a la vista de las dudas de compatibilidad con la presunción de inocencia de la toma en consideración de aquella regla para apreciar el delito fiscal, no es de extrañar que la jurisprudencia penal ha venido reconociendo la facilidad de su quiebra. Puede citarse ya en este sentido la STS 2486/2001 de 21 diciembre⁶², en relación con el entonces art. 37 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre: «cuando exista una explicación alternativa, razonable y plausible, acerca de la procedencia de los bienes o ingresos detectados, aun cuando no esté plenamente justificada, la prueba de cargo resultará insuficiente para fundamentar la condena penal. En consecuencia, en el ámbito penal, a diferencia del fiscal o tributario, el contribuyente no necesita acreditar para obtener su absolucón, “que dichos bienes o derechos proceden de otros rendimientos del sujeto pasivo o de la reinversión de otros activos patrimoniales del mismo”, sino simplemente aportar una explicación alternativa mínimamente razonable o plausible, no desvirtuada por la acusación, pues en tal caso la duda razonable ha de resolverse a favor del acusado». De forma más reciente, la STS 307/2021, de 9 de abril⁶⁵ ponía de manifiesto la necesidad de compatibilizar las previsiones fiscales con el derecho a la precisión de inocencia. En concreto, tras señalar que en el orden penal la cuestión de la presunción de cuotas no declaradas tiene perfiles distintos que en el orden tributario, afirma: «Las exigencias relativas a la prueba de la existencia de rentas o rendimientos que se han ocultado a la Hacienda Pública a efectos de tributación en un determinado ejercicio fiscal, no presentan diferencias sustanciales con las aplicadas a las bases fácticas de otros delitos. Las acusaciones han de acreditar los hechos que imputan, a través de prueba directa o de prueba indiciaria. Pero no son admisibles presunciones en contra del acusado que le obliguen a demostrar su inocencia».

En definitiva, pues, el único paralelismo que cabría establecer con el art. 438 bis en materia fiscal es una previsión que, lejos de servir de asidero con el que fundamentar sólidamente la admisibilidad del deber de declarar de la autoridad, plantea las mismas dificultades que el delito de enriquecimiento injustificado.

⁶² STS 2486/2001, Penal, de 21 de diciembre (ECLI:ES:TS:2001:10160).

⁶⁵ STS 307/2021, Penal, de 9 de abril (ECLI:ES:TS:2021:1326).

El supuesto paralelismo del art. 438 bis con el art. 383 CP.

Los razonamientos anteriores sirven a su vez para desvirtuar otro de los argumentos comúnmente manejados para justificar la plena validez del deber de explicar el origen del incremento patrimonial contenido en el art. 438 bis CP; a saber, su similitud con el delito de desobediencia contemplado en sede de los delitos contra la seguridad vial en el entonces art. 380, hoy art. 383 CP⁶⁴. Como es sabido, este precepto castiga al conductor que habiendo sido requerido por un agente de la autoridad se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia, habiendo tenido ocasión nuestro Tribunal Constitucional de pronunciarse acerca de su constitucionalidad⁶⁵.

Considerable es, de nuevo, la diferencia que media entre el material obtenido bajo la conminación de una sanción en uno u otro delito. Para ponerla de relieve bastaría con repetir que en el caso del art. 383 CP no se sanciona el silencio del acusado que se niega a declarar, sino la obstrucción a una diligencia policial para obtener unos datos que tienen independencia autónoma de la voluntad del investigado, supuesto al que, según esa misma doctrina constitucional, no ampara la garantía de la no autoincriminación⁶⁶. Por ello, una vez más, si algún paralelismo quisiera encontrarse entre el objeto de aquel fallo y la problemática que nos ocupa sería para considerar como no contraria al derecho a no autoincriminarse la declaración que está obligado a hacer la autoridad respecto al estado de su patrimonio antes y tras la finalización del cargo, contemplada en la correspondiente normativa administrativa. Nunca ese paralelismo podría trazarse respecto al deber de declarar el origen del patrimonio aflorado.

Por lo demás, a la vista de inconsistencia de los argumentos antedichos para justificar la constitucionalidad del precepto y, con ello, de la altamente dudosa compatibilidad de las previsiones del art. 438 bis CP con el derecho a no autoincriminarse, resta si acaso denunciar cualquier intento de legitimar el precepto sobre la base de razones meramente utilitaristas, como las que apuntan a la necesidad de proporcionar a la Administración herramientas con las que cumplir sus fines⁶⁷. Debiera no ser necesario recordar que el fin no puede justificar los medios, y

⁶⁴ Por ejemplo, RAGA VIVES, en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código penal*, 2023, pp. 205 ss., quien recurre al paralelismo de ese caso con el que nos ocupa, pese a tener que reconocer sus diferencias, lo que explica que de inmediato tenga que recurrir adicionalmente a la STC 76/1990 para sostener su postura.

⁶⁵ La STC (Pleno) 161/1997, de 2 de octubre (BOE núm. 260, de 30 de octubre de 1997) desestimó la inconstitucionalidad del precepto. Para ello, evocó el fallo la sentencia del mismo órgano 103/1985 cuando afirmaba que «el deber de someterse al control de alcoholemia no puede considerarse contrario al derecho a no declarar, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, pues no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los arts. 17.3 y 24.2 de la Constitución». Concluía la sentencia a partir de lo anterior afirmando: «que las pruebas para la comprobación de la conducción bajo la influencia del alcohol o de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, y, entre ellas, las de espiración de aire a través de un alcoholímetro, no constituyen en rigor una declaración o testimonio, por lo que no pueden suponer vulneración alguna de los derechos a no declarar, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable».

⁶⁶ Conforme a la STC (Sala Primera) 21/2021, de 15 de febrero (BOE núm. 69, de 22 de marzo de 2021), recordando la STC (Sala Segunda) 103/1985, de 4 de octubre (BOE núm. 265, de 5 de noviembre de 1985) hay que distinguir entre «la aportación coactiva de información incriminatoria, que resulta amparada por esta garantía, y la obligación de soportar diligencias de prueba, escenario que no cabe catalogar como una verdadera declaración y al que no se extiende la protección dispensada por el derecho».

⁶⁷ RAGA VIVES, en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código penal*, 2023, quien tras intentar fundamentar la constitucionalidad del precepto del modo citado en las notas previas, concluye afirmado, probablemente consciente de la distancia que media entre las sentencias de referencia que usa y el caso

menos en Derecho, algo que por lo demás en el ámbito que nos ocupa ha sido con contundencia afirmado por el Tribunal de Estrasburgo⁶⁸.

Hasta aquí el recorrido por las objeciones que plantea la comprensión del precepto en términos de un delito de desobediencia, y que nos llevan a dar razón a la doctrina que con contundencia ha puesto en entredicho su presencia en el Código⁶⁹. Si se admite todo lo anterior, se llega inevitablemente a una doble consecuencia. La primera, el reconocimiento de la posibilidad de que el conminado a informar sobre el origen del enriquecimiento patrimonial so pena de incurrir en el delito del art. 438 bis CP pudiera alegar la causa de justificación de ejercicio legítimo de un derecho –el de guardar silencio, no declarar contra sí mismo ni confesarse culpable–, lo que supondría la justificación de su conducta. La segunda, que si el sujeto no se acogiera a tal derecho y ante el temor a incurrir en un delito emitiese una declaración de valor inculpativo por delatar con ella el origen ilícito del incremento patrimonial experimentado, esa declaración habría de considerarse inválida a efectos de su aportación al proceso penal abierto por el correspondiente delito (de corrupción o no), que pretendiera darse por probado conforme a aquel acto declarativo⁷⁰.

3.2. Segunda interpretación. El enriquecimiento como objeto de sanción en el art. 438 bis CP: La preservación del correcto ejercicio de la función pública y la lucha contra la corrupción como interés directamente protegido.

Quedó ya señalado en líneas anteriores que la comprensión del delito en clave de desobediencia no es, desde luego, la única que cabe realizar del nuevo art. 438 bis CP. Posible es también una segunda opción, en apariencia más acorde con la preocupación de los instrumentos internacionales en la materia y, sobre todo, con la exigencia de merecimiento y necesidad de pena que reclama la intervención del orden penal. Se trata del entendimiento de que, lejos de ser objeto de sanción la negativa del sujeto a dar explicaciones sobre el origen de su patrimonio, con

que nos ocupa: «colaborar en una determinada pericia ante el órgano requirente, máxime cuando existe una obligación legal de hacerlo, no parece contrariar la garantía de autoincriminación, sobre todo si se atiende a que el procedimiento se establece justamente para ello y se tiene en cuenta que, sin esa información, la Administración se encontrará desprovista de herramientas para cumplir sus fines», p. 207.

⁶⁸ STEDH de 17 de diciembre de 1996, caso *Saunders c. Reino Unido*: «las exigencias generales de equidad consagradas en el artículo 6, incluido el derecho a no contribuir a la propia incriminación, se aplican a los procedimientos penales relativos a todos los tipos de delitos, desde los más simples hasta los más graves. El interés público no puede justificar el uso de respuestas obtenidas por la fuerza en una investigación extrajudicial para incriminar al acusado durante el proceso penal».

⁶⁹ Por ejemplo, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, 25ª ed., 2023, p. 1026; VILLEGAS GARCÍA, «El nuevo delito de “enriquecimiento ¿ilícito?” del artículo 438 bis del Código penal», *Diario La Ley*, (10278), 2023, pp. 20 ss. Si bien con carácter previo a la incorporación del art. 438 bis CP, vienen a colación las voces que plantearon en su momento la posible inconstitucionalidad de una propuesta que contemplase el deber del sujeto de explicar el origen de su incremento patrimonial. Es el caso de BLANCO CORDERO, «El debate en España sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (19), 2017, pp. 22 ss. Al hilo del comentario de la propuesta presentada en 2016 por el Grupo Parlamentario de Ciudadanos en la Proposición de ley integral de lucha contra la corrupción y protección de los denunciantes, que proponía castigar a la autoridad o funcionario público que hubiera experimentado un incremento de sus bienes o patrimonio sin que su procedencia pudiera ser acreditada en relación con sus ingresos legítimos, denunciaba su incompatibilidad con el derecho a no ser declarado culpable. Señalaba el autor que el silencio del acusado al respecto no debiera fundamentar de por sí la condena sobre la base de un incremento patrimonial. La compatibilidad con aquel derecho requeriría, según el autor, que la acusación hubiera «presentado evidencias adicionales que supongan un esfuerzo probatorio en orden a dejar claro que el origen de los bienes es ilícito o, al menos, que es descartable que tenga una procedencia lícita», p. 23.

⁷⁰ Viene de nuevo a colación la tantas veces citada STC (Sala Primera) 21/2021, de 15 de febrero (BOE núm. 69, de 22 de marzo de 2021, cuyo texto que ahora interesa transcribimos ya en la nota 41.

el nuevo precepto se trataría de sancionar el estadio previo representado por la situación de enriquecimiento en cuantía superior a la que señala el precepto, que no se corresponde con los ingresos declarados del sujeto en cuestión y que se vincula temporalmente con el ejercicio de la función o cargo. Claro es que al cifrar en aquella situación el objeto de protección cabrían a su vez, en hipótesis, dos posibilidades también referidas ya líneas más arriba. La primera, la de castigar el enriquecimiento sobre la base de considerarse de ilícita procedencia, lo que daría entonces paso a la configuración del delito como de enriquecimiento ilícito, conforme al modelo, por ejemplo, del Código penal peruano. Claramente no ha sido esta opción la que ha querido acoger nuestro legislador, en tanto que expresamente la rechaza en el Preámbulo de la ley de reforma por las serias dudas de constitucionalidad que plantea. Restaría entonces una segunda posibilidad, consistente en adjetivar simplemente como injustificado el enriquecimiento objeto de sanción, lo que daría paso a denominar el delito de ese modo, enriquecimiento injustificado, conforme al modelo, por ejemplo, del Código penal chileno.

Conforme a esta última interpretación, la desobediencia pasaría de ser el objeto de protección a una condición del castigo y a su vez, el tipo pasaría de configurarse como un delito de omisión –no declarar– a un delito de acción –la obtención de un incremento patrimonial no explicable–⁷¹. Sin desconocer las ventajas de tal opción respecto a la que supondría sancionar el enriquecimiento adjetivado como ilícito, tampoco a nadie se ocultan las serias dudas que plantea esta comprensión, que a grandes rasgos pueden reconducirse a dos.

La primera tiene que ver con la inconsistencia, desde el punto de vista de la exigencia de lesividad material de la conducta, de elevar a objeto de sanción una situación asépticamente descrita como de riqueza injustificada, sin que ello presuponga, como se ha cuidado de asegurar el precepto, su origen ilícito. En efecto, si la situación de enriquecimiento que no se puede justificar adquiere relevancia en el orden penal desde el punto de vista de los delitos contra la Administración Pública, ello sólo puede explicarse cabalmente sobre la base de una doble sospecha latente. En primer lugar, acerca de que el enriquecimiento tiene, como mínimo, un origen no confesable, lo que incluye también un posible origen no lícito. El objeto de la presunción se desplazaría, en definitiva, desde la adjetivación como ilegal del enriquecimiento a su consideración como «inconfesable»; esto es, si se constata un incremento patrimonial injustificado y el sujeto no confiesa su origen cabe suponer, en definitiva, presumir, que no lo hace porque el motivo es inconfesable. Y eso es lo que se presume y eso es lo que se castiga. Bien es verdad que, así presentada la suposición, ésta resulta distinta –y parece que menos comprometedora– a la presunción de la ilegalidad del origen, puesto que lo ilegal y lo «no confesable» no son, o al menos no tienen por qué ser, conceptos equivalentes. Impide, sin embargo, mantener hasta el final la ruptura de esta ecuación el hecho de que el precepto se ubique entre los relativos a la Administración pública, esto es, entre los tipos ordenados a la lucha contra la corrupción. Desde tal ubicación sistemática pierde coherencia cualquier explicación que pretendiera sostener que la razón por la cual se castiga lo que no se explica sea algo distinto de un acto ilícito vinculado al ejercicio del cargo. Si se castiga una actitud de silencio entre los delitos contra la Administración Pública, sólo cabe suponer cabalmente que se debe a que de ese modo la autoridad pretende eludir la confesión precisamente de un comportamiento desviado en el ejercicio del poder.

⁷¹ En la doctrina argentina puede verse sobre esta interpretación a JORGE CARTOLANO, «Aproximación al delito de enriquecimiento ilícito (a propósito de la propuesta de incorporación al CP español», en PÉREZ ÁLVAREZ (dir.), *Propuestas penales, nuevos retos y modernas tecnologías*, 2016, pp. 576 s. Con amplias referencias bibliográficas sobre las distintas opciones véase SANDHAGEN, «La inversión de la carga de la prueba. A propósito del delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público y la aplicación de la teoría de las cargas dinámicas de la prueba», *Revista Pensamiento penal*, 2019, pp. 4 ss.

Llegados a este punto, la interpretación se haría acreedora de forma cumulativa de las objeciones propias de la configuración del delito como de enriquecimiento ilícito y de su comprensión como un tipo de desobediencia. Esto último porque al condicionarse la imposición de la pena a la no confesión del origen del incremento patrimonial, se vería vulnerado el derecho del sujeto a no declararse culpable, con la consiguiente lesión adicional de la presunción de inocencia, en tanto que al investigado le bastaría no declarar para ser considerado responsable del delito⁷².

Es más, incluso si se quisiera desconocer esta cascada de suposiciones –silencio porque el origen no es confesable, y no es confesable porque encubre un acto de desviación de poder– y se sostuviera que el tipo sólo castiga una situación de enriquecimiento, sin descansar en la suposición de nada –ni siquiera de que el sujeto no confiesa porque el motivo es inconfesable–, subsistirían otros argumentos adicionales en contra de tal interpretación de la norma.

Para empezar, porque no se entendería el castigo con penas nada despreciables de quien, habiéndose enriquecido durante o inmediatamente después al ejercicio del cargo, no explica el origen de esa ventaja patrimonial. La sanción penal de esa situación habría de tacharse, como mínimo, de insostenible en un Estado no policial, dispuesto a renunciar al control de todos los movimientos del individuo, quien por ello debiera siempre explicarlos, aun cuando el enriquecimiento respondiera a razones particulares, comprensivas de las meramente amorales. Como tantas veces ha quedado dicho, la situación de incremento de la riqueza puede tener orígenes muy distintos, cuya ocultación podrá dar lugar a otros delitos, como el fiscal –si es que no hubiera sido objeto de declaración–, o a ninguno –como sucederá en casos tan distintos como la asignación de una herencia a la que no se tiene derecho o la recepción de cuantiosas donaciones o regalos por parte de un adinerado amante, orígenes sobre los que el sujeto se niega a declarar–. Ninguna de estas situaciones puede considerarse, en sí, como delito en un modelo basado en la exclusiva protección de bienes jurídicos⁷³.

Lo anterior se relaciona de forma inmediata con una segunda objeción. En concreto, porque el castigo indiscriminado de una situación de enriquecimiento presupone, a su vez, la elevación a la categoría de delito de simples estados de cosas, y no de hechos o acciones. Se desconoce así que son éstas el único objeto legítimo de reproche en un sistema de Derecho penal del hecho, que renuncia tanto al castigo de actitudes –al modo en que sería propio de un Derecho penal de autor–, como de meros resultados –conforme a los cánones del denostado modelo de responsabilidad objetiva–. De agotarse el castigo en la situación de enriquecimiento experimentado por la autoridad se llegaría, en definitiva, a incriminar algo difuso, no se sabe exactamente qué, pero que parece que nada bueno puede ser.

No algo distinto de la improcedencia de colmar el art. 438 bis CP sobre la base, exclusivamente, de la sanción de un estado de cosas, fue precisamente lo que determinó que la STC (Pleno)

⁷² En este sentido puede verse ASENSIO MELLADO, «La lucha contra la corrupción. El delito de enriquecimiento ilícito», en ALCALÁ RAMOS (dir.), *El Estado de Derecho frente a la corrupción urbanística*, 2007. Señala este autor que, si bien no es totalmente rechazable la imposición de obligaciones procesales a los imputados, la previsión de esa obligación en el ámbito del delito que nos ocupa se torna compleja, en tanto que viene a establecer una suerte de inversión de la carga de la prueba de la inocencia en relación con una conducta que no es, simplemente, la de no verificar una obligación, sino la de haberse enriquecido», p. 112. Considera por ello preferible el modelo de tipificación seguido por el Código penal peruano, que castiga la situación de enriquecimiento injustificado, pero sin incluir la referencia al deber de justificación por el sujeto, pp. 94 ss.

⁷³ MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, 25ª ed., 2023, p. 1026: «el “incremento no justificado” de patrimonio no es en sí un delito, por más que detrás del mismo haya la sospecha de que pueda estar originado por la comisión de un delito previo».

105/1988, de 8 de junio (BOE núm. 152, de 25 de junio de 1988), considerase incompatible con el respeto del derecho a la presunción de inocencia la interpretación del entonces delito contemplado en el art. 509 CP. Recordemos que castigaba a quien «tuviera en su poder ganzúas u otros instrumentos destinados especialmente para ejecutar el delito de robo, y no diere descargo suficiente de su adquisición o conservación». Consideró el Alto Tribunal que no podía interpretarse que para su aplicación resultase suficiente con la mera tenencia de estos efectos sin ofrecer explicación de su origen, siendo por el contrario necesario que su destino delictivo fuese acreditado por la acusación. El traslado de este razonamiento al caso que nos ocupa permite denunciar la comprensión del art. 438 bis CP en clave de considerar suficiente para su aplicación la simple prueba de la tenencia de los bienes (en este caso, de los que representan un incremento patrimonial en la modalidad de incremento del activo). Necesario será adicionalmente la prueba, siquiera sea indiciaria, de que su origen es delictivo. Es lo que explica que otros ordenamientos que persiguen el enriquecimiento, incluso como figura común, hayan introducido elementos ordenados a acotar su ámbito de aplicación sobre la base de la exigencia de indicios que en última instancia fundamentan algo más que un mero estado de enriquecimiento⁷⁴. Cuestión distinta es que con ello volveríamos entonces a fundamentar el castigo sobre la base de presunciones de ilegalidad, lo que daría paso a un argumento agotadoramente circular⁷⁵.

4. Repensando el delito de enriquecimiento: una propuesta y su utilidad a la vista del panorama de previsiones del Código penal

Las objeciones expresadas en las líneas anteriores relativas a la concreta plasmación del delito contenido en el art. 438 bis CP, en absoluto deben identificarse con una postura contraria al castigo de la situación de enriquecimiento experimentado por las autoridades y, de forma más amplia, de funcionarios en el ejercicio del cargo, respecto a la que no exista una justificación razonable y sí, en cambio, la convicción indiciaria acerca de que su procedencia se explica por un ejercicio desviado del cargo. La gravedad de los actos que pueden estar detrás de la situación de enriquecimiento no puede, en efecto, pasar desapercibida al legislador penal, y de hecho en la abundante literatura relativa a los delitos de enriquecimiento o desobediencia –según se sostenga–, es éste prácticamente el único punto de consenso.

Distintas de la premisa anterior son dos cuestiones tratadas en el texto, cuyas respectivas soluciones condicionan decisivamente la procedencia de introducir un nuevo precepto para castigar aquella situación de origen eventualmente delictivo, ya sea bajo esta fórmula o bajo la de un delito de desobediencia. La primera recuerda que la consistencia de aquel punto de partida común en ningún caso puede elevarse a argumento con el que justificar una quiebra de los principios inspiradores del orden penal que se han ido acuñando durante décadas, como tampoco una renuncia a las garantías procesales que rodean a la imposición de cualquier sanción –también de los actos corruptos– y al enjuiciamiento de cualquier delincuente –también de las autoridades. Para salvarlos, cualquiera que sea la forma que adopte, el precepto debiera cumplir

⁷⁴ Es el caso del Código penal francés, cuyo art. 321-6 castiga el hecho de que el sujeto no pueda justificar los recursos que se corresponden con el nivel de vida o no poder justificar el origen de un bien que posee «mientras se mantiene una relación habitual con una o más personas que se dediquen a la comisión de crímenes o delitos castigados al menos con cinco años de pena de prisión, y que les reporte un beneficio directo o indirecto, o que sean víctimas de esas infracciones».

⁷⁵ Como sea, el hecho de que por uno u otro razonamiento la racionalidad del precepto reclame relacionarse con una situación de enriquecimiento ilícito explica que en la manualística no sea infrecuente seguir refiriendo el delito bajo el nombre de «enriquecimiento ilícito». Por ejemplo, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, 25^a ed., 2023, p. 1026.

una serie de exigencias mínimas, que a grandes rasgos podrían condesarse en las que siguen. En primer lugar, debiera quedar nítidamente delimitado el objeto de protección, que ni puede cifrarse en etéreos o inconsistentes intereses ni identificarse con bienes jurídicos cuya lesión no ha quedado conectada, siquiera sea indiciariamente, con una conducta desviada. En segundo lugar, el precepto habría de ser respetuoso con los principios y garantías acuñados en el orden procesal para la imposición de una pena; básicamente, habría de cuidar que no se produzca una inversión de la carga de la prueba, ni que al acusado se impongan obligaciones que le lleven a autoincriminarse. En tercer lugar, la graduación de la respuesta penal debería encontrar una traducción proporcionada al injusto que previamente se haya identificado como objeto de protección, sin que las penas previstas puedan tener en cuenta aspectos que no han sido acreditados, siquiera sea indiciariamente, en el proceso penal. Todavía, en cuarto lugar, el bien jurídico previamente definido deberá superar el juicio de necesidad de protección, en tanto que, acreditado su merecimiento de pena, no existan otros tipos alternativos que ya castiguen ese desvalor de acción.

A lo largo de estas páginas hemos tenido ocasión de comprobar que estos cuatro criterios básicos no se satisfacen con ninguna de las opciones en que se cifran las distintas propuestas de castigo. A modo de un sintético recordatorio, cabe decir que el tipo de enriquecimiento ilícito, salvo que incorporase en su tipicidad una serie de elementos sobre los que volveremos más adelante, supondría el castigo de una situación de hecho, de un estado de cosas no asociado a ningún desvalor de acción concreto, cuyo bien jurídico sería tan indefinido como hipotéticamente posibles son las fuentes ilícitas de enriquecimiento. A ello se sumarían todavía las objeciones derivadas de la quiebra de garantías procesales básicas, como la presunción de inocencia, en tanto fuera el acusado quien tuviera que desvirtuar la suposición de aquel desvalor de acción.

Esas mismas objeciones son extensibles a la opción de configurar un delito de enriquecimiento injustificado, a las que habría que sumar lo criticable de arribar en el castigo indiscriminado de la situación de incremento patrimonial, sin tener en cuenta su eventual origen no delictivo, ilícito o no. Por su parte, la opción seguida por nuestro legislador de cifrar el injusto en un acto de desobediencia tampoco resulta convincente por las razones vistas. Básicamente porque una de dos, o atrae hacia sí aquellas críticas si se admite que, en realidad, se trata de un eufemismo bajo el que se sanciona materialmente una situación de enriquecimiento ilícito o, si se ignora su vinculación material con ésta, lo único que consigue es mutar unas dudas de constitucionalidad por otras, teniendo en cuenta las serias objeciones que plantea el deber de declarar el origen del enriquecimiento patrimonial desde el punto de vista de su compatibilidad con el derecho del acusado a no autoincriminarse. Cuestionables resultan adicionalmente, entre otros aspectos ya tratados en el texto, las penas previstas para esta modalidad de desobediencia, que ni parecen pensadas para el contenido de injusto de un tipo de ese cariz, ni resultan proporcionadas a las previstas por algunos de los específicos delitos contra la corrupción. De todo ello tuvimos ya también ocasión de ocuparnos.

A la vista de todo lo anterior, a la hora de debatir sobre la conveniencia de este delito, lo primero que debiera tenerse presente es que, si realmente se quisieran secundar las recomendaciones contenidas en los distintos documentos internacionales, el legislador habría de ser, ante todo, honesto en la configuración del delito, y presentarlo conforme al modelo del enriquecimiento ilícito. A él responden, en efecto, las distintas propuestas internacionales inspiradas decisivamente por la voluntad de perseguir el incremento de patrimonio que tiene su origen en una actividad delictiva, específicamente relacionada con la corrupción, y no meramente en un estado de cosas inexplicable ni, menos, en una actitud de desobediencia. Distinto es que la

acogida de aquella opción habría de rodearse de toda una serie de exigencias ordenadas a asegurar el respeto de clásicos principios garantistas de orden procesal que, entre otras cosas, resultan incompatibles con la presunción de un ejercicio desviado de la función pública con base exclusivamente en el dato del incremento patrimonial. Ciertamente este aspecto puede representar un indicio respecto a la ilegalidad del origen, pero nunca llegar a ser prueba determinante de la comisión de un delito previo y, menos aún, elevarse sin más a la categoría de injusto penal. El legislador penal no está para hacer el trabajo de la Fiscalía.

Junto con aquella premisa básica, habrían de exigirse otros elementos que conectaran el enriquecimiento con una previa conducta delictiva. No de otra forma se explica, en los términos en su momento referidos, que esa conexión sea necesaria en otros preceptos del Código penal para apreciar, no ya un delito (como sucede con el blanqueo), sino una consecuencia accesoria, como es el caso del decomiso, por lo que resulta realmente llamativo que, sin embargo, no se exija para fundamentar la tipicidad del nuevo delito⁷⁶. Más allá de la conexión indiciaria del enriquecimiento con un hecho delictivo, sería de exigir la específica vinculación de aquel con el ejercicio del cargo. La complejidad de esa conexión reclamaría desde luego algo distinto a la –diabólica– acreditación de que no hay fuentes lícitas que expliquen el enriquecimiento. Se trataría en realidad de exigir una serie de elementos indiciarios que delaten que efectivamente el origen es ilícito y –en tanto el tipo se contemple como un delito especial contra la Administración pública–, que está relacionado con un ejercicio desviado de poder. En buena medida el objetivo se conseguiría si esos indicios reclamaran la posible conexión del origen de los bienes con actos corruptos⁷⁷, de modo que, con base en los elementos aportados por la acusación, el Tribunal llegara al convencimiento de que el incremento patrimonial desproporcionado respecto a los ingresos legítimos del sujeto en cuestión procede del ejercicio desviado del cargo⁷⁸, en la línea de cuanto exige, por ejemplo, el Código penal peruano. A partir de ahí, la concreción de los indicios relativos al origen delictivo de los ingresos pudiera cifrarse en distintos aspectos, resultando interesante en este sentido la propuesta realizada por BLANCO CORDERO cuando requiere como elementos condicionantes del castigo adicionales al dato del enriquecimiento, por ejemplo, «que el funcionario lleve a cabo actuaciones manipulativas, de ocultación de los bienes, falsedades, incumplimientos de normas administrativas, etc»⁷⁹. Rodeado de tales exigencias, la incorporación de un delito de enriquecimiento ilícito habría de verse tan admisible –o, al menos, no más criticable– que el diseño del delito de blanqueo que como, tantas veces se ha recordado, requiere que el tribunal llegue, al menos, al convencimiento de que los bienes en cuestión traen su origen de una actividad delictiva.

⁷⁶ Como un medio de evitar la dificultad de acordar el decomiso, planteaba esta fórmula ya en el año 2008 la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, «Productos de la delincuencia organizada»: garantizar que «el delito no resulte provechoso»: «En los Estados miembros existen o coexisten diferentes procedimientos legales (decomiso penal, decomiso civil, utilización de las competencias de las autoridades fiscales) que persiguen el mismo objetivo: incautar los productos del delito. En algunos de ellos no se puede proceder al decomiso sin una condena penal previa (apartado 3.3.2). Podría crearse un nuevo delito –posesión de bienes “injustificados”– para perseguir los productos del delito en aquellos casos en los que su valor resulte desproporcionado en relación con los ingresos declarados de su propietario y este tenga contactos habituales con personas conocidas por sus actividades delictivas (...)».

⁷⁷ En este sentido, OLAIZOLA NOGALES *Revista penal*, (52), 2023, p. 186 s.

⁷⁸ De hecho, entre las voces doctrinales que reclamaron la incorporación del delito de enriquecimiento ilícito a nuestro ordenamiento, se había subrayado la necesidad de exigir dicha conexión. Así se pronunciaba, por ejemplo, MIR PUIG en GÓMEZ MARTÍN/BOLEA BARDÓN/GALLEGO SOLER/VILLA SIEIRO *et al.* (dirs.), *Un modelo integral de Derecho penal. Libro Homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, 2023, p. 1252.

⁷⁹ BLANCO CORDERO, *RECPC*, (19), 2017, p. 32.

La precisa delimitación de los presupuestos del castigo debiera, por otra parte, acompañarse de una reflexión sobre la cualidad y cantidad de las penas asignadas al delito, que en todo caso habrían de ser proporcionadas a su injusto. La atención al interés a que responde, así como a la anticipación de la tipicidad que supone respecto al castigo de los actos de corrupción, aconsejaría prescindir de las penas privativas de libertad y contemplar, en exclusiva, las de inhabilitación y multa⁸⁰. A diferencia de lo que sucede con la actual configuración del art. 438 bis CP, en el que, por las razones vistas, el sistema de multa resulta difícilmente conciliable con el modelo de un delito de desobediencia, en la configuración de un precepto que sin eufemismos reconociera que sanciona un enriquecimiento que con base en una serie de indicios se considera ilícito y procedente del desempeño del cargo, cobra pleno sentido la previsión de una multa proporcional a la cuantía del incremento que haya resultado probado en el proceso.

Ahora bien, una cosa es la viabilidad teórica de un tipo de esta índole, y otra muy distinta deducir de lo anterior la conveniencia de su incorporación al Código penal. Para que así fuera habría de superarse aún una segunda cuestión, relativa a la necesidad real de sancionar con un nuevo precepto un comportamiento de esta guisa. De hecho, el juicio acerca de su necesidad no sólo debe tener en cuenta las opciones que ofrecen otras ramas del Derecho en los términos denunciados en la doctrina⁸¹, sino también las posibilidades de la intervención penal conforme a otros preceptos de la Parte Especial, de modo destacado, el delito de blanqueo.

Sabido es que, desde su introducción en el Código penal en el año 1988, los tipos relativos al blanqueo responden a la finalidad de sancionar la introducción y disfrute en el mercado de bienes de procedencia delictiva, lo que, por definición, reclama la existencia de una previa actividad delictiva, comprensiva de los tipos de corrupción. La extraordinariamente amplia configuración del blanqueo, fruto de las sucesivas reformas en la materia, y de modo especial de las operadas de la mano de la LO 5/2010, ha determinado una importante aproximación de sus rasgos a la esencia del delito de enriquecimiento ilícito. Ello hasta el punto de que, como tuve ocasión de analizar en otro lugar⁸², la modalidad de autoblanqueo, al relacionarse con las conductas de posesión y utilización de bienes, producen en la práctica un efecto muy parecido al de aquel otro delito. Recordemos que, desde la reforma de 2010, la tipicidad del blanqueo conforme al art. 301 CP requiere simplemente la concurrencia de una serie de indicios acerca de que los bienes tienen su origen en una actividad delictiva, y que entre las modalidades típicas se contemplan las de posesión y utilización de los bienes por parte de quien ha participado en ella. Es cierto que en relación con el tipo subjetivo tanto la doctrina como la jurisprudencia reclaman que el sujeto en cuestión actúe con la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes. Pero allí donde quede acreditada la concurrencia de indicios acerca de que las ganancias tienen su origen en una actividad delictiva cometida por el propio poseedor de los mismos, su castigo por blanqueo arroja en la práctica un efecto muy parecido al que pretende el delito de enriquecimiento ilícito. Permite, en efecto, la sanción de la posesión de bienes que, sobre la base de la concurrencia de una serie de indicios, se consideran procedentes de un delito, siempre que el sujeto en cuestión no pueda acreditar lo contrario y de su utilización se deduzca la finalidad de encubrir u ocultar su origen ilícito. Es más, este precepto posibilita ir en sus consecuencias más allá de lo que sería

⁸⁰ En este sentido, BLANCO CORDERO, *RECPC*, (19), 2017, p. 17.

⁸¹ Por todos, BLANCO CORDERO, «De nuevo sobre el delito de enriquecimiento ilícito», en GÓMEZ MARTÍN/BOLEA BARDÓN/GALLEGO SOLER/VILLA SIEIRO *et al.* (dirs.), *Un modelo integral de Derecho penal. Libro Homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, 2023, pp. 1011, ss., p. 1022.

⁸² GÓMEZ RIVERO, «La recuperación de activos procedentes del delito: ¿hacia un delito de enriquecimiento ilícito?», *Cuadernos de Política Criminal*, (121), 2017, pp. 35 ss.

propio del delito de enriquecimiento ilícito o injustificado. Y no ya sólo porque no ciñe el círculo de sujetos activos a las autoridades o funcionarios, como sin embargo es propio de aquel tipo delictivo. También porque cuando el delito antecedente es uno de los actos de corrupción tipificados en los capítulos V a IX del Título IX (cohecho, tráfico de influencias, malversación, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos), dispone la imposición de una pena cualificada que abarca en general a los funcionarios públicos, y no sólo a las autoridades –como sin embargo de modo incomprensible acota el art. 438 bis CP-. Debe observarse, por lo demás, que las penas resultantes conforme a aquel delito comprenden sobradamente las previstas en el nuevo artículo 438 bis CP. En concreto, conforme al art. 301 CP, quien posea, utilice, convierta o transmita bienes procedentes de una actividad delictiva cometida por él mismo, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años, que se impondría en su mitad superior cuando la actividad delictiva sea un delito de cohecho, tráfico de influencias, malversación, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos, multa del tanto al triplo del valor de los bienes y adicionalmente, conforme al art. 303 CP, caso de que sea cometido por funcionario, la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de tres a diez años. Todo ello, además, permitiría aplicar las previsiones relativas al decomiso de bienes, incluyendo el decomiso ampliado que, por cierto, no podría ser sin embargo apreciado en el caso de la condena por el art. 438 bis CP, en tanto que no se contempla en la relación de delitos del art. 127 bis CP.

La estrecha relación entre ambas previsiones es tal que la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra la corrupción, por la que se sustituye la Decisión Marco 2003/568/LAI del Consejo y del Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de mayo de 2023, justifica la procedencia de introducir un delito de enriquecimiento por delitos de corrupción por el hecho de que la Directiva 2018/1673 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2018 relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales no obliga a los Estados miembros a tipificar –como sin embargo hizo nuestro legislador– las modalidades de adquisición, posesión o utilización de bienes derivados de la corrupción en la modalidad de autoblanqueo. Con la finalidad de garantizar el castigo de esas formas de blanqueo, el artículo 13 de la Propuesta castiga bajo el título del «Enriquecimiento ilícito por corrupción», una modalidad que coincide en su tipo objetivo con el delito de blanqueo, del que tan sólo se omite el elemento anímico consistente en que el sujeto actúe con la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes⁸⁵.

Si se admite la similitud entre estas dos previsiones penales, no puede más que concluirse reconociendo que nuestro ordenamiento ya contemplaba antes del año 2022 un tipo delictivo que garantizaba el cumplimiento de lo aconsejado conforme a aquellos documentos internacionales bajo la fórmula del enriquecimiento derivado de la corrupción. No se trata desde luego de desconocer el eventual argumento relativo a la incapacidad del delito de blanqueo para cubrir la específica situación de un incremento injustificado de patrimonio, en tanto que el bien jurídico por él protegido –de calado socioeconómico–, nada tiene que ver en principio con la preocupación por combatir la corrupción, a la que responden las distintas propuestas

⁸⁵ Conforme a la fórmula propuesta: «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que la adquisición, la posesión y la utilización intencionadas, por un funcionario, de bienes que dicho funcionario sepa que provienen de la comisión de cualquiera de las infracciones penales contempladas en los artículos 7 a 12 y 14 sean punibles como infracción penal, con independencia de que dicho funcionario haya participado o no en la comisión de dicha infracción».

internacionales. Siendo cierto lo anterior, habría que oponer dos aspectos a dicha objeción. El primero, que en la medida en que el castigo por blanqueo presupone la constatación de una «actividad delictiva» comprensiva de los actos corruptos, la sanción de la posesión de bienes injustificado conforme a este precepto se basa precisamente en el origen corrupto del patrimonio, y también es específicamente por razón de la gravedad de ese origen (y no ya por el daño al orden socioeconómico), por lo que se cualifican las penas en el delito de blanqueo. El segundo, que los deseos de castigo, también cuando de la lucha contra la corrupción se trata, no pueden satisfacerse sacando de la manga nuevos tipos delictivos que, o atentan directamente contra garantías procesales básicas, o son meras figuras fantasma, esencias travestidas, disfrazadas de lo que ni son no pretenden ser.

El desconocimiento de lo anterior y la consiguiente introducción en nuestro Código de un delito de desobediencia para secundar supuestamente las recomendaciones internacionales produce con efecto final la anticipación un peldaño más del castigo de un acto de corrupción que no ha llegado a probarse. Resulta, en efecto, que la condena por blanqueo sin necesidad de que haya quedado probado el acto de corrupción, sino acordado tras la concurrencia de indicios acerca de la existencia de una actividad delictiva, se corresponde materialmente con un acto de enriquecimiento ilícito y, a su vez, como forma de anticipación al castigo, se sanciona la actitud de desobediencia ante los requerimientos del órgano competente. El resultado final es, en definitiva, toda una gama de delitos cuya relación arroja un doble resultado. El primero, caso de que el acto de corrupción no haya podido probarse, el efecto ya denunciado de anticipar hasta los límites de lo posible lo que indiciariamente parece un acto de corrupción. El segundo, caso de que finalmente llegara a probarse el acto de corrupción, multiplicar las calificaciones delictivas, al permitir articular el correspondiente concurso de delitos entre aquellos actos previos y el de corrupción, un efecto, por cierto, que buena parte de los sistemas que contemplan el delito de enriquecimiento, ya sea ilícito o injustificado, se han cuidado de evitar⁸⁴.

Más allá de lo anterior, el juicio en torno a la necesidad de introducir un tipo de enriquecimiento ilícito reclama igualmente volver la mirada a las previsiones relativas al decomiso y, de modo específico, a la modalidad de decomiso ampliado que contempla el art. 127 bis CP. Claro es que no se trata de entrar ahora en el debate en torno a si el decomiso ampliado vulnera o no principios y garantías básicas, como la presunción de inocencia, aspecto del que se hizo eco el propio Preámbulo de la ley⁸⁵, y del que se han ocupado una importante doctrina⁸⁶. Pero sí resulta conveniente dirigir la mirada a las posibilidades que ofrece aquella figura desde el punto de vista de la recuperación de las ganancias obtenidas por el sujeto, fin al que también se orienta de modo inequívoco el delito de enriquecimiento ilícito. Aun cuando es cierto que determinadas

⁸⁴ Es el caso, por ejemplo, del Código penal chileno, cuyo art. 241 bis, dispone que sus previsiones no serán aplicables si la conducta que dio origen al enriquecimiento patrimonial constituye otro delito relativo a los funcionarios.

⁸⁵ El preámbulo de la LO 1/2015 se esfuerza en argumentar que no se trata de una sanción penal, sino de «una institución por medio de la cual se pone fin a la situación patrimonial ilícita a que ha dado lugar la actividad delictiva», siendo su naturaleza «próxima a la de figuras como el enriquecimiento ilícito». La compatibilidad de la previsión con los principios de culpabilidad y presunción de inocencia la defiende el legislador considerando que «no presupone ni conlleva una declaración de culpabilidad por la actividad delictiva desarrollada por el sujeto, pues el decomiso ni presupone tal declaración de culpabilidad ni es una pena». Es por ello, según las mismas palabras de la ley, que para acordarla basta con la concurrencia de «indicios fundados y objetivos de que han existido otra u otras actividades delictivas, distintas a aquellas por las que se condena al sujeto, de las que deriva el patrimonio que se pretende decomisar».

⁸⁶ Por ejemplo, FERNÁNDEZ PANTOJA, «Las consecuencias accesorias», en MORILLAS CUEVA (dir.), *Estudios sobre el Código penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, 2015, pp. 288 s.

modalidades incorporadas al Código penal de la mano de sucesivas reformas en la materia se apartan de su filosofía original⁸⁷, se trata de una figura que en su clásica modalidad representa una *consecuencia accesoria* derivada de la comisión de un delito, que se acuerda tras una sentencia condenatoria por delito doloso. Así lo reclama también la modalidad de decomiso ampliado, introducido al Código penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en trasposición de la Directiva 2014/42/UE, y que se contempla en los arts.127 bis, 127 *quinquies* (en el caso de una actividad continua y reiterada) y *sexies* (que incorpora una serie de presunciones relativas a los bienes adquiridos por el condenado en un periodo de 6 años previos a la apertura del procedimiento penal). Se trata de previsiones que, en atención a sus efectos, bien podrían cumplir una función similar a la que se persigue con el enriquecimiento injustificado, en lo que a la privación de las ganancias se refiere. Debe recordarse que una característica del art. 127 bis CP es que los bienes decomisados no proceden directamente del delito por el que ha sido condenado el sujeto, sino de otras actividades ilícitas que no han sido objeto de prueba plena en el proceso, sino que se deducen a través de una serie de indicios que contempla el mismo precepto⁸⁸. Entre el amplio catálogo de delitos que, tras la reforma operada en el año 2015, permiten acordarlo se encuentra el cohecho y la malversación. Al menos, allí donde sea este el caso, la devolución de otras posibles ganancias de origen no probado, pero eventualmente asociadas a la corrupción estaba ya asegurada. Cuestión distinta es que, como se ha dicho, probablemente la única –y dudosa– ventaja de la previsión del art. 438 bis CP frente a los efectos que asegura el decomiso sea recurrir a una fórmula que no sólo garantiza la devolución de la cantidad en cuestión, esto es, de las ganancias de un delito, sino la imposición de una multa del tanto al triple del beneficio obtenido⁸⁹.

Concluyendo, a la vista de las posibilidades que ofrece tanto el delito de blanqueo como la figura del decomiso ampliado, parece, como mínimo, necesaria una seria reflexión en torno a la necesidad real de un tipo específico, ya sea en la forma más «honesta» de enriquecimiento ilícito o injusto, o bajo el eufemismo de la desobediencia. La conveniencia de repensar su racionalidad no sólo se impone para evitar duplicar calificaciones, sino a la vista de las serias distorsiones que su incorporación puede plantear desde el punto de vista del respeto de principios y garantías sustantivas y procesales, durante tantos años defendidos por la mejor doctrina penal. Sería deseable pensar que en ningún momento del debate la gravedad de los actos corruptos y, menos, las coyunturas políticas del momento⁹⁰, sean aval para la firma de un cheque en blanco de la intervención penal y, menos, que los problemas de debilidad o credibilidad de las instituciones públicas se pretendan solucionar en sede penal creando tipos fantasma, que ni se saben lo que castigan ni tienen en cuenta lo que ya castiga el Código en otros preceptos. Está por ver, en todo caso, la utilidad real del nuevo precepto en la práctica a la vista del modo en que lo apliquen -o no lo apliquen- los tribunales de justicia.

⁸⁷ Es el caso de decomiso sin sentencia condenatoria del art. 127 ter CP.

⁸⁸ Según el cual, se valorará especialmente, la desproporción entre el valor de los bienes y efectos y los ingresos de origen lícito del condenado; la ocultación de la titularidad o cualquier poder de disposición sobre los bienes o efectos mediante testafierros, paraísos fiscales o territorios de nula tributación, que oculten o dificulten determinar la verdadera titularidad de los bienes; a transferencia de los bienes y efectos mediante operaciones que dificulten su localización o destino y carezcan de justificación legal o económica válida.

⁸⁹ OLAIZOLA NOGALES *Revista penal*, (52), 2023, p. 198.

⁹⁰ A nadie escapa que la necesidad de reforzar la imagen de mano dura contra la corrupción mediante el art. 438 bis CP se produce en un momento más necesitado que nunca de esas muestras, cuando la misma ley de 2022 que lo introdujo relajó el castigo de otros comportamientos corruptos.

5. Bibliografía

ALARCÓN SOTOMAYOR, *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, Civitas, Pamplona 2007.

ASENSIO MELLADO, «La lucha contra la corrupción. El delito de enriquecimiento ilícito», en ALCALÁ RAMOS (dir.), *El Estado de Derecho frente a la corrupción urbanística*, La Ley, Madrid, 2007.

BLANCO CORDERO, «De nuevo sobre el delito de enriquecimiento ilícito», en GÓMEZ MARTÍN/BOLEA BARDÓN/GALLEGO SOLER/VILLA SIEIRO *et al.* (dirs.), *Un modelo integral de Derecho penal. Libro Homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2023, pp. 1011 ss.

———, «El debate en España sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (19), 2017, pp. 1 ss.

———, «El delito de enriquecimiento ilícito desde la perspectiva europea. Sobre su inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Constitucional portugués», *Revista electrónica de la Asociación Internacional de Derecho Penal*, 2013, pp. 1 ss.

CARO CORIA, «El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el Derecho penal peruano», *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal*, (20-21), 2006, pp. 271 ss.

DEL CARPIO MELLADO, «El delito de enriquecimiento “ilícito”: análisis de la normativa internacional», *Revista General de Derecho Penal*, (23), 2015, pp. 1 ss.

FABIAN CAPARRÓS, «Apuntes críticos sobre la posible tipificación del delito de enriquecimiento ilícito en España», en RODRÍGUEZ GARCÍA/CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL/RODRÍGUEZ LÓPEZ (eds.), *Corrupción, compliance, represión y recuperación de activos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 595 ss.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, «Las presunciones en el proceso penal. Análisis a propósito del delito de enriquecimiento ilícito», en ASENSIO MELLADO (dir.), *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, Tirant lo Blanc, Valencia 2017, pp. 268 ss.

FERNÁNDEZ PANTOJA, «Las consecuencias accesorias», en MORILLAS CUEVA (dir.), *Estudios sobre el Código penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015.

GARCÍA BERRO, «La reciente jurisprudencia de ámbito europeo acerca del derecho a no autoincriminarse y sus implicaciones en el procedimiento tributario interno», en SÁNCHEZ PINO (dir.), *Derecho de la Unión Europea y reformas del ordenamiento jurídico español*, Huelva, 2011, pp. 117 ss.

———, «Derecho a no autoincriminarse de los contribuyentes y procedimiento sancionador separado: precisiones a la luz de la evolución jurisprudencial», *Quincena Fiscal*, (19), 2010, pp. 15 ss.

GÓMEZ TOMILLO, «Los derechos a no declarar contra sí mismo, a no declararse culpable y a guardar silencio en procedimientos de inspección o supervisión administrativa previos a un procedimiento sancionador o penal», *Estudios Penales y Criminológicos*, (42), 2022, pp. 1 ss.

———, *Instrumentos jurídicos de tutela y ejecución de las potestades de inspección y supervisión administrativa de sociedades que operan en los mercados. Art. 294 CP. Entrada y registro domiciliario con ocasión de investigación de infracciones administrativas*, Aranzadi, Pamplona, 2019.

GÓMEZ RIVERO, «La recuperación de activos procedentes del delito: ¿hacia un delito de enriquecimiento ilícito?», *Cuadernos de Política Criminal*, (121), 2017, pp. 35 ss.

GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho penal. Parte Especial*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

GONZÁLEZ URIEL, «Algunas consideraciones críticas sobre el delito de desobediencia por enriquecimiento injustificado del art. 438 bis», *Asociación Profesional de la Magistratura*, 2023.

HERNÁNDEZ BASUATO, «El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el Derecho penal chileno», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (2), 2006, pp. 183 ss.

JAÉN VALLEJO, «Administración desleal, malversación y enriquecimiento ilícito (reflexiones a propósito de la LO 14/2022, de 12 de diciembre)», *Cuadernos de Política Criminal*, (139), 2023, pp. 71 ss.

JORGE CARTOLANO, «Aproximación al delito de enriquecimiento ilícito (a propósito de la propuesta de incorporación al CP español)», en PÉREZ ÁLVAREZ (dir.), *Propuestas penales, nuevos retos y modernas tecnologías*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2016, pp. 465 ss.

MIR PUIG, «El delito de enriquecimiento ilícito o injusto», en GÓMEZ MARTÍN/BOLEA BARDÓN/GALLEGO SOLER/VILLA SIEIRO *et al.* (dirs.), *Un modelo integral de Derecho penal. Libro Homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2023, pp. 1245 ss.

MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, 25ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

NIETO MARTÍN, *Fundamentos de Derecho penal. Parte Especial*, t. II, Tecnos, Madrid, 2023, pp. 406 ss.

OLAIZOLA NOGALES, «El delito de enriquecimiento ¿no justificado? ¿ilícito?», *Revista penal*, (52), 2023, pp. 179 ss.

PALAO TABOADA, *El derecho a no autoincriminarse en el ámbito tributario*, Thomson Reuters-Civitas, Pamplona, 2008.

QUINTERO OLIVARES, «Una guarnición: el enriquecimiento ilícito», *Almacén de Derecho*, 2022.

RAGA VIVES, «El nuevo delito de desobediencia por enriquecimiento injustificado de autoridades», en GONZÁLEZ CUSSAC (Coord.), *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 189 ss.

RODRÍGUEZ GARCÍA, «El delito de enriquecimiento ilícito en América Latina: tendencias y perspectivas», *Cuadernos de Política Criminal*, (116), 2015, pp. 201 ss.

SANCINETTI, *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público -art. 268 (2). Un tipo violatorio del Estado de Derecho*, 2ª ed., Ad Hoc, Buenos Aires, 2000.

SANDHAGEN, «La inversión de la carga de la prueba. A propósito del delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público y la aplicación de la teoría de las cargas dinámicas de la prueba», *Revista Pensamiento penal*, 2019, pp. 1 ss.

SARRÓ RIU, *El derecho a no autoincriminarse del contribuyente. Vigencia de las garantías frente a la autoincriminación en los procedimientos ante la Inspección de Hacienda*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2009.

VILLEGAS GARCÍA, «El nuevo delito de “enriquecimiento ¿ilícito?” del artículo 438 bis del Código penal», *Diario La Ley*, (10278), 2023, pp. 1 ss.

Delitos contra los derechos de los trabajadores, trabajo forzoso y compliance laboral

Sumario

-

Este trabajo tiene por objeto analizar el vacío punitivo en torno al trabajo forzoso, así como la aplicación de los programas de cumplimiento normativo «compliance programs» en la prevención del mismo. Partimos de la diferencia entre delitos contra los derechos de los trabajadores y el trabajo forzoso, analizando el concepto a la luz de la doctrina del TEDH, así como los pasos que se están dando en este sentido tanto a nivel internacional como nacional. Cuál es y cuál deber ser el papel de la empresa en la prevención del mismo, cuáles son las causas que han llevado en los últimos tiempos a algunas multinacionales a elaborar informes sobre los Derechos Humanos y cuál debería ser el camino a seguir tanto por el legislador español, al que concierne la punición del trabajo forzoso, como por parte de las entidades que operan en el mercado, son algunas de las preguntas que se abordan.

Abstract

-

This work aims to analyze the punitive void surrounding forced labor, as well as the application of compliance programs in its prevention. We start by differentiating between crimes against workers' rights and forced labor, analyzing the concept considering the ECtHR's doctrine, as well as the steps being taken in this regard both internationally and nationally. What is and what should be the role of the company in its prevention, what are the causes that have led some multinationals in recent times to produce Human Rights reports, and what should be the way forward both for the Spanish legislator, who is responsible for punishing forced labor, and for the entities operating in the market, are some of the questions addressed.

Zusammenfassung

-

Gegenstand des vorliegenden Beitrags ist es, die strafrechtliche Lücke in Bezug auf Zwangsarbeit zu analysieren und die Anwendung von Compliance-Programmen zur Prävention derselben zu untersuchen. Es wird von der Unterscheidung zwischen Straftaten gegen die Rechte der Arbeitnehmer und der Zwangsarbeit aus. Dabei wird Letztere im Lichte der Rechtsprechung des EGMR analysiert sowie die stattfindende internationale sowie nationale Entwicklung. Welches ist bzw. sollte die Rolle des Unternehmens bei der Prävention der Zwangsarbeit sein, welche Gründe haben in letzter Zeit einige multinationale Unternehmen dazu veranlasst, Berichte über Menschenrechte zu erstellen, und welcher Weg sollte sowohl vom spanischen Gesetzgeber, der für die Bestrafung von Zwangsarbeit zuständig ist, als auch von den auf dem Markt operierenden Unternehmen eingeschlagen werden, sind einige der Fragen, die thematisiert werden.

Title: Crimes against workers' rights and labor compliance

Titel: Straftaten gegen die Rechte der Arbeitnehmer und Compliance im Arbeitsrecht

-

Palabras clave: delitos contra derechos trabajadores, trabajo forzoso, compliance laboral, modern slavery, derechos humanos.

Keywords: crimes against workers' rights, forced labor, labor compliance, modern slavery, human rights

Stichwörter: Straftaten gegen die Rechte der Arbeitnehmer, Zwangsarbeit, Compliance im Arbeitsrecht, modern slavery, Menschenrechte

DOI: 10.31009/InDret.2024.i3.07

-

3.2024

Recepción
18/11/2023

-

Aceptación
04/03/2024

-

Índice

-

- 1. Consideraciones previas**
- 2. Delitos contra los derechos de los trabajadores**
 - 2.1. Ubicación sistemática
 - 2.2. Bien jurídico protegido
 - 2.3. Modalidades delictivas
- 3. Más allá de los delitos contra los derechos de los trabajadores: el trabajo forzoso**
 - 3.1. El concepto de trabajo forzoso a la luz de la jurisprudencia del TEDH
 - 3.2. *Modern slavery*
- 4. Compliances programs: Labour Compliance**
- 5. Conclusiones**
- 6. Bibliografía**

-

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

1. Consideraciones previas*

El tráfico de seres humanos es una de las actividades delictivas organizadas más rentables del mundo junto al comercio de drogas ilegales y armas. Los beneficios anuales ilícitos derivados del trabajo forzoso, también mediante el blanqueo de capitales, suman más de 150.000 millones de dólares estadounidenses y se estima que un 90% de las víctimas son explotadas en el sector privado¹.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) publica estudios e informes sobre el trabajo forzoso de forma periódica. Ya en 2005 estimaba que el número de personas en situación de trabajo forzoso como consecuencia de la trata ascendía a 2.450.000 personas. Alrededor del 20% del trabajo forzoso y una cuarta parte aproximadamente del trabajo forzoso exigido por los agentes privados son resultado de la trata de personas. Esto pone de manifiesto que si bien el trabajo forzoso dimanante de la trata constituye un porcentaje importante del total la gran mayoría del trabajo forzoso del mundo no está vinculado con la trata de personas. Existen, sin embargo, importantes variaciones geográficas².

En su «Estimación mundial sobre la esclavitud moderna. Trabajo forzoso y matrimonio forzoso de 2017» reflejaba que 40,3 millones de personas estuvieron sometidas a la esclavitud moderna en 2016. Esta cifra incluye 24,9 millones en trabajo forzoso y 15,4 millones en matrimonio forzoso. Esto significa que en el mundo hay 5,4 víctimas por cada 1.000 personas y 1 de cada 4 víctimas son niños. De los 24,9 millones de personas atrapadas en el trabajo forzoso, 16 millones son explotadas en el sector privado, por ejemplo, en el trabajo doméstico, la industria de la construcción o la agricultura³. Estas cifras no han parado de crecer, muestra de ello son las Estimaciones mundiales de 2021 que reflejan un aumento de varios millones de hombres, mujeres y niños que han sido forzados a trabajar o a contraer matrimonio, en comparación con las Estimaciones mundiales publicadas en 2017. Revela el último informe que en cualquier momento del período comprendido entre 2017 y 2021, 50 millones de personas fueron víctimas de la denominada esclavitud moderna, bien por ser obligadas a trabajar contra su voluntad o bien a vivir en un matrimonio sin su consentimiento. Esta cifra significa que casi una de cada 150 personas en el mundo se encuentra en esa terrible situación, según los datos de la OIT un total de 27,6 millones de personas en situación de trabajo forzoso⁴. Situaciones que se han visto agravadas en los últimos tiempos por las diversas crisis que han elevado el número de personas que se encuentran en situación vulnerable aprovechada por las organizaciones, no solo

* Autora de contacto: Dra. Marta Pardo Miranda, Profesora Asociada de Derecho Penal de la Universidad de Almería (martapardo@ual.es).

¹ PARLAMENTO EUROPEO, *Informe de 13 de junio de 2016 sobre la lucha contra el tráfico de seres humanos en las relaciones exteriores de la UE (2015/2340(INI))*, disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2016-0205_ES.html

² ALIANZA GLOBAL CONTRA EL TRABAJO FORZOSO, *Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo Informe del director general*, 2005, p. 15; ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Action against trafficking in humans beings*, 2008, p. 3; LA MISMA, *ILO Minimum estimate of forced labour in the world*, 2005. Disponibles en: <http://www.ilo.org>.

³ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Global Estimates of Modern Slavery: Forced Labour and Forced Marriage*, 2017, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_575479.pdf

⁴ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Global Estimates of Modern Slavery: Forced Labour and Forced Marriage*, 2022, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---ipcc/documents/publication/wcms_854797.pdf

criminales, o por lo menos no condenadas como tales, sino por muchas empresas movidas por el afán de la aumentar sus beneficios.

La OIT estima que globalmente sólo el 20% del trabajo forzoso total es impuesto por el Estado o las fuerzas armadas, lo que implica que la mayoría del trabajo forzoso es impuesto por agentes privados. De esa mayoría, el 11% corresponde a la explotación sexual comercial y el 64% a fines de explotación económica. En el 5% restante de los casos la forma de trabajo forzoso no se puede identificar claramente. Los sectores en los que más se producen son la agricultura, la construcción, el textil, la minería, el envasado, el transporte, el servicio doméstico y la industria del sexo⁵.

En España los datos son escasos ya que no existen estadísticas armonizadas y solo ha sido abordado a través de los instrumentos de lucha contra la trata de seres humanos. En el periodo 2013-2020 fueron tramitadas 115 Diligencias de Seguimiento del Delito de Trata de Seres Humanos (DTSH) en el ámbito laboral, lo que representa un 11,06% del total de DSTSH incoadas⁶. Los datos no son claros por varias razones, en primer lugar, porque si bien no es un fenómeno reciente, si es de reciente preocupación; en segundo lugar, porque estamos ante un fenómeno delictivo de difícil persecución por su comisión clandestina y; en último lugar, el temor a denunciar por parte de las víctimas. En los últimos años, la pandemia de la COVID-19, los conflictos armados y el cambio climático han provocado una perturbación sin precedentes del empleo y la educación, un aumento de la pobreza extrema, de la migración forzosa y en condiciones de inseguridad, generando un ambiente propicio para el incremento de este tipo de criminalidad.

Esta última reflexión en torno al término «criminalidad» nos lleva a cuestionarnos si ciertamente estamos ante una forma de criminalidad regulada como tal en la legislación penal española, lo que hace necesario por un lado, comprender qué es el «Trabajo forzoso»; por otro, un análisis del tratamiento jurídico que nuestro Código Penal brinda a la criminalidad que se produce en el ámbito laboral, esto es, la que se produce en el marco de las relaciones laborales entre empleador y trabajador y; finalmente, delimitar los contornos entre los delitos contra los derechos de los trabajadores y el denominado «Trabajo forzoso».

2. Delitos contra los derechos de los trabajadores

2.1. Ubicación sistemática

Los delitos de naturaleza laboral han soportado una profunda evolución desde que en 1995 fueran dotados de autonomía. El Título XV del Libro II del Código Penal (arts. 311 a 318) ha sido objeto de varias reformas, especialmente desde el año 2000 con la aprobación de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, así como la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. Le seguirían las reformas de 2010, 2015 y más recientemente la LO 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de las

⁵ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Una alianza global contra el trabajo forzoso: Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, 2005, disponible en: <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc93/pdf/rep-i-b.pdf>

⁶ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, 2021, disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2021/FISCALIA_SITE/index.html

directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea⁷.

El desarrollo de los delitos contra los derechos de los trabajadores en nuestro Código Penal, tal y como está configurado hoy día, permite distinguir siete modalidades delictivas que a su vez albergan una serie de subtipos: imposición de condiciones laborales ilegales (art. 311); empleo u ocupación de ciudadanos extranjeros o menores de edad sin permiso de trabajo (art. 311 bis); tráfico ilegal de mano de obra (art. 312); determinación o favorecimiento de la emigración fraudulenta (art. 313); discriminación laboral (art. 314); límites a la libertad sindical y al derecho de huelga (art. 315); y delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo (arts. 316-317). Concluye el artículo 318 fijando la responsabilidad de los administradores o encargados del servicio cuando los hechos se atribuyan a una persona jurídica.

2.2. Bien jurídico protegido

Como ocurre con todas las figuras delictivas, las discusiones doctrinales han girado en torno a la determinación del bien jurídico protegido, tanto en sentido dogmático como en sentido político criminal. De los vaivenes doctrinales y jurisprudenciales se puede deducir un bien jurídico genérico que se disgrega posteriormente en una serie de bienes jurídicos específicos acordes con la propia naturaleza de los subtipos delictivos, pues no se trata de proteger lo mismo cuando se castiga el favorecimiento de la emigración fraudulenta que cuando el legislador penaliza el incumplimiento de las normas en materia de prevención de riesgos laborales, ni la finalidad protectora es la misma según el momento histórico y el contexto sociopolítico en el que nos encontremos⁸. Argumento que se refuerza si consideramos que se salvaguardan garantías laborales de contenido diverso que cuentan con una base constitucional –derecho a la igualdad, derecho a la libertad sindical y el derecho de huelga, entre otros–⁹.

En lo que sí coincide la mayoría de la doctrina es en que en el Título XV se protege un interés autónomo tutelado: los derechos de los trabajadores¹⁰. Estos derechos son definidos por la jurisprudencia como el «conjunto de intereses concretos y generales que protegen la indemnidad

⁷ Actual numeral 2º del artículo 311 introducido por el apartado nueve del artículo primero de la LO 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso, pasando los anteriores numerales 2º a 4º a ser 3º a 5º. Vigencia: 12 enero 2023.

⁸ LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Los delitos contra los derechos de los trabajadores: Lo que sobra y lo que falta», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (57-1), 2004, p. 21, concreta que en todo caso lo que debe tratar siempre el Derecho Penal, es de penar lo realmente importante cuando ello sea necesario, por resultar ineficaces otros mecanismos menos contundentes de protección, y singularmente el Derecho Administrativo sancionador.

⁹ POMARES CINTAS, «Delitos contra los derechos de los trabajadores», en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Derecho penal español*, t. II, 2011, p. 883. Sostiene que el sustrato-base de esas garantías laborales, en cambio, no goza de la naturaleza de derecho fundamental: el derecho al trabajo, reconocido a los ciudadanos españoles (art. 35.1 CE), regulado de forma restringida a los extranjeros, y negado al inmigrante ilegal (la explotación laboral de estos trabajadores se castiga específicamente a través de una modalidad delictiva de tráfico ilegal de mano de obra del art. 312.2 *in fine* CP).

¹⁰ MORILLAS CUEVA, «Delitos contra los derechos de los trabajadores y delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho penal español: parte especial*, 2005, p. 651.

de la propia relación laboral mediante la sanción de conductas que atenten contra las condiciones laborales de los trabajadores»¹¹.

Dicho de otro modo, se protege la indisponibilidad contractual *in peius* de los derechos de los trabajadores reconocidos por las leyes, sin perjuicio de reconocer la existencia de bienes jurídicos más específicos en cada una de las concretas figuras delictivas. No obstante, se pueden encontrar posiciones que destacan incluso la dimensión colectiva del bien jurídico en referencia a las concretas figuras delictivas sobre la base de entender que no se protege a los trabajadores en cuanto individuos necesitados de ayuda, sino a la «fuerza de trabajo» como titular de esos intereses difusos o colectivos que coinciden con el desarrollo de un determinado orden económico y social¹².

Por tanto, además de la protección de los derechos de los trabajadores, pueden deducirse de las diferentes modalidades delictivas una serie de intereses implícitos, que algunos identifican con el interés estatal en controlar el mercado laboral y la protección de los derechos de los trabajadores como colectivo¹³.

SOUTO GARCÍA e IGLESIAS SKULJ hablan de un bien jurídico «espiritualizado» o «institucionalizado» de índole colectiva reconducible a bienes jurídicos individuales de la misma naturaleza dogmática que la seguridad del tráfico, la seguridad colectiva o la salud pública. Por tanto, los intereses colectivos de los trabajadores como miembros de un sector de la comunidad con una situación concreta en el mercado de trabajo no se tutelan como bienes jurídicos autónomos o propios sino como interés colectivo¹⁴.

Estos intereses son concretados también por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que no ha estado exenta de contradicciones, así ha sucedido a la hora de determinar el bien jurídico protegido en la modalidad contemplada en el artículo 312.1 relativo al delito de tráfico ilegal de mano de obra, precepto que según el alto Tribunal protege la relación laboral y sus condiciones, sancionándose aquellas conductas que atentan contra la persona empleada, siendo el centro de la conducta la explotación del trabajador¹⁵.

Interesa a nuestro estudio mencionar que frente a esta postura se ha argumentado que el art. 312.1 CP en ningún momento utiliza el término explotar ni el mismo se puede considerar implícito dentro del concepto del verbo principal del enunciado, que es traficar. Como bien dice el Tribunal Supremo, traficar es negociar o comerciar, y para consumir el delito es necesario que

¹¹ Tan solo los ataques más intolerables de la norma laboral serán merecedores de la rigurosa intervención del Derecho Penal. Se trata de una infracción de una norma del orden social que se ha reconvertido en tipo penal por la mayor lesividad que aquella infracción conlleva para el bien jurídico protegido. En este sentido, SSTS 995/2000, Penal, de 30 de junio (ECLI:ES:TS:2000:5351); 543/2023, Penal, de 5 de julio (ECLI:ES:TS:2023:3075); 1611/2000, Penal, de 19 de octubre (ECLI:ES:TS:2000:7544).

¹² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «Lección XXXI: Delitos contra los derechos de los trabajadores. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 6ª ed., 2019, p. 556.

¹³ PARDO MIRANDA, *El delito de trata de seres humanos: Un estudio político-criminal*, 2023, p. 332.

¹⁴ Desde esta perspectiva, el citado interés colectivo sería entonces una «mera abstracción conceptual» que englobaría una colectividad difusa formada por el conjunto de derechos laborales básicos, patrimonios, libertades, etc., de las personas que acceden al mercado de trabajo (bienes jurídicos individualizables del grupo colectivo de trabajadores). Véase SOUTO GARCÍA/IGLESIAS SKULJ, «Delitos contra los derechos de los trabajadores», en MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (dir.), *Derecho penal y económico de la empresa*, 2013, p. 346.

¹⁵ STS 321/2005, Penal, de 10 de marzo (ECLI:ES:TS:2005:1503).

se haga de manera ilegal, es decir, que se realicen negocios o comercio al margen de la normativa laboral vigente. Se protege así la contratación y traslación de personas empleadas al margen de los cauces legalmente establecidos. El objeto o bien jurídico protegido debe ser la indemnidad de la relación laboral¹⁶.

2.3. Modalidades delictivas

Como señalábamos en el apartado dedicado a la ubicación sistemática, son diversas las modalidades delictivas que se regulan en lo que se ha denominado «Derecho penal del trabajo». La primera de ellas «imposición de condiciones laborales ilegales» (art. 311 CP) alberga un tipo básico con cuatro variables (número 1º, 2º, 3º y 4º) y un tipo agravado (número 5º) –tipo autónomo según MORILLAS CUEVA–¹⁷. Este precepto ha sido recientemente modificado por LO 14/2022, de 22 de diciembre, que incluye una nueva variable (número 2º), según el Preámbulo de la LO para «cubrir una laguna de punibilidad sobre hechos vinculados, en general pero no exclusivamente, a nuevas tecnologías que, a partir del uso de sistemas automatizados, permiten el incumplimiento masivo de la correcta utilización del contrato de trabajo; conductas que no pudieron ser previstas por el legislador de 1995 pero que no puede desconocer el de 2022».

Encontramos conductas dispares: desde la «imposición de condiciones laborales ilegales en sentido genérico» mediante engaño o abuso de situación de necesidad (311.1º); «la imposición de condiciones ilegales bajo fórmulas de contratación ajenas al contrato de trabajo» (311.2º), que se diferencia de la anterior en no requerir medios comisivos y en tener como sujeto pasivo a un trabajador por cuenta propia; «no dar de alta en la Seguridad Social simultáneamente a una pluralidad de trabajadores» (311.3º), que trata de evitar los perniciosos efectos para el sistema económico ligados a un menor coste de producción; y «la transmisión de empresas con mantenimiento de condiciones ilegales impuestas por otro» (311.4º), lo que se ha denominado autoría por adhesión derivada del mantenimiento de las condiciones laborales ilegales impuestas por otro.

Las variables 1º, 2º y 4º tienen un nexo en común: la imposición de condiciones laborales ilegales, en el sentido de cualquier condición contraria a la norma. En cambio, la contemplada en el número 3º «no dar de alta en la Seguridad Social simultáneamente a una pluralidad de trabajadores» concreta una de esas condiciones ilegales que es una forma de contratación ilegal. De esta forma, los delitos de contratación ilegal en sentido estricto están hoy regulados, con cierta anarquía sistemática, en los artículos 311.3º y 311 bis. Ambos están integrados en la misma estrategia político-criminal: asegurar una adecuada competencia empresarial, adulterada cuando uno de los jugadores se lucra de las ventajas que proporciona el servirse de trabajadores

¹⁶ MEGÍAS BAS, «El delito de tráfico ilegal de mano de obra», *Anales de Derecho*, (32), 2014, pp. 1-24.

¹⁷ Porque el tipo del número primero requiere, como se ha visto, engaño o abuso de situación de necesidad, con lo que la intimidación o la violencia no pueden ser un añadido agravatorio –o se realiza con engaño o abuso o con violencia o con intimidación–. En el caso que se den varias de ellas, por ejemplo engaño e intimidación, se estará ante un concurso aparente de normas con aplicación preferente de las más grave, en este supuesto el número 5º, por la intimidación; en segundo, porque en relación con el número 5º la variable de omisión es de difícil compatibilidad con la violencia y la intimidación. MORILLAS CUEVA, «Delitos contra los derechos de los trabajadores», en EL MISMO (dir.), *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial*, 4ª ed., 2021, pp. 941.

irregulares. Lo que, por pura coherencia, debería haber aconsejado ubicar estos preceptos al margen del Título XV¹⁸.

En segundo lugar, encontramos en el artículo 312 CP lo que se puede llamar en sentido estricto y tradicional «tráfico ilegal de mano de obra» y las tipificaciones del «reclutamiento engañoso para el trabajo» y «el abuso de trabajadores extranjeros». El art. 312.1 CP dispone que «serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses, los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra». El tipo consiste en comerciar o negociar con la situación de trabajadores por cuenta ajena, dado el propio significado gramatical. Asimismo, esta conducta comporta una intención de enriquecimiento o de lucro en el autor, puesto que es la propia semántica de los vocablos «comerciar» y «negociar» la que lleva aparejada dicha intención¹⁹.

Por su parte, el art. 312.2 CP castiga en primer lugar a «quienes recluten personas o las determinen a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas». La descripción exige un resultado material, integrado por la efectiva recluta (concebida como contratación) de personas y el efectivo abandono del puesto de trabajo²⁰. El art. 312.2 *in fine* CP ha sido criticado por la doctrina por suponer una reiteración innecesaria de conductas, siendo posible su subsunción en el art. 311.1 CP. Su inclusión como delito autónomo puede encontrarse en la voluntad de clarificar que los extranjeros sin permiso de trabajo son titulares del derecho al trabajo y deben ser protegidos ante posibles vulneraciones de los derechos laborales²¹.

El art. 312.1 *in fine* CP responde a la vulneración de alguno de estos derechos a los trabajadores extranjeros que son contratados de forma irregular desempeñando su trabajo sin contrato. En este caso, que el perjuicio al trabajador se consiga es irrelevante, por tratarse de un delito de consumación instantánea y efectos permanentes que se perfecciona desde el momento en el que se imponen o establecen tales condiciones desfavorables para el trabajador que se ve obligado a soportarlas sin necesidad de que éstas una vez realizadas persistan a lo largo de todo el tracto²².

El art. 313 CP castiga «al que determinare o favoreciere la emigración de alguna persona a otro país simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante con la pena prevista en el artículo anterior». La primera cuestión que plantea este precepto es su similitud con el artículo 318 bis CP, la diferencia está en que el art. 313 CP se reserva para los casos en los que los derechos afectados sean exclusivamente los de la esfera laboral.

La modalidad del art. 314 CP, que castiga la «discriminación laboral» es otro reflejo de la configuración de nuestro Código Penal como una «Constitución en negativo» al sancionar penalmente la vulneración del principio de igualdad consagrado en el art. 14 de la Carta Magna. Como también lo son las modalidades delictivas con las que finaliza el Título XV CP, que en los

¹⁸ BENÍTEZ ORTÚZAR, «A propósito de los nuevos artículos 311.2 CP y 311 bis CP ¿Delitos contra los derechos de los trabajadores?», en DE LA CUESTA AGUADO (coord.), *Liber amicorum. Estudios jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr. H.c. Juan M^a Terradillos Basoco*, 2018, p. 1043; TERRADILLOS BASOCO, «Delitos contra los derechos de los trabajadores: veinticinco años de política legislativa errática», *Estudios Penales y Criminológicos*, (41), 2021, p. 30.

¹⁹ SAP Madrid 10/2008, Sección 17^a, de 8 de enero (ECLI:ES:APM:2008:151).

²⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *PE*, 6^a ed., 2019, p. 561.

²¹ POMARES CINTAS, *El Derecho Penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, 2013, p. 76.

²² SAP Almería 80/2005, Sección 1^a, de 5 de abril (ECLI:ES:APAL:2005:197).

artículos 315 a 317 regula una serie de conductas que tratan de proteger la libertad sindical, el derecho de huelga y la seguridad e higiene en el trabajo.

3. Más allá de los delitos contra los derechos de los trabajadores: el trabajo forzoso.

3.1. El concepto de trabajo forzoso a la luz de la jurisprudencia del TEDH

La OIT aprobó el Convenio n.º 29 sobre Trabajo Forzoso en el año 1930. Su art. 2 describe el trabajo forzado como «todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente»²³. La «abolición» llegaría con la celebración del Convenio n.º 105 sobre la Abolición del Trabajo Forzoso del año 1957 que en su art. 1 obliga a todo miembro que ratifique a suprimir y a no hacer uso de ninguna forma de trabajo forzoso u obligatorio²⁴. El Protocolo de 2014, relativo al Convenio sobre el Trabajo forzoso, en su artículo 1 obligó a todo miembro a adoptar medidas eficaces para prevenir y eliminar su utilización, proporcionar a las víctimas protección y acceso a acciones jurídicas y de reparación apropiadas y eficaces, tales como una indemnización, y sancionar a los autores del trabajo forzoso u obligatorio. Así como formular en consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores una política y un plan de acción nacionales a fin de lograr la supresión efectiva y sostenida del trabajo forzoso u obligatorio que prevea la adopción de medidas sistemáticas por parte de las autoridades competentes, y si procede en coordinación con las organizaciones de empleadores y de trabajadores y otros grupos interesados²⁵.

La definición es reproducida en los principales tratados de derechos humanos, incluido el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual también reitera y amplía las excepciones circunscritas cuidadosamente adjuntadas a la definición original²⁶. No sucede así en el artículo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que en su apartado 2 establece que «nadie podrá

²³ OIT, Convenio n.º 29 sobre Trabajo Forzoso, 1930. Entra en vigor el día 1 de mayo de 1932 de conformidad con su artículo 28 y se incorpora al ordenamiento español a través del BOE núm. 105, del 14 de abril de 1932. Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C029

²⁴ OIT, Convenio n.º 105 sobre la Abolición del Trabajo Forzoso, 1957. Entra en vigor el 17 de enero de 1959, de conformidad con su artículo 4 y se incorpora al ordenamiento español a través del BOE núm. 291, del 4 de diciembre de 1968. Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C105

²⁵ El Protocolo en su artículo 1.3 incluye expresamente, al mantener la definición de trabajo forzoso u obligatorio contenida en el Convenio de 1930, la lucha contra la trata de seres humanos con fines de trabajo forzoso u obligatorio, y lo hace en los siguientes términos: «se reafirma la definición de trabajo forzoso u obligatorio contenida en el Convenio y, por consiguiente, las medidas mencionadas en el presente Protocolo deberán incluir actividades específicas para luchar contra la trata de personas con fines de trabajo forzoso u obligatorio».

²⁶ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Su artículo 8.3 dispone que: «a) Nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio; b) El inciso precedente no podrá ser interpretado en el sentido de que prohíbe, en los países en los cuales ciertos delitos pueden ser castigados con la pena de prisión acompañada de trabajos forzados, el cumplimiento de una pena de trabajos forzados impuesta por un tribunal competente; c) No se considerarán como “trabajo forzoso u obligatorio”, a los efectos de este párrafo: i) Los trabajos o servicios que, aparte de los mencionados en el inciso b), se exijan normalmente de una persona presa en virtud de una decisión judicial legalmente dictada, o de una persona que habiendo sido presa en virtud de tal decisión se encuentre en libertad condicional; ii) El servicio de carácter militar y, en los países donde se admite la exención por razones de conciencia, el servicio nacional que deben prestar conforme a la ley quienes se opongan al servicio militar por razones de conciencia; iii) El servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la vida o el bienestar de la comunidad; iv) El trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales».

ser constreñido a realizar un trabajo forzoso u obligatorio», aclarando en el apartado tercero que existen una serie de situaciones relacionadas con el poder punitivo del Estado, los servicios de carácter militar y las obligaciones cívicas normales que quedan fuera del concepto de trabajo forzado u obligatorio, no ofreciendo ni incorporando una definición del mismo.

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos ha tomado como punto de partida la definición contenida en la Convención n.º 29 de la Organización Internacional del Trabajo²⁷.

La definición contiene un elemento subjetivo (involuntariedad), así como requisitos objetivos que se cumplen cuando el Estado o un individuo particular ordena el trabajo o servicio personal y recurre a la amenaza de un castigo o sanción si la orden no se obedece²⁸. En definitiva, se configuró este concepto en torno a dos elementos básicos: la amenaza de una pena y el carácter involuntario. El sometimiento al trabajo forzoso suele hacerse a través de coerción, engaño, intimidación, violencia y distintas formas, lo que no tiene que implicar un control físico ya que se puede asegurar por otros medios como la dependencia económica y apoyarse en ciertos mecanismos basados en medios sociales y en la tecnología. Por tanto, esos medios de control toman distintas formas y son a menudo difíciles de detectar²⁹. Además, no debemos considerar el término «pena» en sentido estricto como si fuera impuesto por un órgano judicial, sino que debemos entenderlo como «cualquier sanción o pena infligidas por personas o por cualquier organismo». Así mismo, se confirmó que la frase «bajo la amenaza de una pena cualquiera» debe ser entendida para incluir «la pérdida de derechos o privilegios»³⁰.

Como indicábamos *supra* las penas no tienen por qué ser únicamente de naturaleza física, pueden suponer la disminución de privilegios y derechos (penas financieras, denuncia a autoridades, cambio de condiciones laborales, privación de alimento, etc.). Muchas víctimas se ven involucradas en situaciones de trabajo forzoso mediante el fraude o el engaño sin ser inicialmente conscientes de ello, es pasado un tiempo cuando descubren que no pueden dejar libremente el trabajo. Lo que nos permite afirmar que existe trabajo forzoso cuando en el momento en que el trabajador decide abandonar el trabajo sufre coacciones físicas o psíquicas que le obligan a mantener la relación laboral o se encuentra imposibilitado de romper la relación laboral. En estos casos, el consentimiento dado en un inicio se invalida por no poder romper la relación laboral de forma voluntaria³¹.

No se puede comprender el concepto «Trabajo forzoso» sin una sucinta delimitación de la mitad del mismo: el trabajo. Es decir, cualquier servicio, empleo, actividad o esfuerzo humano de carácter productivo o de mera utilidad desarrollado en cualquier sector económico, esté regulado

²⁷ SSTEDH, de 23 de noviembre de 1983, caso *Van der Mussel c. Bélgica*, § 32. STEDH, de 26 de julio de 2005, caso *Siliadin c. Francia*, §116; de 18 de noviembre de 2011, caso *Graziani-Weiss c. Austria*; y de 7 de julio de 2011, caso *Stummer c. Austria*, § 118.

²⁸ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *Issue Paper: The Concept of 'Exploitation' in the Trafficking in Persons Protocol*, 2015, p. 25.

²⁹ BHOOLA, «Los nuevos retos para la erradicación de las formas contemporáneas de esclavitud», en PÉREZ ALONSO (dir.), *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, 2017, pp. 53 ss.

³⁰ ALLAIN, «Parte II. Conceptuación legal de las formas contemporáneas de esclavitud. 125 años de abolición: el derecho de la esclavitud y la explotación humana», en PÉREZ ALONSO (dir.), *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, 2017, p. 159.

³¹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Una alianza global contra el trabajo forzoso*, 2005, pp. 5 ss. Disponible en: <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc93/pdf/rep-i-b.pdf>

o no esté regulado, incluso cuando constituya una actividad delictiva. Lo decisivo es que sea exigido por un tercero y prestado bajo su dependencia³². El Tribunal Europeo de Derechos Humanos manifestó que debe interpretarse en un sentido amplio y que por ende este abarca no solamente el trabajo de carácter manual sino cualquier trabajo o servicio³³.

De la combinación de ambos términos resulta que para calificar como víctima de trabajo forzoso a un trabajador o a una trabajadora deben estar imposibilitados de abandonar su trabajo –en sentido amplio– a causa de una amenaza de castigo y deben realizar un trabajo en contra de su voluntad³⁴. Por tanto, son dos los elementos fundamentales que configuran el Trabajo forzoso.

El primero es la falta de voluntad. El trabajo ha de ser obligatorio. Si el consentimiento para trabajar o prestar servicios ha sido dado «bajo la amenaza de una pena cualquiera» los dos criterios se superponen: no hay «ofrecimiento voluntario» bajo la amenaza. Según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se refiere a libertad de prestar el consentimiento y para rescindir la relación laboral en cualquier momento³⁵.

El segundo es la amenaza de castigo. La pena a la que se refiere el convenio «podría revestir no solo la forma de una sanción penal, sino que podía tratarse también de la privación de cualquier derecho o ventaja». Según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el concepto pena no debe ser interpretado como una sanción penal, sino que también puede consistir en la pérdida de derechos o privilegios³⁶. Por ejemplo, la amenaza de denuncia a la policía o a las autoridades de inmigración cuando la víctima se encuentra en una situación laboral ilegal (sentencia del TEDH de 26 de julio de 2005, caso *Siliadin c. Francia*), la confiscación de la documentación de identidad o penas económicas. La Corte ha definido el concepto amenaza estableciendo que el criterio para determinar si esta ha existido es de índole subjetiva, es decir, aparece supeditado a la percepción de la víctima y no tanto a la existencia de una sanción³⁷.

La doctrina del Alto Tribunal sobre el art. 4 ya se han traducido en obligaciones para el caso español, por lo que será especialmente considerada con toda seguridad en la implementación del Plan por parte de nuestro país, que deberá ser específico y partir de una identificación de los sectores y prácticas en que se están produciendo y deberá contemplar, como ya ha exigido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a otros Estados condenados, la tipificación específica de estas conductas en el Código Penal³⁸.

³² Resolución de 20 de diciembre de 2021, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de diciembre de 2021, por el que se aprueba el Plan de Acción Nacional contra el Trabajo Forzoso: relaciones laborales obligatorias y otras actividades humanas forzadas. BOE-A-2021-21340.

³³ STEDH, de 23 de noviembre de 1983, caso *Van der Musselle c. Bélgica*, § 33.

³⁴ RIVAS VALLEJO, «Aproximación laboral a los conceptos de esclavitud, trabajo forzoso y explotación laboral en los tratados internacionales», *Revista De Estudios Jurídico Laborales Y De Seguridad Social*, (2), 2021, pp. 110-112.

³⁵ STEDH, de 7 de enero de 2010, caso *Rantsev c. Chipre c. Rusia*.

³⁶ STEDH, de 30 de marzo de 2017, caso *Chowdury y Otros c. Grecia*.

³⁷ STEDH, de 26 de julio de 2005, caso *Siliadin vs Francia*, § 117: «It remains to be ascertained whether there was “forced or compulsory” labour. This brings to mind the idea of physical or mental constraint. What there has to be is work “exacted ... under the menace of any penalty” and also performed against the will of the person concerned, that is work for which he “has not offered himself voluntarily”». El Tribunal consideró que, si bien la demandante, menor de edad, no estaba amenazada por una «sanción» el efecto era equivalente en cuanto al miedo que le producía la gravedad de la amenaza de ser detenida por la policía y deportada.

³⁸ OLARTE ENCABO, «La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre esclavitud, servidumbre y trabajo forzado. Análisis crítico desde la perspectiva laboral», *Temas Laborales*, (145), 2018, p. 61.

Es en este contexto se hace imprescindible el análisis de nuestro texto punitivo a la luz de la jurisprudencia analizada. Así, partiendo de los elementos fundamentales que hemos visto configuran el Trabajo forzoso, es el momento de marcar la diferencia con los delitos contra los derechos de los trabajadores previamente analizados. Como ya señalamos el Código penal castiga la imposición de condiciones de trabajo ilícitas empleando medios abusivos, engañosos o coactivos (art. 311). Los delitos del art. 311 o del 312.2 *in fine* giran en torno al establecimiento de condiciones de la prestación de trabajo que contradice la normativa laboral pero no se refiere a la imposición «de las prestaciones mismas». Se trata de una conducta dolosa que puede realizar cualquier persona que tenga trabajadores «a su servicio», es decir, aquella que ostente un poder efectivo e idóneo de resolución a efectos de concertar las condiciones de trabajo o para alterarlas «a posteriori»³⁹.

Los delitos contra los derechos de los trabajadores no cubren por sí solos el desvalor que se infiere de los comportamientos que determinan la condición de trabajador a quien no desea serlo, y es que no es solo atropellar derechos laborales o sociales del trabajador como tal, también es la violación de su libertad de decidir ser o no trabajador, pues es sometido a la condición de esclavo, siervo o similar⁴⁰. Imponer la condición de trabajador, reducir a la persona a la «condición de esclavo» o a la «condición de siervo» creando una situación de total disponibilidad sobre ella como si de un objeto se tratara, lo que supone un comportamiento que cobra sustantividad propia y autónoma⁴¹.

Todo lo cual queda claro si analizamos los elementos de la definición que nos ofrece la OIT, pues podemos observar *prima facie* que alguno es compartido por los delitos contra los derechos de los trabajadores y el Trabajo forzoso, en concreto el elemento «trabajo o servicio», entendido en sentido literal como esfuerzo humano aplicado a la producción de riqueza. En cambio, si vamos más allá y situamos ese «trabajo o servicio» en el marco de una relación de subordinación empleador y empleado, esto nos permite ubicarlo en el ámbito del artículo 311 del CP pero no en el trabajo forzoso en sí, y es que la relevancia jurídica en el segundo viene dada por el carácter forzoso pero no por el incumplimiento de la normativa que regula las relaciones de ese binomio empleador-empleado. Piénsese en la posibilidad de imponer un trabajo no aceptado voluntariamente bajo la amenaza de un castigo, pero respetando las condiciones laborales mínimas exigidas en un Estado Social y Democrático de Derecho, es evidente que desbordaría los márgenes del artículo 311 CP.

Por su parte, el artículo 312 CP tampoco permite dar respuesta a la conducta consistente en la imposición de la condición de trabajador bajo la amenaza de una pena, el apartado 1 porque se limita al tráfico de trabajadores entendido como el traspaso de los mismos incumpliendo la normativa de cesión de los trabajadores y el apartado 2 porque se refiere al abuso de trabajadores extranjeros en los mismos términos del artículo 311 (imposición de condiciones ilegales de trabajo) sin que nuevamente se esté imponiendo la condición de trabajador.

³⁹ ARROYO ZAPATERO, «Los delitos contra los derechos de los trabajadores (Especial consideración del art. 499 bis, CP)», *Revista española de Derecho del Trabajo*, (15), 1983, pp. 359 ss.; VILLACAMPA ESTIARTE, «De los delitos contra los derechos de los trabajadores», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 2016, p. 1144; POMARES CINTAS, *El Derecho Penal ante la explotación laboral*, 2013, p. 63 MORILLAS CUEVA, en EL MISMO (dir.), *PE*, 4ª ed., 2021, pp. 933-936.

⁴⁰ POMARES CINTAS, «El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (13-15), 2011, p. 26.

⁴¹ STEDH, de 26 de julio de 2005, caso *Siliadin c. Francia*.

Merece aquí dedicar especial atención al bien jurídico protegido. Como exigencia del principio de lesividad necesitamos de un bien jurídico lesionado o puesto en peligro para que cobre sentido, dentro de la función protectora de nuestro Derecho Penal, la incorporación de un tipo que pueda abarcar el injusto al que nos venimos refiriendo, en otro caso no estaría legitimada la intervención del aparato punitivo del Estado y supondría una búsqueda de objetos de protección de dudosa admisibilidad.

Como analizamos en el apartado correspondiente, una simple interpretación literal nos permite afirmar que las figuras delictivas del Título XV del CP tratan de proteger los derechos de los trabajadores, que pueden venir determinados por disposición legal, convenio colectivo o contrato individual de trabajo⁴². La intervención para proteger los derechos de los trabajadores está directamente vinculada a la naturaleza colectiva de los bienes jurídicos a tutelar⁴³.

No podemos decir lo mismo de un hipotético delito de trabajo forzoso, el bien jurídico no puede concretarse en «los derechos de los trabajadores», no olvidemos que estamos ante sujetos que no han decidido serlo y que no se trata de salvaguardar la relación laboral concretada en diversos derechos. Por el contrario, resultaría más lógico situarlo en la esfera de los intereses individuales, en la propia libertad del individuo para decidir ser trabajador y en su dignidad humana negada desde el momento en que se produce su cosificación.

Para saber si nos hallamos ante un interés social fundamental debemos atender en primer lugar al reconocimiento constitucional del bien. No obstante, ello no se sostiene por sí solo, sino que debe acompañarse de otras consideraciones orientadas a la finalidad político-criminal, comparar con otros bienes jurídicos que componen el núcleo del derecho penal y determinar el concreto grado de afectación del bien. En segundo lugar, debe tenerse en cuenta la necesidad de protección por el derecho penal, lo que supone que no sean suficientes para su defensa otros medios no penales menos lesivos⁴⁴.

Podría pensarse que no estamos ante un Derecho Fundamental que nos apartaría de la idea de su necesaria protección como bien jurídico, pero la Constitución Española en su art.10.1 identifica la dignidad como un fundamento del orden político y la paz social y los derechos reconocidos constitucionalmente constituyen tan sólo un marco dentro del cual el legislador opera discrecionalmente en el establecimiento y delimitación de los bienes jurídico-penales, sin más limitaciones que las de que no se hallen constitucionalmente proscritos y que no sean socialmente irrelevantes⁴⁵.

Coincidimos en este punto con la doctrina predominante en que otros valores que han sido reconocidos como Derecho Fundamental, es el caso de la integridad moral, vendrían a ser el más fiel reflejo de la dignidad en el catálogo de derechos fundamentales conforme al ordenamiento constitucional interno español, dotándola de contenido positivo, aunque no necesariamente

⁴² Esta ha sido la postura de la doctrina mayoritaria. Véase entre otros MORILLAS CUEVA, en EL MISMO (dir.), *PE*, 4^a ed., 2021, p. 933.

⁴³ TERRADILLOS BASOCO, «Delitos contra los derechos de los trabajadores», en BAYLOS GRAU (dir.), *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social*, 2014, p. 519.

⁴⁴ MIR PUIG, «Bien jurídico y bien jurídicopenal como límites del *Ius puniendi*», *Estudios penales y criminológicos*, (14), 1989-1990, p. 209.

⁴⁵ ALONSO ÁLAMO, «Bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos», *Estudios Penales y Criminológicos*, (19), 2009, pp. 71 ss.

coincidieran el contenido de una y otra⁴⁶. Un valor individual que tendrá un posterior efecto en la concreción del número de delitos cometidos en un supuesto de trabajo forzoso con pluralidad de sujetos pasivos.

3.2. *Modern slavery*

Un concepto con el que se ha relacionado la trata de personas y el trabajo forzoso es el de «esclavitud». Si bien tradicionalmente la esclavitud tuvo tintes globales y prácticamente todas las religiones y sociedades conocieron alguna forma de esclavitud en su historia, en los últimos tiempos surge un nuevo concepto de esclavitud, y es que el ordenamiento jurídico internacional mantiene de modo general la autonomía conceptual de la definición de esclavitud frente a otras prácticas análogas como la servidumbre o el trabajo forzoso u obligatorio, sin perjuicio de que la mutación de las prácticas de explotación que afectan gravemente a la dignidad humana dificulte su diferenciación. Es factible compatibilizar esa autonomía conceptual con una interpretación evolutiva del concepto jurídico de esclavitud⁴⁷.

De este modo, frente al concepto tradicional de esclavitud como «Estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos» recogido en las Convenciones de Ginebra sobre la Esclavitud (1926) y sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análoga (1956), surge un movimiento en torno al concepto de *Modern slavery* («Moderna esclavitud») encabezado por el especialista Kevin BALES que la describe como el fenómeno consistente en la explotación económica despiadada de seres humanos completamente disponibles y fungibles por parte de quienes sin detentar ya un derecho de propiedad sobre la persona sí disponen de su fuerza de trabajo y ejercen el control absoluto sobre los mismos⁴⁸. Esta definición conduce a delimitar una serie de conceptos que si bien están relacionados entre sí distan mucho de ser idénticos. Por un lado, la trata de seres humanos, el trabajo forzoso, la esclavitud y, otro muy diferente, los delitos contra los derechos de los trabajadores.

De esta forma a partir del año 2010 surge en algunos países un movimiento dirigido a evitar la moderna esclavitud en el ámbito de la empresa privada. El germen se sitúa en EE.UU., en concreto, en California, que fue el primero de los estados de EE.UU. en exigir a las empresas una declaración donde demostrar sus esfuerzos para detectar y prevenir la explotación, con la *California Transparency in Supply Chains Act*, aplicable a empresas con una facturación superior a 100 millones de USD⁴⁹.

En el mes de octubre de 2015 entró en vigor el *Modern Slavery Act*⁵⁰ en el Reino Unido. Prevé la creación de Órdenes de prevención de la esclavitud y la trata (STPO) y Órdenes de riesgo de esclavitud y trata (STROs) o *Slavery and Trafficking Prevention Orders* (STPOs) and *Slavery and*

⁴⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, «El delito de trata de personas: análisis del nuevo artículo 177 bis CP desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, (14), 2010, p. 836.

⁴⁷ BONET PÉREZ, «La interpretación de los conceptos de esclavitud y de otras prácticas análogas a la luz del ordenamiento jurídico internacional: aproximación teórica y jurisprudencial», en PÉREZ ALONSO (dir.), *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, 2017, p. 184.

⁴⁸ BALES, *La nueva Esclavitud en la Economía Global*, 2000, p. 7.

⁴⁹ *The California Transparency in Supply Chains Act*, disponible en: <https://oag.ca.gov/SB657>

⁵⁰ *Modern Slavery Act*, 2015, disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/contents/enacted/data.htm>

Trafficking Risk Orders (STROs). En primer lugar, describe en la parte I la Esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzado u obligatorio, seguidamente la Trata de seres humanos y en el apartado tercero el significado de la explotación. Respecto a la esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso dispone que:

«1) Una persona comete un delito si (a) mantiene a otra persona en esclavitud o servidumbre y las circunstancias son tales que sabe o debería saber que la persona está sometida a esclavitud o servidumbre, o (b) exige a otra persona que realice trabajos forzados u obligatorios y las circunstancias son tales que sabe o debería saber que la persona es obligada a realizar un trabajo forzoso u obligatorio. 2) En el apartado (1) las referencias a mantener a una persona en esclavitud o servidumbre o exigir a una persona que realice un trabajo forzoso u obligatorio deben interpretarse de conformidad con el artículo 4 del Convenio sobre los Derechos Humanos».

En ella se establece una Declaración a cumplimentar para las empresas que operen en el país. Se refiere a todas las empresas o grupos de empresas con una facturación de £36 millones (incluida la facturación de delegaciones que operen fuera del Reino Unido) constituidas en el Reino Unido o que lleven a cabo negocios en el Reino Unido. Es importante destacar aquí que cualquier empresa española que lleve a cabo negocios con el Reino Unido y que reúna los requisitos se hallará también obligada. Estas empresas deberán publicar una Declaración Anual contra la Esclavitud firmada por un alto cargo de la empresa y publicada en un lugar destacado de la página web de la empresa sobre los pasos que haya llevado a cabo durante el año para asegurar que no se produzca la esclavitud y tráfico de personas ni en su propio negocio ni en su cadena de valor.

En definitiva, desde el 31 de marzo de 2016, fecha en que entró en vigor el documento, cualquier empresa u organización que tenga una cifra global de negocios en torno a 50 millones de euros anuales y «realice negocios» en UK, suministrando allí, directa o indirectamente, bienes o servicios debería realizar una declaración anual transparente y pública sobre las medidas que dicha empresa haya adoptado a fin de prevenir en su cadena de suministros la existencia de prácticas relacionadas con el abuso y la explotación laboral o el trabajo forzado. Existen en España muchas empresas que, directa o indirectamente, trabajan con este mercado, lo que nos lleva a analizar el tratamiento que España ha dado a esta cuestión.

Los esfuerzos han estado dirigidos no tanto a la sanción y represión de estas conductas, sino a su prevención. Para ello se pretende dar un mayor protagonismo a las empresas y al sector privado en general mediante la recomendación de medidas destinadas al control de las prácticas de contratación y trabajo poco éticas. En esta línea han trabajado, además de Reino Unido, países como Australia o EE.UU. por el creciente interés de la comunidad empresarial por evitar el riesgo de cualquier vinculación con el trabajo forzoso, en particular a través de actividades de la cadena de suministro. En EE.UU. la Asociación comercial aduanera contra el terrorismo (CTPAT, por sus siglas en inglés) introdujo en agosto de 2022 una serie de requisitos de cumplimiento relacionados con el trabajo forzoso. Los socios nuevos y los ya existentes de CTPAT *Trade Compliance* ahora tienen que cumplir algunos criterios rigurosos destinados a erradicar el uso del trabajo forzoso en las cadenas de suministro, tales como el mapeo de la cadena de suministro, códigos de conducta y pruebas de la aplicación de los programas de cumplimiento social, entre otros⁵¹.

⁵¹ CTPAT Trade Compliance Handbook, disponible en: <https://www.cbp.gov/document/guidance/ctpat-trade-compliance-handbook>

En la Unión Europea, el 14 de septiembre de 2022 se publica la Propuesta de Reglamento sobre la prohibición de productos fabricados con trabajo forzado en el mercado de la Unión⁵², que pretende prohibir en el mercado de la UE todos los productos fabricados con trabajo forzado sin dirigirse a empresas o sectores específicos y que surgió a raíz del último informe sobre Estimación mundial de la esclavitud moderna elaborado por la OIT, *Walk Free* y la OIM⁵³. El 16 de octubre de 2023 la Comisión de Mercado Interior (IMCO) y la Comisión de Comercio Internacional (INTA) del Parlamento anunciaron un proyecto de reglamento sobre trabajo forzoso que pretende detener el trabajo forzoso en las cadenas de suministro de las empresas. El reglamento establecerá un marco para investigar el uso de trabajo forzoso en las cadenas de suministro de las empresas y si se demuestra el uso de trabajo forzoso se detendría toda importación y exportación de los bienes relacionados en las fronteras de la UE.

3.3. Primeros pasos en el abordaje del trabajo forzoso en España

La normativa jurídico-penal destinada a sancionar las conductas relacionadas con el trabajo forzoso no se encuentran en un solo precepto, sino que a lo largo del Código Penal podemos encontrar varias referencias a acciones que por sí mismas constituyen trabajo forzoso o aquellas otras que indispensablemente están relacionadas con el mismo. A partir de la Ley Orgánica 1/2015, el Código Penal español castiga en su artículo 177 bis la trata de seres humanos criminalizando la captación, transporte o acogida de personas a fin de favorecer determinadas conductas, tales como la imposición de trabajos o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares. De igual modo, el artículo 318 bis relativo a los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros castiga a quien ayude a entrar en España o a permanecer en su territorio vulnerando la legislación sobre entrada, tránsito o estancia de extranjeros. A estos tipos hay que sumar necesariamente el Título XV del Código Penal que sanciona los delitos contra los derechos de los trabajadores, castiga la imposición de condiciones laborales empleando medios abusivos o engañosos en el artículo 311, o perjudicando o suprimiendo sus derechos en el artículo 312.2, o fuera de este ámbito, en el artículo 232.1, la utilización de menores o incapaces para la práctica de la mendicidad, por lo que también podrá acudir al concurso de delitos o aparente de normas cuando resulte necesario.

A pesar de esta regulación la delimitación de los delitos contra los derechos de los trabajadores se complica cuando la esfera laboral no está del todo definida. Es el caso, por ejemplo, de las trabajadoras domésticas que, a pesar de los progresos legislativos al respecto, no están del todo equiparadas hoy a las relaciones laborales comunes, siendo extremadamente vulnerables por su directa relación con el trabajo forzoso⁵⁴. Este no es el único problema, y es que como ya adelantábamos el Código Penal en estos tipos más bien se está refiriendo a otro concepto: la «explotación laboral», ya que se refiere a la disminución de las condiciones laborales y a la supresión de derechos laborales, es decir, a un incumplimiento simple de la normativa laboral, pero que no tiene que suponer la cosificación de la persona en que consiste la esclavitud o la

⁵² COMISIÓN EUROPEA, *Proposal for a regulation on prohibiting products made with forced labour on the Union market (COM(2022) 453)*, 2022, disponible en: https://single-market-economy.ec.europa.eu/document/785da6ff-abe3-43f7-a693-1185c96e930e_en

⁵³ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Global Estimates of Modern Slavery: Forced Labour and Forced Marriage*, 2022.

⁵⁴ Véase sobre esta cuestión SALCEDO BELTRÁN, «El trabajo doméstico en España: planteamientos y desafíos insoslayables frente a la “Esclavitud moderna”», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, (55), 2020, pp. 1 ss.

servidumbre, ni elimina la voluntariedad en la prestación del trabajo⁵⁵. Así, por ejemplo, en la servidumbre por deudas los trabajadores (y a veces sus familias) se ven obligados a trabajar para un empleador con el fin de pagar sus deudas, tanto las propias como las que han heredado. Si tratan de abandonar su empleo las víctimas de la servidumbre por deudas suelen ser capturadas y forzadas a regresar a su lugar de trabajo. Por lo tanto, el hecho de que el trabajador perciba un salario u otra forma de compensación no indica necesariamente que esa actividad no constituye trabajo forzoso u obligatorio.

En los delitos contra los derechos de los trabajadores estamos ante conductas dolosas en que el sujeto activo es cualquier persona que tenga trabajadores a su servicio, es decir, aquella que ostente un poder efectivo e idóneo de resolución a efectos de concertar las condiciones de trabajo o para alterarlas *a posteriori*⁵⁶. Conductas que pueden derivar en la responsabilidad penal de las empresas y llevar aparejadas una serie de consecuencias accesorias tales como la suspensión de actividades, clausura de locales, inhabilitaciones o incluso la intervención judicial. Sin embargo, el trabajo forzoso, según la definición del Convenio de la OIT, no está tipificado como tal en el Código Penal español, lo cual genera serias dificultades a la hora de perseguir estas modalidades delictivas y, sobre todo, de identificar y proteger correctamente a las víctimas.

El *statu quo* jurídico empieza a cambiar con la aprobación el 24 de diciembre de 2021 del Plan de Acción Nacional contra el Trabajo Forzoso: relaciones laborales obligatorias y otras actividades humanas forzadas. Este Plan de Acción Nacional contra el Trabajo Forzoso busca dar respuesta a carencias evidentes en España en materia de trabajo forzoso y de otras figuras tales como la trata de seres humanos. Este instrumento se centra en las especiales circunstancias que rodean a las víctimas y concreta la dimensión del trabajo forzoso englobando «además del ejercicio de una actividad reglada laboralmente, un conjunto de actividades alegales o, incluso, ilícitas, abarcando en su definición cualquier servicio prestado en situación de dominación o ausencia de libertad de decisión del prestatario del servicio como ocurre con los sometidos a esclavitud, servidumbre o son víctimas de trata de seres humanos»⁵⁷. No obstante, el paso definitivo se produce con la aprobación en noviembre de 2022 del Anteproyecto de Ley Orgánica Integral contra la trata de seres humanos, que incluye un Título VII bis formado por tres Capítulos: uno dedicado a la trata de seres humanos; otro a los trabajos o servicios forzosos, servidumbre o esclavitud; y un tercero, que recoge una serie de disposiciones comunes. Si bien, la Ley Orgánica no ha llegado a aprobarse por la coyuntura política.

Centrándonos en la prevención de estas conductas en el ámbito empresarial, debe tenerse presente que todas estas figuras delictivas se alejan del camino iniciado por la *Modern Slavery*

⁵⁵ LOUSADA AROCHENA, «Normativa internacional contra la explotación humana y laboral en el trabajo doméstico: la ONU y la OIT», *Lan Harremanak: Revista de relaciones laborales*, (39), 2018, p. 158-159.

⁵⁶ ARROYO ZAPATERO, *Revista española de Derecho del Trabajo*, (15), 1983, pp. 359 ss.; VILLACAMPA ESTIARTE, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 2016, p. 1144; POMARES CINTAS, *El Derecho Penal ante la explotación laboral*, 2013, p. 63 MORILLAS CUEVA, en EL MISMO (dir.), *PE*, 4ª ed., 2021, pp. 933-936.

⁵⁷ Divide la realidad del trabajo forzoso, a efectos del desarrollo del Plan en: Relaciones laborales obligatorias: en el que quedarán incluidas todas aquellas prácticas de trabajo forzoso, que se den en el ámbito de las relaciones laborales regulares, es decir, con un objeto lícito y reguladas por la legislación socio laboral; y, actividades humanas forzadas: En el que quedarían incluidas todas las actividades humanas alegales o ilícitas que sean impuestas por una tercera persona en beneficio propio o de otra que explota. Véase Resolución de 20 de diciembre de 2021, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de diciembre de 2021, por el que se aprueba el Plan de Acción Nacional contra el Trabajo Forzoso: relaciones laborales obligatorias y otras actividades humanas forzadas, BOE núm. 308, de 24 de diciembre de 2021.

Act, en la medida que están destinadas a sancionar los hechos cuando ya se haya causado el daño, lejos de referirse a medidas encaminadas a la prevención y evitación del mismo. Cuestión a la que España no le está prestando la debida atención. Como indicábamos, se han aprobado varios planes⁵⁸ en los que se incorporan medidas de prevención, concienciación y formación, pero están más bien dirigidas a las administraciones, los interlocutores sociales, el ámbito educativo y la sociedad en general. El problema es que en ninguna parte de los mismos se hace alusión a la implicación y cooperación por parte de las empresas. Nos referimos, por ejemplo, al artículo 54 de la *Modern Slavery Act (Transparencia en la cadena de suministros)* que como indicábamos recoge una serie de medidas tendentes a obligar a las empresas a realizar con carácter anual una declaración sobre esclavitud y tráfico humano.

Más allá del interés en proteger los Derechos Humanos, que no es prioridad de las empresas –no olvidemos que el objetivo de la actividad empresarial es la maximización de beneficios y ahorro de costes–⁵⁹, las entidades ya son conscientes de que deben tomar decisiones que en un primer momento resultan en un aumento de los costos operativos, pero que son necesarias para el funcionamiento seguro de cualquier empresa frente a actuaciones que pueden en el futuro transformarse en pérdidas financieras graves, perjudicar la imagen corporativa y aun traer serias consecuencias legales⁶⁰. En otras palabras, para alcanzar el éxito las empresas deben gestionar el riesgo en un entorno donde éste no es estático y puede dimanar del quehacer de la propia empresa, sus proveedores u otros actores. Las acusaciones de trabajo forzoso conllevan graves amenazas para la marca y la reputación de la empresa en cuestión.

Con esta finalidad, las empresas ya incorporan programas de cumplimiento normativo «*compliance programs*» destinados a la prevención de prácticas ilícitas. Sin embargo, se han centrado especialmente en el ámbito de la prevención de la corrupción y los delitos económicos. Lo que nos lleva a preguntarnos por qué no aplicarlos en el ámbito de los Derechos Humanos. Nos estamos refiriendo a programas de capacitación profesional en la responsabilidad social corporativa, posibilidad que nos lleva a una modesta reflexión sobre este tipo de programas.

4. *Compliance programs: Labour Compliance*

El vocablo *compliance* proviene del verbo en inglés *to comply with*, que podría traducirse como «cumplir con», «de conformidad con». Sintetizando, se trataría de realizar lo que es jurídicamente debido. Ahora bien, ya en el terreno jurídico-penal, la expresión *compliance* se emplea para designar única y exclusivamente la obligación de las personas jurídicas de establecer mecanismos internos que prevengan que determinadas personas físicas que ocupan puestos de relevancia dentro de ellas cometan un delito en beneficio de la empresa⁶¹. Por tanto, son medidas de las que se valen las empresas para asegurarse de que sean cumplidas las reglas vigentes para ellas y su personal, que las infracciones se descubran y que, eventualmente, se sancionen. Incluso, se habla

⁵⁸ Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2021, 2022 y 2023.

⁵⁹ Cfr. PASTOR MUÑOZ, «Sobre el estatus normativo de los programas de cumplimiento y su relación con los deberes jurídico-penales de las personas físicas que operan en la organización empresarial», en GÓMEZ MARTÍN *et al.* (dirs.), *Un modelo integral de Derecho penal: Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, 2022, p. 811. Indica la necesidad de analizar la percepción que tiene la empresa del mandato de *compliance* o de organizarse en *compliance* una percepción marcada por la lógica empresarial de maximización de beneficios y ahorro de costes.

⁶⁰ Muchas multinacionales han visto perjudicada su imagen al salir a la luz sus prácticas poco éticas (en los países de producción) e ilegales en España. Casos como Nike, H&M, Apple, entre otros.

⁶¹ AROCENA, «Acerca del denominado “Criminal compliance”», *Revista Crítica Penal y Poder*, (13), 2017, p. 129.

de auto vigilancia de la empresa⁶². El Derecho penal atribuiría a los responsables del programa de cumplimiento una función institucional de formular en el programa del *compliance* normas de conducta que sean un reflejo de las normas de conducta jurídico-penales. PASTOR MUÑOZ se refiere a esta función como una suerte de «altavoz» del ordenamiento jurídico, de modo que deberían ser vistas como la concreción de las normas de conducta jurídico-penales para las personas físicas que actúan en el seno de la organización empresarial⁶³.

Desde el punto de vista sociológico el alcance es mayor, y es que las organizaciones son actualmente una parte nuclear para el mantenimiento del orden social y es en ese contexto en el que hay que entender el fenómeno del *compliance*. Este formaría parte de un conjunto más amplio de estrategias, situadas a caballo entre el mundo de la ética, la política y el derecho, encaminadas al control de los contextos organizativos⁶⁴. El propósito es que actúen en la prevención, detección y gestión temprana de ciertas irregularidades susceptibles de producirse en el contexto de las actividades de negocio. Acercan las actividades de prevención penal al entorno donde ciertos ilícitos suelen producirse y no sólo contribuyen a reducir su probabilidad de ocurrencia sino también a la mejora de la cultura corporativa en las empresas⁶⁵.

En 2010 se produce una de las más importantes modificaciones del Código Penal al introducirse la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En un principio, la reacción de los operadores jurídicos y económicos fue de escepticismo. En la regulación de 2010 no había más referencia a los Programas de Cumplimiento de la contemplada en la atenuante de la letra d) del artículo 31 bis 4 CP al señalar:

«haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica».

Paradigma que cambia con la LO 1/2015, de 30 de marzo, momento en el que se empiezan a poner en valor los programas de cumplimiento normativo⁶⁶. Puede decirse que el sistema español es deliberadamente asimétrico: establece consecuencias muy negativas en caso de que se produzca un delito en ausencia de modelos de *compliance* (todas las penas asociadas son graves), pero permite la exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica cuando dispone de ellos (pocos países llegan a este extremo, limitándose normalmente a actuar como un factor atenuante). Tal circunstancia ha contribuido a generalizar *compliance* en el sector empresarial, ayudado de una interpretación jurisprudencial que pone claramente en valor los modelos de *compliance* eficaces. Actualmente, es impensable en España que grandes organizaciones,

⁶² SILVA SÁNCHEZ, «Deberes de vigilancia y compliance empresarial», en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA GIMENO (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, 2013, p. 100.

⁶³ Con detalle, PASTOR MUÑOZ, en GÓMEZ MARTÍN *et al.* (dirs.), *LH Corcoy Bidasolo*, 2022, p. 813.

⁶⁴ CIGÜELA SOLA, «Compliance más allá de la ciencia penal», *InDret*, (4), 2019, p. 4, analiza los factores criminológicos que promueven o facilitan la criminalidad corporativa diferenciando tres niveles o entornos que influyen en la actuación de las organizaciones: nivel macro (entorno socio-normativo o externo); nivel meso (factores que radican en la propia organización); y nivel micro (individuos de la organización o entorno interno).

⁶⁵ Así lo manifestó CASANOVAS YSLA, abogado y socio responsable de los servicios de *Compliance* de KPMG en España, en CHANJAN DOCUMET, «Reflexiones sobre el Compliance penal», *Revista Derecho & Sociedad*, (52), 2019, p. 238.

⁶⁶ El Apartado III del Preámbulo de la citada Ley señala que la reforma introducida supone una mejora técnica en la regulación de la citada responsabilidad, entre otras cosas, para delimitar adecuadamente el contenido de la expresión «debido control», y con ello poner fin a las dudas interpretativas que se habían planteado con la anterior regulación.

incluidas las cotizadas, no dispongan de modelos de *compliance* robustos⁶⁷. Y es que son herramientas autorregulatorias imprescindibles que se componen de múltiples elementos, cuya consecución depende, en gran medida, de la creación de una cultura corporativa de estricto cumplimiento de las normas y políticas éticas de la empresa instaurada en el seno de la persona jurídica. Constituyen pues un sistema de control social empresarial necesario para el Estado y el Derecho Penal en su tarea de controlar la criminalidad⁶⁸.

Como ya indicábamos, los esfuerzos empresariales han ido dirigidos más bien a evitar delitos de naturaleza económica. La cuestión es en qué medida son extrapolables estos programas a los delitos contra los derechos de los trabajadores, qué atención se le ha prestado y qué relevancia pueden tener en la prevención del trabajo forzoso. Todo ello porque este creciente interés en verificar el cumplimiento normativo de las empresas no debe limitarse a un determinado ámbito, como puede ser el penal, sino que lo más beneficioso para la empresa es que abarque cualquier área de cumplimiento normativo. El hecho de que la puerta de entrada en nuestro país del *Compliance* haya sido a través de la reforma del Código Penal ha llevado erróneamente a concluir que el *Compliance* es una materia exclusivamente de este ámbito. Pues bien, nada más lejos de la realidad, el «*Compliance*» o «Cumplimiento normativo» debe impregnar a la organización en su totalidad. Por tanto, todos los departamentos y áreas de la empresa deben quedar cubiertas por el mismo, sin permitir que haya departamentos estancos que escapen a dicho riesgo⁶⁹.

En este punto cabe preguntarse si existen programas de cumplimiento normativo en este ámbito, el ámbito laboral. Aquí cobra especial relevancia el *Compliance* o *Labour Compliance*, sistemas diseñados para la prevención de riesgos derivados de incumplimientos normativos en el ámbito laboral y para reducir las consecuencias de aquellos, es decir, sistemas diseñados esencialmente para la prevención de riesgos derivados de incumplimientos normativos en el ámbito sociolaboral.

Para asegurar la validez y estandarización de los programas de *Compliance* laboral (*Labour Compliance Programs*) éstos deberán adecuarse a los principios y recomendaciones de las diferentes normas internacionales que existen, como la UNE-ISO 19600 («Sistema de Gestión de *Compliance*») o la UNE-ISO 31000 («Gestión del Riesgo») y configurarse como auténticos mecanismos de análisis y verificación del grado de cumplimiento normativo y gestión del riesgo legal corporativo en el ámbito laboral. Las principales áreas que deben abarcar los programas de *compliance* laboral son: condiciones de trabajo tanto en territorio nacional como internacional; igualdad y no discriminación; nuevas tecnologías de la información y comunicación (TIC) en el entorno laboral; protección de datos personales y propiedad intelectual; prevención de delitos en el ámbito laboral (*Corporate Labour Compliance*); prevención de riesgos laborales, seguridad y salud en el trabajo, o actuaciones en materia de responsabilidad social corporativa, entre otras⁷⁰.

⁶⁷ CHANJAN DOCUMET, *Revista Derecho & Sociedad*, (52), 2019, p. 239.

⁶⁸ NIETO MARTÍN, «Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal», en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA GIMENO (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, 2013, p. 21.

⁶⁹ Existen tantos *Compliance* como especialidades, áreas o departamentos tenga una organización: *Compliance* penal, *Compliance* medioambiental, *Compliance* laboral, etc. O, dicho de otro modo, todos estos *Compliance* son partes de un mismo sistema de cumplimiento. Véase BALTAR FILLOL/CUENCA MÁRQUEZ, «*Compliance* laboral: problemática de la compatibilización de las medidas disciplinarias con la autorregulación de las empresas (“Soft Law”）」, *Revista Aranzadi Doctrinal*, (4), 2018, pp. 19-37.

⁷⁰ ROJAS ROSCO *et al.*, *Compliance laboral*, 2017, p. 2.

Si tenemos en cuenta la primera de las conclusiones a las que hemos llegado en este análisis, esto es, la diferencia entre delitos contra los derechos de los trabajadores y el trabajo forzoso, estos programas se estarían refiriendo al control de los primeros, lo que dejaría aún una parcela sin «vigilancia». Además, el hecho de que el trabajo forzoso y la esclavitud representan uno de los atentados más graves a la dignidad del individuo nos obliga a sumar otra perspectiva, sin la que nuestro análisis quedaría incompleto, la de los Derechos Humanos en el ámbito de las relaciones laborales empresariales.

Muchas empresas se han visto involucradas en actuaciones que vulneran los derechos más esenciales de los trabajadores. Un caso español, por hacer referencia al más conocido, es el del gigante textil Inditex. Son numerosos los incumplimientos normativos que han salido a luz. El Ministerio de Trabajo y Empleo de Brasil elaboró 48 autos de infracción contra Zara debido a las irregularidades en dos talleres situados en dicho país por contrataciones ilegales, trabajo infantil, condiciones degradantes y jornadas de hasta 16 horas diarias; o más recientemente, Inditex y otras tres multinacionales han sido objeto en Francia de la primera denuncia presentada en Europa contra el sector textil por beneficiarse presuntamente del trabajo forzoso de uigures⁷¹.

La propia jurisprudencia ha subrayado la necesidad de una gestión ética en las organizaciones y el rol que juegan los modelos de *compliance* a tales efectos⁷². Y en esta línea, algunas empresas han incorporado a su modelo una serie de medidas dirigidas a la protección de los Derechos Humanos. Es el caso precisamente de Inditex, que elabora un informe sobre Derechos Humanos con el que dicen pretender poner la mirada en los aspectos más relevantes del compromiso de esta multinacional con el respeto de los derechos humanos, en los aprendizajes hasta la fecha y en cómo afrontan el futuro desde esta perspectiva. Para ello, toman como referencia el Marco de Reporte RAFI (por sus siglas en inglés «*Reporting and Assurance Frameworks Initiative*») la primera guía integral para que las empresas reporten sus avances en materia de derechos humanos⁷³.

Por su parte, la OIT articula una serie de mecanismos dirigidos a prevenir el trabajo forzoso en las empresas. Es el caso del llamado *Helpdesk* de la OIT, un centro unificado de recursos para gerentes de empresas y trabajadores destinado a promover el respeto de las normas internacionales del trabajo en las operaciones comerciales y a contribuir al establecimiento de buenas relaciones de trabajo⁷⁴. Así como el «Manual de Lucha contra el Trabajo Forzoso: Manual para Empleadores y Empresas», cuya finalidad es suplir la necesidad de las organizaciones de empresarios y empresas del mundo entero de saber en qué consiste el trabajo forzoso, cómo puede afectar a las operaciones comerciales y qué pueden hacer los actores empresariales para abordar problemas. El Manual se compone de siete folletos, siendo que el número cuatro se titula «Lista de Control y Orientación para Evaluar el Cumplimiento». Llama la atención porque dirige preguntas a las empresas que una vez respondidas con fidelidad a la verdad de los hechos, pueden evitar situaciones ilegales⁷⁵. Las medidas de acción previstas giran en torno al examen de la

⁷¹ Minoría étnica en la que se han registrado episodios de trabajo forzoso en sectores como la agricultura y la industria manufacturera en la Región Autónoma de Xinjiang (China).

⁷² Así lo declaró el Tribunal Supremo en STS 154/2016, Penal, de 29 de febrero (ECLI:ES:TS:2016:613).

⁷³ Informe Inditex derechos humanos 2021, disponible en: https://static.inditex.com/annual_report_2021/es/documentos/derechos-humanos-2021.pdf

⁷⁴ Puede consultarse en <https://www.ilo.org/empent/areas/business-helpdesk/lang--es/index.htm>

⁷⁵ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Lucha contra el trabajo forzoso. Manual para empleadores y empresas*, disponible en: https://www.ilo.org/global/topics/forced-labour/publications/WCMS_105883/lang--es/index.htm. Este manual está destinado a organizaciones de empleadores y un amplio espectro de actores empresariales que

situación de las propias actividades de la empresa mediante una evaluación interna o una «auditoría social». A su vez, el Pacto Mundial de la ONU insta a las empresas a que preparen anualmente una «Comunicación sobre el progreso» en la que se indiquen las medidas tomadas para aplicar los 10 principios del Pacto, incluida la eliminación del trabajo forzoso y obligatorio. Pero ¿qué ocurre si la empresa no cumple estas pautas o las cumple, pero aun así mantiene vínculos empresariales con otras entidades que no? Pues la respuesta es bien sencilla, conforme a la legislación española actual no ocurriría nada, todo lo más un delito contra los derechos de los trabajadores o un delito de trata de seres humanos, en el improbable caso de que pueda mostrarse las conductas de captación, transporte, acogimiento, etc., a través de unos medios comisivos con un fin de explotación.

5. Conclusiones

La esclavitud moderna ha sido reconocida internacionalmente como un problema global y su erradicación se incluyó en el Objetivo 8.7 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la ONU. Las declaraciones anuales contra la esclavitud han sido un paso de reconocimiento de la existencia de la Esclavitud y el Tráfico de Personas, pero no conseguirán la erradicación de la esclavitud moderna principalmente por la ausencia de un régimen sancionador y de un contenido mínimo obligatorio.

Las causas principales de este fenómeno «no criminal» según nuestra legislación actual, son la pobreza, la desigualdad y la discriminación y, por lo general, el trabajo forzoso obedece al afán de lucro a expensas de trabajadores vulnerables y desamparados. La legislación inadecuada y el escaso cumplimiento de la ley hacen que los autores rara vez sean procesados y condenados. En tal situación las ganancias potenciales para una minoría de empleadores, agentes y traficantes sin escrúpulos que recurren a prácticas de trabajo forzoso pesan más que los presuntos riesgos. La OIT estima que las ganancias generadas por el trabajo forzoso resultante de la trata ascienden a 31.600 millones de dólares. La mitad de esos beneficios se obtiene en países industrializados⁷⁶.

Esto nos demuestra que la esclavitud no es cosa del pasado, por el contrario, el incremento de pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derecho Humanos por violación del artículo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos es un fiel reflejo de como las crisis han provocado un aumento del fenómeno haciendo tambalear al Estado del Bienestar y afectando de modo transversal a todos los países, sectores, géneros y edades, después de una época de estabilidad.

España ha ratificado el Protocolo de 2014 de la OIT, relativo al Convenio sobre trabajo forzoso de 1930, adoptado en Ginebra el 11 de junio de 2014. Entre los esfuerzos a adoptar para garantizar la erradicación contempla la adopción de una legislación represiva penal específica y también laboral, para que la prevención y el control abarquen a todos los trabajadores y sectores económicos. Ha quedado constatado que nuestro texto punitivo no permite dar cumplimiento a

abarca pequeñas y medianas empresas, empresas multinacionales, empresas exportadoras y empresas que operan en cadenas de suministro globales. Altos ejecutivos, personal de recursos humanos, personal de contratación y conformidad social, así como auditores sociales encontrarán aquí material técnico e información que les ayudarán en su trabajo cotidiano. Asimismo, este manual será de utilidad para organizaciones que forman parte de la comunidad más amplia de Responsabilidad Social Empresarial (RSE) y empresas proveedoras de servicios de gestión, tales como consultoría y control de calidad.

⁷⁶ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Lucha contra el trabajo forzoso. Manual para empleadores y empresas*, disponible en: https://www.ilo.org/global/topics/forced-labour/publications/WCMS_105883/lang-es/index.htm

las recomendaciones internacionales lo que denota un incumplimiento por parte del legislador español.

Por su parte, la posibilidad de adoptar medidas de índole empresarial destinadas a la prevención de este tipo de conductas nos hace poner la mirada en el *compliance* laboral teniendo en cuenta que desde un punto de vista jurídico el grado de cumplimiento normativo que debe comprobar una empresa se extiende a otros aspectos del ámbito de la ética y la responsabilidad social.

Con el objetivo de asegurar un entorno de trabajo seguro tanto para los empleados como para el empleador, el *compliance* laboral influye en numerosos aspectos del funcionamiento de una empresa, como pueden ser la igualdad y no discriminación o la prevención de riesgos laborales, entre otras. Pero va y debe ir más allá, velando por el cumplimiento de convenios internacionales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), como la protección de los derechos de los trabajadores, la eliminación del trabajo infantil, la libertad sindical y, especialmente, la eliminación de los trabajos forzados. Ahora bien, estos programas pueden ser el punto de partida desde el momento que permiten remover conciencias y activar los mecanismos empresariales de prevención, pero no tendrán una eficacia real si tenemos en cuenta que la finalidad de la empresa no es otra que evitar responsabilidades y perjuicios futuros, algo que nuestro Código Penal fomenta al incorporar como atenuante lo que debería ser un deber empresarial. Quizás tratándose de una cuestión tan importante como es la defensa de los Derechos Humanos, no debería ser un asunto que quede al buen criterio de la entidad correspondiente. Y es que la efectividad de las medidas contra la esclavitud y el trabajo forzoso se medirá según los indicadores que la propia empresa considere apropiados, convirtiéndose en un documento más a cumplimentar de manera casi automática, simulando un actuar diligente y respetuoso con los Derechos Humanos.

Mientras los gobiernos tratan de impedir que los productos fabricados con trabajo forzoso acaben dentro de sus fronteras, las empresas deberían tomar medidas sobre su cadena de suministro para detectar los riesgos relacionados con los derechos humanos. Pero no solo para evitar responsabilidades sino como deber propio de una actuar diligente que debería exigirse a toda organización empresarial bajo sanción en caso de incumplimiento. Además, las medidas tanto gubernamentales como empresariales no tendrán efecto o tendrán un impacto muy limitado si no se abordan las causas de fondo y no es difícil saber cuáles son. Las desigualdades son la raíz del problema, ante una situación de necesidad económica no queda más remedio que aceptar lo que el mercado te ofrece, la desigualdad produce vulnerabilidad y en la misma está el nicho de mano de obra que hace las delicias de las organizaciones que se aprovechan de la vulnerabilidad personal o estructural. En unos casos se provocan las circunstancias que generan tal vulnerabilidad y en otros se aprovechan de tales circunstancias que están presentes en el nuevo sistema-mundo que ha derivado de la globalización económica y el dominio brutal del poder económico⁷⁷.

No todas las empresas que operan en el tráfico recurren al trabajo forzoso, pero es muy probable que lleguen a estar asociadas con prácticas de ese tipo debido a los vínculos comerciales que mantienen con terceros, incluidos contratistas y proveedores. En este punto hay que tener en cuenta que el trabajo forzoso se da a todos los niveles, lo que exige incluir también a la PYMES en todas las actuaciones dirigidas a conseguir una conducta empresarial responsable, a través del

⁷⁷ PÉREZ ALONSO, «Propuesta de incriminación de los delitos de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso en el Código Penal español», *RECPC*, (24-7), 2022, p. 2.

convencimiento de que estamos ante un problema real y que afectará a sus resultados si no se toman medidas.

Finalmente, todas estas medidas –comunicados de progreso, códigos de conducta, programas de cumplimiento– solo servirán para salvaguardar la reputación de las entidades y evitar su responsabilidad penal si nuestro texto punitivo sigue sin dar respuesta a un fenómeno de extrema gravedad. Respecto a cuál debe ser esa respuesta legislativa, especialmente por parte del Código Penal, no cabe duda de que es la necesaria tipificación del delito de trabajo forzoso y la esclavitud en nuestro texto punitivo. El delito de trata de seres humanos del artículo 177 bis CP no puede identificarse ni con la esclavitud ni con el trabajo forzoso, el primero es el camino, la esclavitud y el trabajo forzoso el fin, careciendo de toda lógica que el legislador castigue el camino, pero no el fin. Por su parte, los delitos contra los derechos de los trabajadores, tal y como están tipificados actualmente en el Código Penal, tampoco permiten dar una adecuada respuesta a este fenómeno consistente en la cosificación de la persona a través de la imposición de la condición de trabajador. Debería configurarse un delito de sometimiento a esclavitud teniendo en consideración el concepto de esclavitud de la Convención sobre la Esclavitud de 1926, esto es, como el «estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos». Eso sí, ya no será una esclavitud de derecho, sino de hecho.

En última instancia, teniendo en cuenta que estamos ante un fenómeno especialmente vinculado al sector empresarial debería completarse con una cláusula de responsabilidad penal de la persona jurídica. A partir de esta regulación cobrarían sentido la implantación de los programas de cumplimiento normativo, ahora sí con el objetivo de evitar una eventual responsabilidad penal y no limitado a una función ético-formal puramente cosmética.

6. Bibliografía

ALLAIN, «Parte II. Conceptuación legal de las formas contemporáneas de esclavitud. 125 años de abolición: el derecho de la esclavitud y la explotación humana», en PÉREZ ALONSO (dir.), *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 147-182.

ALONSO ÁLAMO, «Bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos», *Estudios Penales y Criminológicos*, (19), 2009, pp. 61-105.

AROCENA, «Acercas del denominado “Criminal compliance”», *Revista Crítica Penal y Poder*, (13), 2017, pp. 128-145.

ARROYO ZAPATERO, «Los delitos contra los derechos de los trabajadores (Especial consideración del art. 499 bis, CP)», *Revista española de Derecho del Trabajo*, (15), 1983, pp. 353-374.

BALES, *La nueva Esclavitud en la Economía Global*, trad. por Borrajo Castanedo, Siglo XXI de España Editores, Madrid, 2000.

BALTAR FILLOL/CUENCA MÁRQUEZ, «Compliance laboral: problemática de la compatibilización de las medidas disciplinarias con la autorregulación de las empresas (“Soft Law”)», *Revista Aranzadi Doctrinal*, (4), 2018, pp. 19-37.

BENÍTEZ ORTÚZAR, «A propósito de los nuevos artículos 311.2 CP y 311 bis CP ¿Delitos contra los derechos de los trabajadores?», en DE LA CUESTA AGUADO (coord.), *Liber amicorum. Estudios jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr. H.c. Juan M^a Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 1033-1047.

BHoola, «Los nuevos retos para la erradicación de las formas contemporáneas de esclavitud», en PÉREZ ALONSO (dir.), *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 53-64.

BONET PÉREZ, «La interpretación de los conceptos de esclavitud y de otras prácticas análogas a la luz del ordenamiento jurídico internacional: aproximación teórica y jurisprudencial», en PÉREZ ALONSO (dir.), *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 183-210.

CHANJAN DOCUMET, «Reflexiones sobre el Compliance penal», *Revista Derecho & Sociedad*, (52), 2019, pp. 237-240.

CIGÜELA SOLA, «Compliance más allá de la ciencia penal», *InDret*, (4), 2019, pp. 1-35.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Los delitos contra los derechos de los trabajadores: Lo que sobra y lo que falta», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (57-1), 2004, pp. 19-52.

LOUSADA AROCHENA, «Normativa internacional contra la explotación humana y laboral en el trabajo doméstico: la ONU y la OIT», *Lan Harremanak: Revista de relaciones laborales*, (39), 2018, pp. 152-187.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «Lección XXXI: Delitos contra los derechos de los trabajadores. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 555-571.

MEGÍAS BAS, «El delito de tráfico ilegal de mano de obra», *Anales de Derecho*, (32), 2014, pp. 1-24.

MIR PUIG, «Bien jurídico y bien jurídicopenal como límites del Ius puniendi», *Estudios penales y criminológicos*, (14), 1989-1990, pp. 203-216.

MORILLAS CUEVA, «Delitos contra los derechos de los trabajadores», en EL MISMO (dir.), *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial*, 4ª ed., Dykinson, Madrid, 2021, pp. 931-954.

———, «Delitos contra los derechos de los trabajadores y delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho penal español: parte especial*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 649-666.

NIETO MARTÍN, «Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal», en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA GIMENO (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, trad. por Nanzer, Marcial Pons, Buenos Aires, 2013, pp. 21-50.

OLARTE ENCABO, «La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre esclavitud, servidumbre y trabajo forzado. Análisis crítico desde la perspectiva laboral», *Temas Laborales*, (145), 2018, pp. 55-86.

PARDO MIRANDA, *El delito de trata de seres humanos: Un estudio político-criminal*, Dykinson, Madrid, 2023.

PASTOR MUÑOZ, «Sobre el estatus normativo de los programas de cumplimiento y su relación con los deberes jurídico-penales de las personas físicas que operan en la organización empresarial», en GÓMEZ MARTÍN et al. (dirs.), *Un modelo integral de Derecho penal: Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, pp. 811-824.

PÉREZ ALONSO, «Propuesta de incriminación de los delitos de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso en el Código Penal español», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (24-7), 2022, pp. 1-50.

POMARES CINTAS, *El Derecho Penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

———, «Delitos contra los derechos de los trabajadores», en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Derecho penal español*, t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 881-936.

———, «El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (13-15), 2011, pp. 1-31.

RIVAS VALLEJO, «Aproximación laboral a los conceptos de esclavitud, trabajo forzoso y explotación laboral en los tratados internacionales», *Revista De Estudios Jurídico Laborales Y De Seguridad Social*, (2), 2021, pp. 99-135.

ROJAS ROSCO *et al.*, *Compliance laboral*, Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2017.

SALCEDO BELTRÁN, «El trabajo doméstico en España: planteamientos y desafíos insoslayables frente a la “Esclavitud moderna”», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, (55), 2020, pp. 1 ss.

SILVA SÁNCHEZ, «Deberes de vigilancia y compliance empresarial», en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA GIMENO (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, trad. por Nanzer, Marcial Pons, Buenos Aires, 2013, pp. 79-106.

SOUTO GARCÍA/IGLESIAS SKULJ, «Delitos contra los derechos de los trabajadores», en MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (dir.), *Derecho penal y económico de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 345-404.

TERRADILLOS BASOCO, «Delitos contra los derechos de los trabajadores: veinticinco años de política legislativa errática», *Estudios Penales y Criminológicos*, (41), 2021, pp. 1-57.

———, «Delitos contra los derechos de los trabajadores», en BAYLOS GRAU (dir.), *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 515-520.

VILLACAMPA ESTIARTE, «De los delitos contra los derechos de los trabajadores», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

———, «El delito de trata de personas: análisis del nuevo artículo 177 bis CP desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, (14), 2010, pp. 819-865.

Pablo Muyo Bussac
Universidad Complutense
de Madrid

Sumario

-

En este artículo se estudia lo que denominamos el derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento estético, producto de la acción pretoriana del TEDH y de los artículos 4 y 5 de la Directiva (UE) 2016/343 de 9 de marzo de 2016, según el cual toda persona física o jurídica que sea o haya sido sospechosa o acusada de haber cometido un hecho delictivo deberá ser tratada, reputada y mostrada por las autoridades públicas ante el público en general, en el proceso penal del cual sea sujeto pasivo, así como en cualquier otro proceso judicial de cualquier orden jurisdiccional, procedimiento administrativo o comisión parlamentaria, de tal forma que no se sugiera que es culpable de dicho delito mientras no se haya establecido dicha culpabilidad mediante una sentencia firme de condena. En primer lugar, se pondrán de relieve tres riesgos asociados al fenómeno de la imputación a los que pretende hacer frente este derecho y que obligan a repensar el fenómeno del honor y la reputación del encausado, la imparcialidad judicial y el monopolio jurisdiccional del ius puniendi desde la óptica del derecho a la presunción de inocencia. A continuación, se propondrá una definición circunstanciada del derecho y de las correlativas obligaciones exigibles a los poderes públicos en nuestro ordenamiento vigente. Posteriormente, se propondrá un modelo posible y vertebrado de garantías procesales para el tratamiento de las infracciones de este derecho dentro del proceso.

Abstract

-

This article examines the right to the presumption of innocence as a rule of aesthetic treatment, stemming from the jurisprudence of the ECtHR and Articles 4 and 5 of Directive (EU) 2016/343 of 9 March 2016. According to these provisions, any natural or legal person who is or has been suspected or accused of having committed a criminal offense must be treated, portrayed, and represented by public authorities to the general public in criminal proceedings, as well as in any other judicial proceedings of any court, administrative procedure, or parliamentary committee, in a manner that does not suggest that they are guilty of such an offense until such guilt has been established by a final judgment of conviction. Firstly, it will highlight three risks associated with the phenomenon of accusation that this right seeks to address, making it necessary to reevaluate the concepts of the honour and reputation of the accused, judicial impartiality, and the jurisdictional monopoly of ius puniendi from the perspective of the right to the presumption of innocence. Next, a detailed definition of the right and the corresponding obligations of public authorities in our current legal system will be proposed. Subsequently, a possible and structured model of procedural guarantees will be proposed for addressing infringements of this right within the process.

Zusammenfassung

-

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit der Untersuchung des sog. Rechts auf die Unschuldsvormutung als eine Regel der ästhetischen Behandlung nenn. Es stellt das ein Ergebnis der Vorarbeiten des EGMR und der Artikel 4 und 5 der Richtlinie (EU) 2016/343 vom 9. März 2016, wonach jede natürliche oder juristische Person, die verdächtigt oder beschuldigt wird bzw. wurde, eine Straftat begangen zu haben, von den Behörden in einem gegen sie geführten Strafverfahren sowie in jedem anderen gerichtlichen Verfahren und gegenüber der Öffentlichkeit so behandelt werden soll, dass solange ihre Schuld nicht durch ein rechtskräftiges Urteil festgestellt ist, nicht der Eindruck entsteht, sie sei einer solchen Straftat

schuldig. Zunächst werden drei mit dem Phänomen der Unterstellung verbundene Risiken hervorgehoben, denen dieses Recht entgegenwirken soll und die es erforderlich machen, das Phänomen der Ehre und des Rufs des Angeklagten, der richterlichen Unparteilichkeit und des gerichtlichen Monopols des *ius puniendi* unter dem Gesichtspunkt des Rechts auf die Unschuldsvermutung neu zu überdenken. Anschließend wird eine detaillierte Definition dieses Rechts und der entsprechenden Pflichten der Behörden in unserem Rechtssystem vorgeschlagen. Anschließend wird ein mögliches und strukturiertes Modell von Verfahrensgarantien für die Antwort auf diese Verstöße gegen dieses Recht im Rahmen des Strafverfahrens vorgeschlagen.

Title: *The presumption of innocence as a rule of aesthetic treatment.*

Titel: *Die Unschuldsvermutung als Regel der ästhetischen Behandlung.*

-

Palabras clave: presunción de inocencia, reputación del acusado, prejuicio de culpabilidad, monopolio jurisdiccional *ius puniendi*, regla de tratamiento

Keywords: *presumption of innocence, reputation of the accused, prejudice of guilt, jurisdictional monopoly of ius puniendi, treatment rule*

Stichwörter: *Unschuldsvermutung, Ruf des Angeklagten, Vorverurteilung der Schuld, gerichtliches Monopol des ius puniendi, Behandlungsregel*

-

DOI: 10.31009/InDret.2024.i3.08

-

3.2024

Recepción
05/12/2023

-

Aceptación
25/03/2024

-

Índice

-

- 1. A modo de introducción: lo que de “kafkiano” tiene el proceso penal**
- 2. La reputación del encausado, la imparcialidad judicial y el monopolio jurisdiccional en materia penal desde la óptica de la presunción de inocencia**
 - 2.1. Una primera aproximación a la vertiente estética de la presunción de inocencia
 - 2.2. El triple fundamento de la vertiente estética de la presunción de inocencia
 - a. Evitar que el proceso anticipe la pena
 - b. Evitar la anticipación de la culpabilidad en el juicio: «¡Que pase el condenado!»
 - c. El monopolio jurisdiccional en la constitución de la culpabilidad
- 3. La regla de tratamiento estético del encausado**
 - 3.1. La vertiente estética de la presunción de inocencia en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
 - 3.2. La vertiente estética de la presunción de inocencia en la Directiva (UE) 2016/343
 - a. Artículo 4: referencias públicas a la culpabilidad del encausado
 - b. Artículo 5: las condiciones estéticas de presentación del acusado
 - 3.3. Propuesta de una definición del derecho en nuestro ordenamiento jurídico vigente
- 4. (Posible) tratamiento procesal de las infracciones a la regla de tratamiento estético**
 - 4.1. Las garantías *procesales* frente a las vulneraciones del derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento estético
 - 4.2. Impugnación de «infracciones individuales»
 - a. Rectificación de declaraciones orales o escritas que afirmen la culpabilidad del encausado
 - b. Impugnación de formas de presentar al encausado en las que no preceda una decisión formal al respecto
 - c. Impugnación de resoluciones judiciales interlocutorias que presupongan al encausado como culpable o tenga como efecto presentarlo como culpable
 - 4.3. El prejuicio de culpabilidad como causa de recusación
 - 4.4. Nulidad y retroacción de actuaciones como efecto pretendido de un motivo de impugnación de la sentencia condenatoria
- 5. A modo de conclusión: lo estético de la regla de tratamiento estético**
- 6. Bibliografía**

-

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

1. A modo de introducción: lo que de “kafkiano” tiene el proceso penal*

Se suele decir que la realidad supera la ficción; pues bien, en ocasiones, la ficción es capaz de dar cuenta de la realidad desvelando aristas y dimensiones que pasan desapercibidas incluso al ojo más atento. Esto es exactamente lo que sucede con las tribulaciones de Josef K. en *El proceso* de KAFKA cuando se trata de pensar acerca del proceso penal. Este autor probablemente no tenía ninguna intención de reflexionar sobre la administración de justicia de la primera República checoslovaca en su novela, ni pretendía redactar un libelo denunciando sus malas praxis; su ambición era mayor y las pesadillas que hace padecer a su protagonista estaban destinadas a hablar de la condición humana. No obstante, esta novela tiene la virtud de hablar del fenómeno de la acusación penal en su esencia. Aunque es sobradamente conocido, debe recordarse que este relato versa sobre la acusación y condena del protagonista por un hecho del que nunca se le informa. Josef K. clama por su inocencia y busca la asistencia y amparo de múltiples personajes para defenderse de una acusación cuyo contenido desconoce. He aquí lo interesante: sus peripecias no son la respuesta frente a una acusación infundada por un homicidio, una agresión sexual, un robo o cualquier otra declinación del Código Penal, sino frente a una acusación en su estado más puro, en su quintaesencia. A Josef K. se le imputa la comisión de un delito –no importa cuál– y su existencia queda sujeta a la potestad de las autoridades judiciales que conocen del proceso penal que se dirige contra él. Quisiera recordar tres episodios de la novela como forma de abrir la discusión sobre el tema que nos ocupa en este artículo.

El primer episodio es el del encuentro de Josef K. con su tío, quien pretende confirmar los rumores de que un proceso penal se dirige contra su sobrino:

«“Sí tío”, dijo K., “es verdad”. “¿Verdad?” exclamó el tío. “¿Cómo puede ser verdad? ¿Qué clase de proceso? ¿No será un proceso criminal?” “Un proceso criminal”, contestó K. “¿Y estás sentado aquí, tan tranquilo, teniendo un proceso criminal a cuestas?”, preguntó el tío levantando la voz. “Cuanto más tranquilo, mejor”, dijo K., “yo no temo nada”. “¡Esto no me puede tranquilizar a mí!”, exclamó el tío. “José, querido José, piensa en ti, en tu familia, en nuestro buen nombre. Hasta ahora eras un motivo de honra para nosotros, tú no puedes convertirte en nuestra vergüenza”. (...) “¿Es que quieres perder el proceso? ¿Sabes lo que esto significaría? Significaría que quedarías simplemente aniquilado, y que toda la parentela sería arrastrada detrás de ti o, al menos, humillada. Josef, domínate. Tu indiferencia me vuelve loco. Mirándote, uno casi daría fe al dicho de que tener semejante proceso encima es como tenerlo ya perdido”»¹.

Poco importa el contenido concreto de la acusación: el tío se encarga de recordarle al investigado que el deshonor y la humillación ya reposan sobre su espalda y se extienden por la de su familia. Incluso ahí donde la acusación puede versar sobre un hecho delictivo, pero éticamente aplaudible, una cierta marca de infamia recae sobre el acusado. Como ya sostuvo CARNELUTTI, «la afirmación del delito, en cualquier manera que se haga, con carácter definitivo o aun provisorio, se resuelve en la censura de quien lo ha cometido. Justamente el concepto de censura se presta a representar el valor penitencial del juicio penal»². Y es que «el simple hecho de señalar a una

* Pablo MUYO BUSSAC (pmuyo@ucm.es). Este artículo se enmarca dentro de los resultados del Grupo de Investigación UCM 940446 «Problemas actuales de la justicia y el proceso». Cabe precisar, además, que una parte de los resultados de esta investigación –relativos al análisis de las garantías adecuadas al artículo 4 de la Directiva 2016/343– fueron expuestos en una comunicación defendida en el IX Memorial Manuel Serra Domínguez «Hacia un derecho procesal europeo», celebrado en la Universidad de Valladolid los días 13 y 14 de noviembre de 2023.

¹ KAFKA, *El proceso*, 1984, pp. 94, 96.

² CARNELUTTI, *Lecciones sobre el proceso penal*, 2019, p. 111.

persona como sospechosa, genera automáticamente un recelo social ante ese individuo»⁵. Da igual el delito en concreto, el hecho mismo de ser el sujeto pasivo de un proceso penal comporta el riesgo de ser señalado como un criminal, con las connotaciones simbólicas que conlleva esta etiqueta en toda sociedad humana.

El segundo episodio no es tanto un acontecimiento como una idea que se prolonga a lo largo de toda la novela: aparece una y otra vez la idea de que cualquier esfuerzo defensivo es vano; desde el momento en el que el proceso se dirige contra K., su culpabilidad ya ha sido establecida. No se trata de que los ominosos tribunales corruptos de este universo literario estén libres de cometer errores, sino de que, por el contrario, el prejuicio de culpabilidad queda generado desde el momento en el que el proceso penal se dirige contra una persona. Lo propiamente *kafkiano* de este proceso es que no es un proceso sino un ritual de castigo cuya forma de terminar es cierta y previsible (la condena), sin perjuicio de la máxima inseguridad respecto del momento temporal en el que va a acontecer y la falsa ilusión en la que viven los acusados de que existe una cierta posibilidad de defenderse y de que se reconozca su inocencia. El juicio es la mera confirmación y reproducción del prejuicio: acusar es, por tanto, de alguna forma prejuzgar.

Por último, quiero reseñar el encuentro de nuestro protagonista con el huraño y destartado pintor y retratista de los tribunales en busca de un nuevo aliado para su inútil estrategia defensiva. Solicito ante las peticiones de ayuda, el pintor le pregunta a K. si desea la absolución real, la aparente o la dilación indefinida de su proceso. Pero el pintor le advierte: «he presenciado innumerables procesos en sus fases más interesantes y los he seguido hasta donde era posible, pero no he visto ni una absolución real»⁴. En cambio, sí resultaban posibles las absoluciones aparentes, aquellas en las que se declara la inocencia de la persona, pero que no impiden que los efectos de la acusación se desplieguen en otros ámbitos o que se pueda reabrir otra causa penal contra la misma persona por los mismos hechos.

Abandónese la “crítica” literaria y tráigase a colación los tres problemas anudados al fenómeno real de la imputación o la acusación que vislumbra la novela de KAFKA:

- (i) Toda acusación comporta un carácter aflitivo sobre la persona del encausado. Independientemente de que el hecho por el que se le acuse pueda ser una fuente de orgullo o una marca de estatus en círculos privados, toda acusación es un signo de deshonor, una marca de censura social respecto de esa persona, un elemento que le aliena del resto de la comunidad. Es un factor *penitencial*: el propio proceso adquiere *ya* desde sus inicios el carácter de una pena anticipada.
- (ii) Toda acusación supone el riesgo de que el destino del proceso esté escrito. Un prejuicio de culpabilidad y un riesgo de indefensión material se ciernen sobre la persona del encausado. ¿Cómo asegurar que los argumentos de defensa sean realmente escuchados, atendidos y puedan convencer a quien está llamado a determinar la culpabilidad o la inocencia del acusado? «Cuando el río suena, agua lleva», dice el refrán.
- (iii) Toda acusación implica la posibilidad de que, aun cuando se haya absuelto al acusado, toda una serie de efectos aflitivos o perjudiciales se desplieguen más allá del proceso. La marca indeleble del estigma de la acusación puede permanecer sobre la cabeza del declarado

⁵ NIEVA FENOLL, «La razón de ser de la presunción de inocencia», *InDret*, (1), 2016, p. 5.

⁴ KAFKA, *El proceso*, 1984, p. 140.

inocente⁵. Es decir, existe el riesgo de que la absolución no sea *real* en el sentido de acallar todos los efectos materiales o jurídicos derivados de haber sido sujeto pasivo de un proceso penal. Cualquiera que haya ejercido alguna profesión jurídica en o ante los tribunales sabe que la absolución de un acusado no significa necesariamente que el acusado sea *inocente* en el sentido popular del término. Esto, sin duda, puede condicionar el tratamiento que del acusado absuelto se haga en otras instituciones: a modo ejemplificativo, puede pensarse en la indemnización del preso provisional absuelto⁶, en el derecho de extranjería⁷, en el juicio social efectuado por otras autoridades⁸ o en la permanencia de inscripciones en los registros policiales⁹.

Estas tres clases de problemas son las que pretende afrontar, disciplinar y regular lo que denomino la presunción de inocencia como regla de tratamiento *estético* de quien es o ha sido sujeto pasivo de un proceso penal.

⁵ Para un estudio empírico sobre la pervivencia de estigmas y prejuicios sobre las personas injustamente condenadas, véase, CLOW/LEACH, «After innocence: Perceptions of individuals who have been wrongfully convicted», *Legal and Criminological Psychology*, (20), 2015, pp. 147-164. En dicho trabajo se referencian otros estudios empíricos en la misma línea. Quisiera destacar uno de los resultados alcanzados por esta investigación que apoyaría esta tesis sobre los efectos de la acusación en sí misma considerada –sin ser una prueba suficiente y con las prevenciones oportunas, pues el objeto de investigación no es exactamente ese: «*Participants may have assumed that wrongfully convicted persons engaged in previous criminal activity to make them suspects in the first place or, as one of the first author's colleagues once told her, "sure, they might be innocent of that crime but they probably committed other crimes that they got away with". Although some wrongfully convicted persons do have criminal records prior to their wrongful conviction, many have no previous interactions with the criminal justice system. Thus, the assumption that wrongfully convicted persons really are criminals is a false stereotype*» (p. 159).

⁶ A esta situación puso remedio nuestro Tribunal Constitucional (en adelante, TC) desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia que se explicará en este artículo en su STC (Pleno) 85/2019, de 19 de junio (BOE núm. 177, de 25 de julio de 2019).

⁷ Por ejemplo, el artículo 69.1.e) del RD 557/2011 (Reglamento de Extranjería) prevé que pueda denegarse la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena cuando «conste un informe policial desfavorable». Si este informe se basase en antecedentes policiales que no tuviesen un correlato en antecedentes penales, lo cierto es que estaríamos ante una aplicación problemática de esta norma. En este sentido, véase, LARRAURI PIJOAN, «Antecedentes penales y expulsión de personas inmigrantes», *InDret*, (2), 2016, pp. 6 ss. Nuestro ordenamiento prevé otra norma “problemática” a este respecto: el artículo 57.7 de la Ley Orgánica de Extranjería (en adelante LOEx): «7. a) Cuando el extranjero se encuentre procesado o imputado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la Ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, el Juez, previa audiencia del Ministerio Fiscal, la autorizará salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias que justifiquen su denegación. En el caso de que el extranjero se encuentre sujeto a varios procesos penales tramitados en diversos juzgados, y consten estos hechos acreditados en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa instará de todos ellos la autorización a que se refiere el párrafo anterior». Esta renuncia al ejercicio del *ius puniendi* para favorecer la ejecución de una resolución administrativa de expulsión presenta múltiples problemas. Ahora bien, uno de ellos es que pueda basarse en la idea de que la persona extranjera sea culpable del delito del que se le acuse “cualificando” la expulsión administrativa acordada, dándole la legitimidad de una decisión judicial. Sobre el artículo 57.7 LOEx, véase, GARCÍA ESPAÑA, «Extranjeros sospechosos, condenados y excondenados: un mosaico de exclusión», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (19-15), 2017.

⁸ La dimensión extraprocesal de la vertiente a la presunción de inocencia que se examina en este artículo sirvió de apoyo argumental para la condena a la exministra de Igualdad, Irene Montero, al pago de una indemnización por sugerir en unas declaraciones públicas que la expareja de María Sevilla era un maltratador, a pesar de los múltiples pronunciamientos judiciales en contra que se sucedieron a lo largo del tiempo. Véase, STS 910/2023, Civil, de 8 de junio (ECLI:ES:TS:2023:2529).

⁹ Cabe recordar que si para un hecho aparentemente delictivo hubo de intervenir el Cuerpo de Policía Nacional, la Guardia Civil u otro cuerpo de las Fuerzas y Seguridad del Estado a nivel autonómico o local, esa intervención queda registrada en el correspondiente registro de «antecedentes policiales», distinto del Registro Central de Penados, el Registro Central de Delincuentes Sexuales u otro registro en el que se anoten los *antecedentes penales*. La absolución del sospechoso o acusado no conlleva la supresión de oficio de las inscripciones en los correspondientes ficheros, sino que sólo se efectuará a instancia de parte, quedando el «estigma» de esa intervención y quedando plasmado en los correspondientes atestados efectuados posteriormente tras eventuales nuevas actuaciones policiales.

El objetivo de este trabajo consiste, en primer lugar, en realizar una exposición y análisis del contenido de este derecho y las correlativas obligaciones de los poderes públicos y, en segundo lugar, efectuar un estudio y propuesta de las posibles garantías que puedan articularse *dentro del proceso*. En la primera parte, comenzaré sacando a la luz el fundamento de esta vertiente estética para, a continuación, exponer la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) al respecto y la articulación del derecho por parte de la Directiva 2016/343 y, finalmente, ofrecer una exposición sintética y clara de cuáles son el contenido y los límites de este derecho y las correlativas obligaciones principales de los poderes públicos en nuestro ordenamiento vigente. Ello servirá de punto de anclaje necesario para el ejercicio que se realizará en la última parte dedicada a proponer diversas garantías procesales concretas. Huelga decir que para evitar lagunas de protección se deberían prever otra serie de garantías extraprocesales cuando la infracción del derecho sea imputable a poderes públicos distintos de las autoridades involucradas en la persecución de un delito que no pueden simplemente articularse procesalmente. No obstante, dejaré de lado esa cuestión debido a que los efectos *ad extra* de la vertiente estética de la presunción de inocencia están recibiendo más atención que los efectos intraprocesales, sobre los que me detendré.

2. La reputación del encausado, la imparcialidad judicial y el monopolio jurisdiccional en materia penal desde la óptica de la presunción de inocencia

2.1. Una primera aproximación a la vertiente estética de la presunción de inocencia

Esta vertiente del derecho a la presunción de inocencia ha sido largamente ignorada en nuestro país – afortunadamente la situación se ha modificado drásticamente – y es el producto, en primer lugar, de la acción pretoriana del TEDH y posteriormente de la actividad del legislador europeo con la entrada en vigor de la Directiva 2016/343, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio.

Esta vertiente estética de la presunción de inocencia se refiere al derecho de todo sujeto pasivo del proceso penal¹⁰ a que los poderes públicos (vinculados, o no, a la persecución del delito) se abstengan de hacerle aparecer a través de referencias públicas o resoluciones judiciales o de presentarle, en general, como culpable desde el momento en el que se le imputa materialmente

¹⁰ Debe advertirse que, por ejemplo, mientras que desde el estándar de protección garantizado por la Directiva 2016/343, el ámbito de protección se limitaría a las personas físicas que sean sospechosas o acusadas en procesos penales (artículo 2), una semejante limitación no sería aceptable en nuestro ordenamiento jurídico, debiendo extenderse también a las personas jurídicas. Como afirma GASCÓN INCHAUSTI, «si el legislador ha querido que a las personas jurídicas se les pueda exigir responsabilidad penal, entonces no tiene más remedio que asumir que serán sujetos pasivos de procesos penales que se beneficien de todas las garantías, pues de otro modo el resultado sería inconstitucional (...), incluida, de forma singular, la presunción de inocencia en su doble vertiente, como regla de tratamiento del imputado y como regla de enjuiciamiento», GASCÓN INCHAUSTI, *Proceso penal y persona jurídica*, 2012, p. 67. El considerando 14 de la Directiva especifica lo siguiente: «En el estado actual de desarrollo del Derecho nacional y de la jurisprudencia tanto nacional como de la Unión, resulta prematuro legislar a escala de la Unión en materia de presunción de inocencia de las personas jurídicas. Por consiguiente, la presente Directiva no debe aplicarse a las personas jurídicas. Ello se entiende sin perjuicio de la aplicación de la presunción de inocencia a las personas jurídicas, tal como se establece, en particular, en el CEDH y la interpretan el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia».

la comisión de un hecho delictivo¹¹ mientras no recaiga una sentencia condenatoria firme¹², ya sea ante el público, en el proceso o como presupuesto para la adopción de una decisión dentro o fuera del proceso. Parte de los efectos de esta vertiente del derecho a la presunción de inocencia es lo que la doctrina ha llamado regla de tratamiento extraprocesal o efectos *ad extra* de la presunción de inocencia¹³. Esta caracterización me parece insuficiente y parcial, pues opaca todos los importantes efectos intraprocesales que proyecta esta vertiente estética.

Lo realmente interesante de esta vertiente, como trataré de argumentar, es que obliga a vislumbrar desde su óptica tres problemas fronterizos que no son más que el reflejo de las tres dimensiones *kafkianas* del proceso penal: a saber, la afectación de la reputación del encausado no deberá examinarse (sólo) desde la óptica del derecho al honor (18.1 CE) o el derecho a la vida privada y familiar (8 CEDH y 7 CDFUE), sino, sobre todo, desde la más genérica prohibición de anticipación de la pena; la problemática de los sesgos, los prejuicios o las tomas de posición previas de los órganos jurisdiccionales no deberá afrontarse (sólo) desde el derecho a un juez imparcial y el derecho a un proceso con todas las garantías (24.2 CE; 6.1 CEDH), sino desde la perspectiva del respeto a las exigencias de la presunción de inocencia como regla probatoria y de juicio que disciplinan los condicionantes de una sentencia condenatoria constitucionalmente legítima; por último, el monopolio jurisdiccional en materia penal (arts. 1 LECrim y 3 CP) queda reinterpretado a la luz de la presunción de inocencia: no sólo no se impondrá pena alguna salvo al amparo de una sentencia condenatoria firme, sino que sólo el juez ordinario predeterminado por la ley con competencia para conocer el asunto podrá constituir la culpabilidad de un encausado en una sentencia firme de forma exclusiva y excluyente al resto de poderes públicos. Sólo cuando ese órgano haya establecido su culpabilidad en una sentencia firme, el resto de los poderes públicos podrán mostrar al culpable como tal o tomar decisiones con base en ese estatus. Analizar estas tres cuestiones desde la perspectiva de la presunción de inocencia no es baladí, pues como ya advirtió Vittorio GREVI hace medio siglo, este derecho exige coordinar el tratamiento legislativo y judicial del imputado «*sub specie libertatis*», es decir, bajo el aspecto del hombre libre¹⁴.

Dado el origen supranacional de estas reglas -que analizaré posteriormente- esta vertiente debe inscribirse con coherencia dentro de nuestra concepción de la presunción de inocencia. Sin duda, la noción genérica de presunción de inocencia manejada por el TEDH y en la Directiva 2016/343 es propia de la tradición jurídica del *common law* que centra el núcleo de este derecho en la distribución de la carga de la prueba y el principio *in dubio pro reo*¹⁵. Difícilmente puede

¹¹ Podemos definir el concepto de imputación material como la situación por la que «de las actuaciones llevadas a cabo se puede deducir con claridad que el proceso se está dirigiendo, de hecho, contra una persona», sin necesidad de que haya una imputación formal a través de una resolución del tipo que fuere. GASCÓN INCHAUSTI, *Derecho Procesal Penal. Materiales para el estudio*, 5ª ed., 2023, p. 105.

¹² Nuevamente, como tendremos ocasión de desarrollar más profusamente, debe advertirse un desnivel entre el estándar del legislador comunitario y la doctrina del TEDH en el ámbito temporal y los efectos que desplegaría este derecho: mientras que el artículo 2 de la Directiva limita el ámbito temporal hasta el momento en el que «adquiera firmeza la resolución final sobre si la persona ha cometido o no la infracción penal en cuestión», en la doctrina del TEDH la presunción de inocencia sigue desplegando sus efectos sin límite temporal en caso de que se haya dictado una sentencia absolutoria (o una resolución con efectos equivalentes, podríamos añadir).

¹³ Véase, por ejemplo, DE HOYOS SANCHO, *Efectos ad extra del derecho a la presunción de inocencia*, 2020.

¹⁴ GREVI, «Libertà personale dell'imputato (1974)», en EL MISMO, *Scritti sul processo penale e sull'ordinamento penitenziario*, v. I, t. I, 2011, p. 491.

¹⁵ En opinión de Jaime VEGAS el sentido del derecho a la presunción de inocencia otorgado por los textos internacionales vigentes proviene principalmente de la cultura jurídica anglosajona «en la que la presunción de inocencia constituye un principio fundamental del sistema probatorio, que determina que la carga de la prueba de la culpabilidad pesa siempre sobre la parte acusadora. Presunción de inocencia y prueba de la culpabilidad a

encontrarse reflejada meridianamente en esas fuentes normativas la concepción continental-revolucionaria de la presunción de inocencia tal y como quedó plasmada en el artículo 9 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, más centrada en disciplinar el uso de la privación de libertad precondena o, en general, los efectos afflictivos producidos por la represión penal anteriores al momento de la sentencia condenatoria firme. No obstante, esta dimensión sí ha sido reconocida en nuestra tradición –no sin ciertas limitaciones o infradesarrollos¹⁶.

En todo caso, puede afirmarse que el núcleo de la presunción de inocencia consiste en que el encausado no se encuentre sujeto a los efectos jurídicos y materiales propios de las penas legalmente previstas hasta que no recaiga una sentencia firme que declare su culpabilidad reuniendo las garantías asociadas a la presunción de inocencia como regla probatoria y de juicio o las asociadas al dictado de una sentencia de conformidad. De alguna forma, la semilla de la vertiente estética de la presunción de inocencia ya se encontraba plantada en el concepto de presunción de inocencia que manejaba nuestro Tribunal Constitucional (en adelante, TC) desde sus orígenes. Así definió este derecho fundamental en 1986: «el derecho a recibir la consideración y trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos y determina por ende el derecho a que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza en las relaciones jurídicas de todo tipo»¹⁷.

Esta idea, bien considerada, puede dividirse analíticamente en dos: por un lado, el derecho a la presunción de inocencia protege al sujeto pasivo de la imposición de una pena anticipada (el valor protegido sería, en un sentido amplio, el valor de *libertad*); por otro, el derecho a la presunción de inocencia impone un procedimiento para determinar la culpabilidad (el valor protegido sería el de *verdad* o, más bien, el de *justicia*, en la medida en que la justicia de una decisión judicial se apoya en su capacidad de dar cuenta de la realidad de los hechos acaecidos)¹⁸, según el cual sólo podrá condenarse a alguien si existe una mínima actividad probatoria en el juicio oral, que ésta se haya practicado y obtenido con todas las garantías, resulte objetiva y suficientemente incriminatoria respecto de todos los elementos constitutivos del delito y sea

cargo de la acusación son, pues, conceptos equivalentes en los sistemas jurídicos del área del *common law*». VEGAS TORRES, *La presunción de inocencia del art. 24.2 de la Constitución en el proceso penal español*, 1992, p. 37.

¹⁶ Recordemos que el artículo 9 de la DUDHC afirmaba que «*Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi*». La inclusión de este artículo fue obra del abogado DUPORT que, un año después, en su tratado sobre los principios fundamentales de policía y justicia, al comentar la idea de presunción de inocencia insistía en que este derecho estaba destinado a proteger al encausado de ser custodiado en «prisiones malsanas o demasiado incómodas». DUPORT, *Principes fondamentaux de la police et de la justice. Présentés au nom du Comité de Constitution*, 1790, p. 11. Esto entra en contraste directo con la doctrina del TEDH que sostiene que la presunción de inocencia no regula de ninguna manera el régimen penitenciario de la prisión provisional. Así en la clásica sentencia del asunto *Peers c. Grecia* (28524/95), de 19 de abril de 2001, § 76-78, el tribunal consideró que no había violación de la presunción de inocencia por situar al demandante en un régimen penitenciario equivalente al de los penados. No obstante, lo cierto es que alcanzar una conclusión semejante sobre nuestro ordenamiento jurídico nacional no es posible a tenor del artículo 5 de nuestra Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, cuyo tenor literal es: «El régimen de prisión preventiva tiene por objeto retener al interno a disposición de la autoridad judicial. El principio de la presunción de inocencia presidirá el régimen penitenciario de los preventivos». En todo caso, al respecto de esta tradición de la presunción de inocencia puede verse también D'HAILLECOURT, «Article 9», en CONAC/DEBENE/TEBOUL (dirs.), *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, 1993; GUILHERMONT, «Qu'appelle-t-on "Présomption d'innocence"», *Archives de politique criminelle*, (1-29), 2007; ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, 1979; ASENCIO MELLADO, *La prisión provisional*, 1987, pp. 134 ss.; ANDRÉS IBÁÑEZ, «Presunción de inocencia y prisión sin condena», en EL MISMO (dir.), *Detención y prisión provisional*, 1996, p. 25, entre tantos otros textos.

¹⁷ STC (Sala Primera) 109/1986, de 24 de septiembre (BOE núm. 253, de 22 de octubre de 1986).

¹⁸ FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, 10ª ed., 2011, pp. 549-550.

valorada conforme a las reglas de la razón y la experiencia, fijándose la culpabilidad más allá de toda duda razonable y recayendo la carga de la prueba en las acusaciones¹⁹. El hilo que uniría ambas dimensiones es lo que SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES expresó de la siguiente forma: «no hay culpabilidad allende al proceso. (...) La presunción de inocencia (...) significa que el resultado del proceso, condena o absolución, se encuentra abierto hasta que sea dictada la sentencia, porque, de otro modo, no estaríamos ante un proceso, sino ante un mero ritual»²⁰. La vertiente estética del derecho a la presunción de inocencia encuentra su lugar en ese intersticio entre *verdad y libertad*, es decir, en el carácter abierto e indeterminado del resultado del proceso y disciplina el trato que debe darse dentro y fuera del proceso por parte de los poderes públicos en general a quien es sospechoso o acusado de ser responsable de un delito. En consecuencia, esta vertiente estética pretende tres cosas, íntimamente ligadas entre sí, pero analíticamente diferenciables:

(i) Proteger al encausado de que el mero hecho de encontrarse sujeto a un proceso penal sea una forma de medida penitencial o una especie de *poena naturalis*²¹; el proceso ni puede anticipar una

¹⁹ VEGAS TORRES, *La presunción de inocencia del art. 24.2 de la Constitución en el proceso penal español*, 1992, p. 285; GASCÓN INCHAUSTI, *Derecho Procesal Penal*, 5ª ed., 2023, pp. 251 ss. Véase también, VÁZQUEZ SOTELO, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*, 1984; MIRANDA ESTRAMPES, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, 1997.

²⁰ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, 2012, pp. 35-36. En la misma línea, véase STUCKENBERG, «Who is Presumed Innocent of What by Whom?», *Criminal Law and Philosophy*, (8), 2014, p. 312: «The original task of the presumption of innocence is to maintain the openness of the outcome, which is constitutive of a procedure».

²¹ La utilización del concepto de *poena naturalis* en este contexto puede ser problemática: no pretendemos comprometernos con él, sino más bien utilizarlo de forma expresiva y sugerente de lo que hay en juego. No obstante, que el propio proceso pueda desplegar esta clase de efectos es algo que ha sido reconocido por el Tribunal Supremo como fundamento de la atenuante de dilaciones indebidas, no sin fuertes y sólidas críticas doctrinales. Por ejemplo en la STS 288/2016, Penal, de 7 de abril (ECLI:ES:TS:2016:1439), citando a su vez la STS 1387/2004, de 27 de diciembre, se expone que una excesiva duración del proceso constituye «un sufrimiento innecesario e injustificado» para el acusado y que, «en un derecho penal de la culpabilidad como en el sistema vigente –art. 10 del Código Penal–, como recuerda la STC 150/91, el cumplimiento de la pena extingue completamente la culpabilidad, por ello, se estima que (...) es razonable compensar con una reducción de la pena la parte de culpabilidad ya “pagada” por la excesiva duración del proceso». Al abordar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, nuestro TC también ha apuntado a la idea de *poena naturalis*. Por ejemplo, en la STC (Sala Segunda) 153/2005, de 6 de julio (BOE núm. 162, de 8 de julio de 2005) afirma lo siguiente: «Este Tribunal, en coincidencia con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sintetizada en sus SSTEDH de 23 de septiembre de 1997, caso Robins, y de 21 de abril de 1988, caso Estima Jorge), tiene declarado que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es invocable en toda clase de procesos, si bien en el penal, en el que las dilaciones indebidas puedan constituir una suerte de *poena naturalis*, debe incrementarse el celo del juzgador a la hora de evitar su consumación (SSTC 109/1997, de 2 de junio, FJ 2, 78/1998, de 31 de marzo, FJ 3, y 177/2004, de 18 de octubre, FJ 2). En el proceso penal estas demoras tienen mayor incidencia que en otros órdenes jurisdiccionales, pues en él están en cuestión valores o derechos que reclaman tratamientos preferentes, entre ellos el derecho a la libertad personal». Si los hechos dañosos posteriores a la comisión del hecho delictivo independientes de la voluntad del autor o partícipe en el delito deben ser subsumidos bajo la categoría de pena natural es algo que a los efectos de este trabajo resulta irrelevante. Lo importante es que la jurisprudencia y el legislador han identificado una dimensión penitencial en el mero hecho de encontrarse encausado por un tiempo excesivamente largo, de tal forma que la compensación del daño por la vulneración del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas no puede verse reparado procesalmente (mediante, por ejemplo, una nulidad de actuaciones), ni –solamente– por vía indemnizatoria por responsabilidad de la administración de justicia, sino, sobre todo, por medio de una atenuación de la pena, por haber «pagado» o expiado parte de la pena que, de no haberse producido el hecho dañoso, habría tenido que cumplir. Este es un hecho sorprendente puesto que, por ejemplo, cuando se vulnera un derecho fundamental sustantivo del encausado en la obtención de fuentes de prueba de cargo, a nadie se le ocurre plantear la posibilidad de tipificar una atenuante por ese motivo, sino que la respuesta adecuada (además de las posibles responsabilidades penales, disciplinarias o patrimoniales) es la exclusión de esa fuente de prueba del proceso. Tampoco sucede esa atenuación de la responsabilidad penal por el sacrificio especial de la libertad personal que constituye la prisión provisional: en caso de que se acabe condenando al preso preventivo, no se disminuye su pena, sino que se compensan los días en los que se ha encontrado privado de libertad en la liquidación de su condena. De esta forma, una atenuación de este tipo supone

pena, ni ser una pena en sí mismo²²: el hecho de ser sospechoso o acusado no puede convertirse en un factor humillante que menoscabe la dignidad de la que todo hombre libre es acreedor, convirtiendo al proceso en un ritual de castigo en vez de en la sucesión ordenada de actos destinados a una correcta cognición de los hechos en aras de aplicar las consecuencias jurídicas previstas en las leyes.

(ii) Asegurar que el tribunal forme y exprese su juicio de acuerdo con los procedimientos legalmente previstos al efecto y de acuerdo con la razón, no en un momento anterior mediante una toma de posición previa que cierre el posible resultado del juicio: es decir, proteger al encausado de una anticipación de la culpabilidad en el juicio²³.

(iii) Garantizar al encausado que su culpabilidad sólo será establecida en el proceso y no fuera de él, de forma que mientras no lo sea, ningún otro poder público pueda deducir consecuencias propias de ella en todo tipo de relación jurídica y que, en caso de absolución firme, dicha absolución sea *real* y no meramente aparente²⁴.

2.2. El triple fundamento de la vertiente estética de la presunción de inocencia

Antes de entrar en la concreta configuración de este derecho por parte de la doctrina del TEDH o por la Directiva 2016/343, así como los contornos que presentaría a su amparo en nuestro ordenamiento jurídico vigente, es necesario profundizar en este triple fundamento que acabamos de señalar: si no se profundizase en él, la labor de establecer las adecuadas garantías preventivas o reactivas del derecho no tendría el sostén adecuado. Debe insistirse en que el hilo común entre los tres fundamentos se resume en que el proceso sigue abierto y su resultado se encuentra indeterminado y éste es un valor que pretende proteger la presunción de inocencia en todas sus vertientes y dimensiones.

a. Evitar que el proceso anticipe la pena

En un momento histórico de expansión del derecho administrativo sancionador, con sanciones cada vez más imponentes –p. ej. la sanción máxima por una infracción muy grave prevista en la

reconocer que el propio proceso, que es el instrumento para determinar si procede la imposición de una pena o no, es una sucesión de actos que, en sí mismos considerados, produce antes de tiempo una expiación penitencial. Para una aproximación doctrinal al concepto de *poena naturalis*, véanse BACIGALUPO ZAPATER, «Principio de culpabilidad, carácter del autor y *poena naturalis* en el derecho penal actual», en OUVIÑA, *Teorías actuales en el derecho penal, 75º aniversario del Código Penal*, 1998; SERRANO, «La discusión en torno al estatus jurídico conceptual o naturaleza jurídica de la pena natural (*poena naturalis*)», *Cadernos de Derecho Actual*, (16), 2021; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, *La atenuante analógica de dilaciones indebidas*, 2007, pp. 198 ss.; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, «La *poena naturalis* en el Derecho penal vigente», en GARCÍA VALDÉS *et al.*, *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, 2008, pp. 1121 ss.; MAPPELI CAFFARENA, «Pena natural -*poena naturalis*- o daños colaterales en la realización de una infracción penal», en SILVA SÁNCHEZ *et al.* (coords.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, 2017, pp. 1003 ss.

²² STUCKENBERG, *Criminal Law and Philosophy*, (8), 2014, p. 313: «The main consequence of this understanding of the presumption of innocence is the forbidden anticipation of punishment before the procedure has come to the determined end. Hence, it is forbidden to conceive the procedure itself as a form of punishment (...) and to tolerate procedural restraints, which can only be explained as serving punitive purposes».

²³ STUCKENBERG, *Criminal Law and Philosophy*, (8), 2014, p. 313: «The presumption of innocence would also guard the procedure against any threats to the openness or impartiality of the fact-finding, whether from the outside (excessive media coverage/careless police press releases) or from institutional arrangements (defendant appears in court-shackled and in prison garb, etc.)».

²⁴ Nuevamente, coincidimos con STUCKENBERG: «If the presumption of innocence protects a given procedure, it also protects the distribution of competences to decide on criminal guilt». STUCKENBERG, *Criminal Law and Philosophy*, (8), 2014, p. 313.

LO 4/2015 de Seguridad Ciudadana puede alcanzar los 600.000€–, cabe preguntarse cuál es el elemento diferenciador material y no meramente formal entre este sector de nuestro ordenamiento jurídico y el derecho penal. La respuesta habitual suele ser, sin duda, el tipo de consecuencia jurídica asociada a las infracciones penales que, normalmente, suelen ser más onerosas para el infractor porque pueden implicar la privación de su libertad personal, consecuencia vetada constitucionalmente al derecho administrativo sancionador al amparo del artículo 25.3 CE. No obstante, este criterio queda en entredicho por las importantísimas sanciones pecuniarias o de otra naturaleza que pueden llegar a imponerse por parte de la Administración. En última instancia, el criterio diferenciador fundamental es de naturaleza simbólico-social: el derecho penal describe las conductas máximamente ilícitas²⁵, aquellas que merecen un mayor reproche. Piénsese en una situación cotidiana, una comida entre amigos o con familiares, en el que uno de los comensales se queja de que ha sido multado –administrativamente, entiéndase– por dar positivo en alcohol mientras conducía su vehículo. Probablemente se sentirá desinhibido a la hora de narrarlo, se permitirá incluso quejarse y podrá sentir el apoyo del resto de comensales. ¿Qué hubiese sucedido si por haber bebido una copa de más, la tasa de alcohol hubiese superado el umbral del artículo 379.2 CP? ¿Esa misma persona narraría que se encuentra sujeto a un proceso penal por la posible comisión de un hecho delictivo con la misma naturalidad? ¿No es más probable que cierto halo de vergüenza pese sobre su cabeza y el reproche del resto de personas sea más grande? Dos infracciones cualitativamente muy similares dan origen a dos reacciones sociales diferenciadas: en el primer episodio el conjunto de la sociedad lo sigue observando como un conciudadano, en el segundo como un delincuente. La atribución simbólico-social de la condición de delincuente a una persona la separa y aliena del resto de la sociedad, consecuencia que no se obtiene mediante la aplicación del derecho administrativo sancionador.

Este efecto se produce desde el momento mismo en el que el proceso penal se dirige contra una persona, a pesar de que no exista certidumbre de ningún tipo acerca de si resultará condenado o no. De acuerdo con CARNELUTTI, «la pena principia con el aflorar de la sospecha contra una persona en el ánimo de un oficial o de un agente de la policía judicial y se realiza (...) a través de la instrucción, el debate y la expiación»²⁶, es decir, «no hay acto del juicio que no ocasione un sufrimiento a quien es juzgado»²⁷. Ello se produce, en su opinión, porque una de las dimensiones *penitenciales* de la pena, entre otras, sería la humillación del condenado, humillación que comenzaría desde el momento mismo de la imputación. ¿Qué entendía por humillación? Una humillación, que asocia a la idea de humildad como contrapuesta a la idea de soberbia, es la «reducción del soberbio a la humildad, esto es, el efecto de alguna cosa por la cual él se siente reducido a menos de aquello que se había creído»²⁸. Pero CARNELUTTI identificaba varias formas de humillación diferenciadas en cuanto a su intensidad u objeto y todas ellas reconducibles, en última instancia, a la estima social y propia, en definitiva, a la reputación del reo, destinadas a hacerle sentir «*el desprecio de lo que él ha apreciado*, habiendo despreciado a los otros y apreciado a sí mismo»²⁹: las medidas destinadas a (i) hacerle perder un *status dignitatis* (pérdida de honores, cargos electivos, empleos públicos o, incluso, derechos de participación política), (ii) a constituir un *status indignitatis* (p.e., la inscripción de una condena en un registro de antecedentes penales) y (iii) las medidas de censura social del comportamiento imputado³⁰. Es en la censura social en la

²⁵ DE LA OLIVA SANTOS *et al.*, *Derecho Procesal Penal*, 6ª ed., 2003, p. 30.

²⁶ CARNELUTTI, *Lecciones sobre el proceso penal*, 2019, p. 72.

²⁷ CARNELUTTI, *Lecciones sobre el proceso penal*, 2019, p. 73.

²⁸ CARNELUTTI, *Lecciones sobre el proceso penal*, 2019, p. 109.

²⁹ CARNELUTTI, *Lecciones sobre el proceso penal*, 2019, p. 110.

³⁰ CARNELUTTI, *Lecciones sobre el proceso penal*, 2019, pp. 110-112.

que CARNELUTTI identifica al proceso como pena: «la verdad es que la afirmación del delito, en cualquier manera que se haga, con carácter definitivo o aun provisorio, se resuelve en la censura de quien lo ha cometido. Justamente el concepto de censura se presta a representar el valor penitencial del juicio penal»³¹.

En este sentido, es útil reseñar las muy ilustrativas palabras sobre su paso por el sistema de justicia penal y los efectos sociales producidos por su imputación de Anónimo García, artista satírico, condenado por un delito contra la integridad moral por la creación junto con el grupo Homo Velamine de una página web anunciando un falso tour recorriendo el trayecto efectuado por los condenados en el caso de la Manada destinada a denunciar el tratamiento mediático del suceso:

«En primer lugar, está el rechazo de muchas personas, cercanas y no. Mucha gente con la que guardaba una relación estrecha y cariñosa me empezó a considerar un ser abominable. (...) También está la amenaza constante de que se difunda tu nombre y foto por los medios de comunicación, que asociarían a toda clase de podredumbre. (...) Junto a ello también está el sentimiento de culpa. ¿Qué he hecho tan grave para que el sistema me quiera recluir? Que te acusen de ir en contra de las normas sociales es el castigo más duro, porque supone expulsarte del grupo y arrebatarte toda sensación de pertenencia y arraigo. Ojo a esto que se dice fácil pero se siente difícil»³².

El derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento estético está, por tanto, destinado a garantizar que los efectos penitenciales inherentes al proceso sean los menores posibles. Se trata de asegurarse de que, ante la mirada ajena, la culpabilidad de un sujeto no sea percibida como cierta antes de tiempo, que el proceso sigue abierto y su resultado indeterminado. Debe protegerse la apariencia del encausado ante los ojos de la sociedad no para preservar su honor, sino para preservarle del sufrimiento producido por el sentimiento de humillación y vergüenza generado por el reproche social por la comisión de un hecho delictivo. Se trata, en suma, de, por una parte, no amplificar la «noticia» de la imputación o acusación, para que el círculo de personas que puedan verle como una persona alienada de la comunidad sea lo menor posible y, por otra parte, de no censurar anticipadamente comportamientos que no han sido debidamente probados en juicio dado el elemento *humillante* que contiene que una autoridad te señale como un delincuente.

Esto conlleva naturalmente que se aborde, por un lado, la relación de las autoridades implicadas en la persecución en el delito con los medios de comunicación -máxime en una sociedad hiperconectada por las redes sociales y los medios de comunicación gracias a internet- y, por otro, el lenguaje empleado y las decisiones de cómo debe mostrarse al acusado en público y en el proceso que empleen y adopten las autoridades competentes para ello.

b. *Evitar la anticipación de la culpabilidad en el juicio: «¡Que pase el condenado!»*

El que fuera teniente fiscal, Pedro MARTÍNEZ, recordaba en una tribuna en el diario *El País* de 15 de agosto de 2006 que, en su primer destino en 1982, el presidente del tribunal «se dirigía al ujier con esa frase: “¡Que pase el condenado!”», para indicar que se iniciaba la audiencia y el acusado

³¹ CARNELUTTI, *Lecciones sobre el proceso penal*, 2019, p. 111.

³² Puede leerse el testimonio entero en el *post* de Anónimo García titulado «¿Cómo es pasar por un proceso penal?», publicado el 1 de marzo de 2021 en el perfil de Homo Velamine de la red social *Ko-fi*. Disponible en línea en el siguiente enlace: <https://ko-fi.com/post/Como-es-pasar-por-un-proceso-penal-Z8Z33SXJX>

debía presentarse ante el tribunal»³³ a fin de que se celebrase el juicio en el que, paradójicamente, debía dirimirse si era inocente o culpable. Quizás los modos en los que se exprese esta idea sean menos obscenos y mucho menos frecuentes hoy en día en nuestros juzgados y tribunales, pero el modelo *kafkiano* del «¡que pase el condenado!» es un riesgo latente en todo sistema de represión del delito. Su antítesis es un proceso vertebrado por la vertiente de la presunción de inocencia que estamos analizando.

TARUFFO señalaba que una de las dimensiones de las decisiones judiciales era la *dialéctica-diacrónica*. Esto quiere decir que «la decisión judicial no proviene de *uno actu* al final del proceso, sino que es el resultado final de un procedimiento largo a través del cual se formulan y adquieren las premisas que determinarán la decisión» a través de «una secuencia de argumentos provenientes de varios temas con diversas finalidades», siguiendo «un esquema dialéctico que determina la estructura misma del procedimiento»³⁴. Este dinamismo dialéctico que transcurre a lo largo del tiempo ya había sido puesto de manifiesto con gran acierto por GOLDSCHMIDT en su teoría del proceso como situación jurídica, según la cual las normas procesales operan como «medidas del juez y resultan que tienen el carácter de promesas o amenazas de una conducta determinada del juez, en último término de una sentencia de contenido determinado». Así:

«Los lazos jurídicos de los individuos que se constituyen correspondientemente son *expectativas* de una sentencia favorable o *perspectivas* de una sentencia desfavorable. Pero a la sentencia precede el proceso, y puesto que es una lucha por el derecho, las expectativas de una sentencia *favorable* dependen *generalmente* de un acto procesal anterior de la parte interesada, el cual tiene éxito. Al contrario, las perspectivas de una sentencia *desfavorable* dependen *siempre* de la omisión de tal acto procesal de la parte interesada. Ahora bien, la parte que se encuentra en la situación de proporcionarse por un acto una ventaja procesal tiene una *posibilidad* u *ocasión* u *oportunidad* procesal. Al contrario, cuando la parte tiene que practicar un acto para prevenir a una desventaja procesal, le incumbe una *carga* procesal»³⁵.

Ahora bien, en un proceso penal en el que rija con mayor fuerza el principio acusatorio, el *nemo tenetur se ipsum accusare* y en el que la presunción de inocencia distribuya la carga formal y material de la prueba sobre los hechos constitutivos de la responsabilidad criminal, puede afirmarse que, desde la perspectiva *goldschmidtiana*, la defensa (i) no debe levantar ninguna carga³⁶, sino que lo que tiene son exclusivamente oportunidades procesales para influenciar al órgano jurisdiccional a fin de que la sentencia le sea favorable, y (ii), *a priori*, tiene la *expectativa* de una sentencia favorable aun cuando desaprovechase todas las oportunidades u ocasiones procesales para defender su posición, siempre y cuando no observe que la o las acusaciones hiciesen un uso provechoso de las suyas y levantasen todas las cargas procesales que le imponga la ley procesal –a diferencia de un proceso *kafkiano* en el que el acusado tiene, de entrada, *perspectivas* de una sentencia desfavorable.

La perspectiva de la condena que pueda generarse intersubjetivamente en esta dimensión diacrónica del proceso sólo puede constituirse por la calidad y contundencia de la actuación de

³³ Puede leerse la tribuna entera en el siguiente enlace: https://elpais.com/diario/2006/08/15/madrid/1155641064_850215.html

³⁴ TARUFFO, «Sobre la complejidad de la decisión judicial», *Precedente*, (1), 2012, p. 186.

³⁵ GOLDSCHMIDT, *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. Conferencias dadas en la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y enero, febrero y marzo de 1935*, 2016, p. 49.

³⁶ Evidentemente, existen múltiples cargas de la defensa a lo largo del procedimiento, incluso que pueden afectar a la sentencia: por ejemplo, ésta tiene la carga de recurrir en apelación la sentencia condenatoria si no quiere que devenga firme y quiere obtener su revocación o nulidad.

la acusación, pero nunca por una anticipación de la opinión del órgano jurisdiccional: la decisión final adoptada en sentencia (o en el auto de procesamiento o de transformación o de apertura de juicio oral o equivalentes, en función de la fase procesal en la que nos encontremos) se construye en la conciencia del juez en una sucesiva serie de actuaciones que transcurren a lo largo del tiempo. Pero, y he aquí lo que me interesa, en definitiva, esa decisión no puede manifestarse más que en sentencia y no en un momento anticipado a lo largo del proceso. En caso contrario, lo que se establece es un prejuicio de culpabilidad contra el acusado.

Dicho lo cual es importante señalar cómo *no* interpretar este fundamento de la vertiente del derecho a la presunción de inocencia o qué perspectiva *no* debe abordarse en la ideación de los instrumentos concretos para garantizar el derecho. No debe olvidarse que el presupuesto material de todo proceso penal es la pervivencia de la apariencia de la comisión de un hecho delictivo atribuible a un determinado sujeto (persona física o jurídica) que exija la actuación de los poderes públicos involucrados en la persecución y represión penal³⁷. Este es el equivalente, con las salvedades oportunas, del concepto de *interés* en el resto de los órdenes jurisdiccionales³⁸. Analíticamente pueden dividirse las causas de desaparición del presupuesto material del proceso penal en función de dos ejes: hecho/sujeto y cuestión fáctica/cuestión jurídica. Por ejemplo, la muerte del sujeto pasivo del proceso penal determina el archivo inmediato de las actuaciones respecto de su persona, pues su responsabilidad criminal quedaría extinguida: se trata de una circunstancia subjetiva y jurídica que afecta al presupuesto material del proceso. Otro supuesto: si al finalizar la fase de instrucción no se han reunido suficientes elementos probatorios para sostener la acusación frente a alguien, procederá el sobreseimiento provisional respecto de esa persona, aun cuando el hecho en sí considerado pueda ser demostrado y revista la apariencia de un hecho delictivo. En los ordenamientos procesales en los que rija con mayor o menor fuerza el principio de oportunidad, otro criterio más a valorar será el interés social en la persecución del delito³⁹.

Ahora bien, la presunción de inocencia como regla de tratamiento estético sólo opera desde el momento en el que el proceso se dirige contra alguien, imputándole la comisión de un hecho delictivo. Pero, y aun cuando parezca contraintuitivo en este momento del argumento, un

³⁷ GASCÓN INCHAUSTI, *Derecho procesal penal*, 5ª ed., 2023, p. 27; DE LA OLIVA SANTOS *et al.*, *Derecho Procesal Penal*, 6ª ed., 2003, p. 190.

³⁸ GASCÓN INCHAUSTI define la noción de interés como sigue: «El interés, por ello no debe confundirse con el fondo del asunto en sí, sino con la afirmación –y en su caso, demostración– de que el fondo del asunto es «litigioso», «controvertido» y, por ende, debe ser resuelto por los órganos jurisdiccionales. (...) Así entendido, el concepto de interés es la respuesta a la pregunta de por qué es necesaria la tutela judicial que pide el actor frente al demandado. Éste es, a nuestro juicio, la verdadera función del interés como condición de la acción: evitar tutelas innecesarias». GASCÓN INCHAUSTI, *La terminación anticipada del proceso por desaparición sobrevenida del interés*, 2003, p. 28. En materia penal, el presupuesto material del proceso, que expresa la existencia de un interés estatal de persecución del delito, no es estrictamente un presupuesto de la acción, puesto que el titular del *ius puniendi* no es ninguna de las partes acusadoras. En todo caso, expresa la misma idea de que la actividad jurisdiccional sólo se justifica si es necesaria para la consecución de los fines del derecho penal y la represión del delito. La cercanía entre ambos conceptos se hace más patente si cabe en los ordenamientos procesales en los que rige con mayor fuerza el principio de oportunidad frente al de legalidad. Mientras que los modelos inspirados fuertemente por el principio de legalidad se apoyan en una concepción retributiva del derecho penal que exige siempre la actuación de los poderes públicos ante todo hecho delictivo, en aquellos que sean permeables al principio de oportunidad las consideraciones sobre la necesidad social y la conveniencia de la pena en el caso concreto –dando prioridad a la función preventivo-general y preventivo-especial de la pena– muestran que, incluso en materia penal, pueden existir tutelas innecesarias aun cuando exista un hecho con apariencia delictiva imputable a un sujeto determinado. A este respecto, véase, ROXIN, *Derecho Procesal Penal*, 2000, p. 89 ss.

³⁹ A este respecto puede leerse una interesantísima exposición que se realiza sobre el ejercicio del derecho de acusar en el contexto británico en DAMIÁN MORENO, *La decisión de acusar. Un estudio a la luz del sistema acusatorio inglés*, 2014.

proceso penal informado y vertebrado por el derecho a la presunción de inocencia es uno que no puede admitir que se investigue o acuse a alguien sin que el fundamento de la imputación supere un umbral de probabilidad lógica racional y creciente a medida que progresa en sus fases. No puede iniciarse o proseguirse una investigación *contra alguien* basada en meras conjeturas o intuiciones ni ir a la pesca de indicios sin otros previos que fundamenten la actividad investigadora⁴⁰.

Por ello la presunción de inocencia como regla estética no debe interpretarse como una forma *hipócrita* de ocultar o maquillar la existencia del *fumus delicti comissi* que da sostén a la imputación. Al contrario: debe ser una forma de reafirmar el carácter *aparente y provisional* del título de imputación mientras no se haya dictado una sentencia firme por la que se constituya la culpabilidad del autor.

Esto ha sido, en mi opinión, bien visto por el legislador europeo al delimitar negativamente el artículo 4 de la Directiva 2016/343. En la segunda parte del apartado primero el precepto reza lo siguiente: «Todo ello sin perjuicio de los actos procesales encaminados a demostrar la culpabilidad del sospechoso o acusado, y de las resoluciones preliminares de carácter procesal, adoptadas por las autoridades judiciales u otras autoridades competentes y que se basen en indicios o en pruebas de cargo». Al insistir en que esta clase de actos no son contrarios a la presunción de inocencia, no se hace más que explicitar que sólo hay y puede haber proceso ahí donde exista un fundamento y que hay actuaciones (como la adopción de medidas investigativas restrictivas de derechos fundamentales o la medida de prisión preventiva) que no pueden adoptarse sin un previo examen de la fiabilidad e intensidad de ese fundamento. Pero ello no es óbice para insistir en que el proceso sigue abierto y su resultado indeterminado, pues es *la verdad*; e insistir en esa *verdad* es una garantía de que así sea.

Como corolario, no se trata únicamente de insistir en lo que el *fumus* tiene de humo, sino en disciplinar también la forma de construir ese juicio de apariencia. Descender la mirada del humo hasta aperebrar la hoguera que lo origina: ¿qué la alimenta? ¿Una interpretación sesgada de los indicios de cargo o la valoración ponderada de «las circunstancias así adversas como favorables al presunto reo»⁴¹? La misma pregunta se impone al juicio de culpabilidad en sentencia: ¿se funda en un prejuicio o en un auténtico juicio? Por tanto, nuevamente, la vertiente *estética* de la presunción de inocencia no puede ser el biombo tras el que ocultar los prejuicios o los sesgos, sino, al contrario, una forma de exigir luz y taquígrafo en el proceso; no es una máscara teatral con la que interpretar el rito judicial, sino una auténtica imposición para tomarse la función jurisdiccional *en serio* y *actuar* con la dignidad y exigencia que acompaña el cargo.

Si por el tipo de ejercicio intelectual que efectúan los jueces y magistrados se han establecido no sin fundamento comparaciones con la profesión del historiador⁴², al menos en lo que respecta al juicio histórico sobre los hechos que deben efectuar, no debe tampoco soslayarse la comparación con la profesión de actor: cierto dramatismo debe anidar en el rito judicial, una forma de puesta en escena y de dramaturgia se impone para constituir el simbolismo de la autoridad y la potestad

⁴⁰ No están permitidas en nuestro ordenamiento las causas generales, que puede definirse como «un proceso penal que da cobertura a aquella investigación ilimitada o que se instrumentaliza al servicio de esto último; de un proceso, en fin, en que se investiga cualquier hecho delictivo sin particularizar ninguno o a una persona sin tener noticia previa del hecho o hechos delictivos que ésta hubiera podido cometer». AGUILERA MORALES, *Proceso penal y causa general. La inquisitio generalis en el Derecho español*, 2008, p. 51.

⁴¹ Artículo 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁴² A este respecto, véase, TARUFFO, «El juez y el historiador: consideraciones metodológicas», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (44), 2021, pp. 13-39.

del juez. Pero no sólo por la toga o determinadas formalidades que puedan imponerse, sino también por la forma en la que debe comportarse: se espera del juez que actúe como *juez*, es decir, como tercero que debe dirimir una controversia entre la afirmación y la negación de una hipótesis acusatoria. En la tensión entre el juez como historiador y el juez como actor es donde se inscribe - al menos en lo que respecta a los órganos jurisdiccionales- esta vertiente de la presunción de inocencia. El oficio y el *ethos* del juez le exigen una superación de sí mismo⁴³ como individuo constituido socialmente y con sus rasgos de personalidad particulares. En el momento en el que se pone la toga, su cosmovisión del mundo, sus sesgos y sus conocimientos deben quedar, en la medida de lo posible, detrás de la puerta del juzgado. Su conciencia debe ser una suerte de *tabula rasa*⁴⁴ y su conocimiento deberá nutrirse exclusivamente del material que se vaya formando conforme al procedimiento legalmente previsto para ello con un espíritu crítico y objetivo. El juez deberá actuar con contención y sobriedad, porque la actitud que debe adoptar y encarnar es la propia del escéptico, la *epojé*, es decir, la suspensión del juicio «por el que ni se rechaza ni afirma nada»⁴⁵, hasta que la ley le obligue a decidir -y lo estará conforme al principio de prohibición del *non liquet* en múltiples ocasiones, no sólo en sentencia-, momento en el que hará decantar la balanza de un lado u otro. Pero si en algo existe consenso es en que la presunción de inocencia disciplina cómo, cuándo, quién y por qué se toma la decisión de declarar culpable e imponer una pena al sujeto pasivo del proceso penal. La vertiente estética de la presunción de inocencia protege a la presunción de inocencia como regla probatoria y de juicio, por la vía de exigir que ese juicio de culpabilidad no quede anticipado y la forma de actuar de los jueces y magistrados quede igualmente disciplinada hasta que llegue el momento de tomar esa decisión. Y quien está llamado a no afirmar ni rechazar nada, pero lo tendrá que hacer en un momento dado, deberá estar también abierto a ser convencido adecuadamente por una u otra posición: ello debe quedar transparentado a lo largo del proceso y encarnado por el juez.

Ahora bien, el fenómeno de los prejuicios o tomas de posición previa de los órganos jurisdiccionales ha sido analizado tradicionalmente desde la perspectiva de la imparcialidad judicial, perspectiva que, en mi opinión, no da cuenta de lo que hay en juego en este caso. La noción de imparcialidad judicial manejada por el TEDH es la siguiente: un órgano jurisdiccional será imparcial siempre y cuando se encuentre ausente de prejuicios, sesgos o toma de posición previa⁴⁶. El examen acerca de la existencia de un prejuicio o sesgo que comprometa su imparcialidad debe realizarse según un doble test⁴⁷:

⁴³ CADIET/NORMAND/AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, 2010, p. 82.

⁴⁴ Esta idea de *tabula rasa* es la que se encuentra, por ejemplo, en el origen de la técnica procesal italiana del «*doppio fascicolo*»: las actuaciones documentadas en la fase de instrucción a disposición del órgano sentenciador serán mucho más reducidas que las que se encuentren a disposición de las partes. La idea de fondo sería evitar que los resultados de las diligencias de investigación de la fase de instrucción accedan al conocimiento del órgano sentenciador, influenciando su juicio y cognición del asunto, a pesar de que sean actuaciones sin valor probatorio. Se habla también de “virginidad psicológica” del juez. CAMON *et al.*, *Fondamenti di Procedura penale*, 3ª ed., 2021, pp. 520 ss.

⁴⁵ SEXTO EMPÍRICO, *Esbozos pirrónicos*, 2014, p. 63. También valdría como equivalente la máxima *wittgensteiniana* según la cual *de lo que no se puede hablar hay que callar*.

⁴⁶ En inglés el Tribunal emplea el concepto de *bias* cuya traducción al castellano más correcta, a mi parecer, es «sesgo»; en cambio, en francés emplea el concepto de *parti pris* que, en castellano, debería ser traducido como «toma de postura previa». El matiz semántico entre ambos conceptos me parece relevante y expresa dos dimensiones interesantes de la imparcialidad, íntimamente conectadas. Pero, mientras que el sesgo es un vicio del juicio, la toma de postura previa puede responder a factores externos a la facultad intelectual de juzgar, por ejemplo, cuando el juez está influenciado por una amistad o enemistad con una de las partes o tenga un interés en la causa. En esos casos, el juez podría vislumbrar perfectamente cuál es la solución correcta al caso, desviándose de ella por un interés espurio.

⁴⁷ Por ejemplo, en el STEDH de 15 de octubre de 2009, caso *Micallef c. Malta*, §95, el Tribunal afirma lo siguiente: «*impartiality normally denotes the absence of prejudice or bias and its existence or otherwise can be tested in various ways*».

(i) El primer criterio es el *test subjetivo*: se deberá examinar «la convicción personal y el comportamiento del juez para determinar si demuestran una toma de posición previa o un prejuicio personal»⁴⁸.

(ii) El segundo criterio es el *test objetivo*: se trata de examinar si el órgano jurisdiccional que conoce del asunto ofrece suficientes garantías para excluir cualquier duda razonable sobre su imparcialidad a los ojos de un observador externo⁴⁹. Lo que hay en juego sería no sólo el *ser* del Tribunal (es decir, el que efectivamente y en la realidad sea imparcial), sino también su *aparencia* y *reputación* de cara a «asegurar la confianza que los tribunales deben inspirar a la sociedad en una sociedad democrática, incluido en la persona del acusado»⁵⁰. O como ya afirmó en 1984 en el asunto *De Cubber c. Bélgica*, «*justice must not only be done: it must also be seen to be done*»⁵¹.

Las categorías de análisis de nuestro TC respecto de la imparcialidad judicial difieren de las del TEDH, sin perjuicio de que aborden de forma similar este fenómeno. Integrado el derecho a un juez imparcial dentro del derecho a un proceso con todas las garantías del 24.2 CE⁵², define la imparcialidad judicial como «la obligación de ser ajeno al litigio», no pudiendo el juez «asumir procesalmente funciones de parte» ni «mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a su favor o en contra»⁵³.

El TC distingue igualmente una vertiente subjetiva y otra objetiva de la imparcialidad judicial, pero que no se corresponden con las del TEDH. Así, la vertiente subjetiva «garantiza que el juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes, en las que se integran todas las dudas que deriven de las relaciones del juez con aquellas»⁵⁴; en cambio, la vertiente objetiva, «referida al objeto del proceso, (...) asegura que el juez se acerca al *thema decidendi* sin haber tomado postura en relación con él», es decir, que «se acerquen al mismo sin prevenciones ni prejuicios que en su ánimo pudieran quizás existir a raíz de una relación o contacto previos con el objeto del proceso»⁵⁵.

En el fondo lo que hay en juego es evitar que el juez tome partido internamente por una decisión antes del momento procesal oportuno para ello, cerrando la puerta a los argumentos de sentido contrario. La idea de imparcialidad manejada es, por tanto, bastante amplia. El problema radica en que una categorización de la imparcialidad en estos términos es problemática conceptualmente. Como ya puso de manifiesto MONTERO AROCA, la imparcialidad judicial debe ser definida estrictamente como la prohibición de que el juez sirva «a la finalidad subjetiva de

⁴⁸ STEDH de 2 de marzo de 2021, caso *Kolesnikova c. Rusia*, § 51.

⁴⁹ STEDH de 23 de abril de 2015 caso *Morice c. Francia*, § 73: «*according to an objective test, that is to say by ascertaining whether the tribunal itself and, among other aspects, its composition, offered sufficient guarantees to exclude any legitimate doubt in respect of its impartiality*».

⁵⁰ STEDH de 23 de abril de 2015 caso *Morice c. Francia*, § 78.

⁵¹ STEDH de 26 de octubre de 1984, caso *De Cubber c. Bélgica*, § 26. Esta máxima ya fue empleada en la STEDH de 17 de enero de 1970, caso *Delcourt c. Bélgica*, § 31.

⁵² Al no ser un derecho singularmente positivizado en la Constitución, pero siendo un requisito fundamental de la función jurisdiccional y de la justicia de un proceso y una decisión, la imparcialidad se ha visto ligada a este derecho que «tiene un marcado carácter residual y subsidiario» y «desempeñaría, entonces, una actividad integradora respecto de aquellos instrumentos de protección atípicos o no expresamente reconocidos». CALDERÓN CUADRADO, «El derecho a un proceso con todas las garantías (aspectos controvertidos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional)», *Cuadernos de Derecho Público*, (10), 2000, p. 160.

⁵³ STC (Pleno) 121/2021, de 2 de julio (BOE núm. 161, de 7 de julio de 2021).

⁵⁴ STC 121/2021.

⁵⁵ STC 121/2021.

alguna de las partes en un proceso, esto es, que su juicio ha de estar determinado sólo por el correcto cumplimiento de la función que tiene encomendada, es decir, por la actuación del derecho objetivo en el caso concreto, sin que circunstancia alguna ajena al ejercicio de esa función influya en la decisión»⁵⁶. Mientras que para la noción de imparcialidad judicial lo fundamental es que la fuente del prejuicio o la toma de posición sea o pueda ser una influencia ajena al proceso que le anime a beneficiar o perjudicar a una parte, para la presunción de inocencia la fuente del prejuicio es irrelevante, siendo el momento temporal en el que se expresa el aspecto más importante. Se exige contención y sobriedad en las manifestaciones escritas u orales del órgano jurisdiccional, así como en las decisiones que pueda adoptar en el ejercicio de las funciones de dirección procesal, no sólo como una forma de esconder un posible prejuicio que se vaya formando y generar una apariencia de limpieza del proceso, sino para reafirmar que el resultado del proceso sigue indeterminado y que su convicción no está todavía formada. Con la positivización de la vertiente estética de la presunción de inocencia, una concepción tan expansiva de la imparcialidad judicial como la operada por el TEDH o el TC no es adecuada, sin perjuicio de que los mecanismos de protección puedan ser muy parecidos, puesto que en el corazón de ambos derechos se encuentra la protección frente al prejuicio judicial.

En definitiva, el fenómeno del prejuicio, los sesgos o las tomas de posición previas en el proceso penal deben leerse no sólo desde la noción de imparcialidad judicial o el principio del juez no prevenido o contaminado (incompatibilidad de funciones entre juez instructor y juez enjuiciador, e incompatibilidad entre juez que dicta una resolución y juez que resuelve un recurso devolutivo frente a la misma), sino también desde la idea de la presunción de inocencia. No obstante, no se trata de sustituir el modelo de «¡que pase el condenado!» por el de «¡que pase el inocente!», sino simplemente por el de «¡que pase el acusado!».

c. *El monopolio jurisdiccional en la constitución de la culpabilidad*

MONTERO AROCA puso de relieve que las sociedades civilizadas han tomado tres decisiones en lo relativo al derecho penal o, en términos generales –añado–, en la gestión del castigo de los comportamientos máximamente ilícitos, sea cual sea la fuente normativa que tipificase esos comportamientos, que se traducirían en tres monopolios. El primer monopolio sería la exclusividad estatal en la «determinación del derecho penal en general y en su aplicación al caso concreto»⁵⁷, es decir, la expropiación a los particulares de su poder natural de venganza y la prohibición de la justicia privada en materia penal. Esto se traduciría, por un lado, en la prohibición de autotutela y en la prohibición de disposición de las consecuencias jurídico-penales por parte de los particulares⁵⁸. El segundo monopolio consistiría en atribuir de forma exclusiva y excluyente a los órganos jurisdiccionales la potestad de declarar e imponer penas, respecto del resto de órganos que componen los distintos poderes del Estado⁵⁹. Finalmente, el

⁵⁶ MONTERO AROCA, *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales (el sentido de las reglas de que quien instruye no puede luego juzgar y de que quien ha resuelto en la instancia no puede luego conocer del recurso)*, 1999, pp. 187-188. Véase también, MONTERO AROCA, *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, 1997, pp. 86 ss. Una definición similar de imparcialidad es adoptada por BACHMAIER WINTER. En su opinión, la parcialidad se produciría cuando existan «influencias de circunstancias subjetivas y ajenas al caso», sin perjuicio de que haya circunstancias subjetivas del juez vinculadas a su personalidad, sus circunstancias sociales o su trayectoria biográfica que sean inevitables, que terminen por decantar la decisión a favor o en perjuicio de una de las partes. BACHMAIER WINTER, *Imparcialidad Judicial y Libertad de Expresión de Jueces y Magistrados. Las recusaciones de Magistrados del Tribunal Constitucional*, 2008, p. 22.

⁵⁷ MONTERO AROCA, *Principios del proceso penal*, 1997, p. 16.

⁵⁸ MONTERO AROCA, *Principios del proceso penal*, 1997, pp. 17-18.

⁵⁹ MONTERO AROCA, *Principios del proceso penal*, 1997, pp. 18-19.

último monopolio sería la exclusividad procesal, es decir, que los tribunales «han de utilizar necesariamente el medio que es el proceso, no pudiendo imponer penas de cualquier otra forma» lo que habría «llevado a prohibir aplicaciones del derecho penal que no se realicen precisamente con las garantías del proceso»⁶⁰.

Esto, en última instancia, provocaría en su opinión dos consecuencias –entre otras que no viene al caso reseñar–: por un lado, no existiría en esa clase de ordenamientos, entre los que se inscribe claramente el nuestro, «relación jurídica material penal, ni un derecho subjetivo a la imposición de una pena por quienes ejecutan la acción penal, pues la aplicación del Derecho penal pertenece exclusivamente a los órganos jurisdiccionales, no estando atribuido a las partes, ni siquiera al Ministerio Público» y, por otro lado, al no existir «aplicación del Derecho penal por órganos distintos de los órganos jurisdiccionales, ni fuera del proceso, (...) los términos delito, proceso y pena [serían] correlativos y no [existirían] uno sin los otros»⁶¹. O lo que viene a ser lo mismo: el *ius puniendi*, el derecho de penar, es un derecho «justicial» «porque exclusiva e inmediatamente tiende a una realización procesal»⁶² y la culpabilidad es *constituida* en sentencia, no existiendo allende al proceso⁶³: toda sentencia condenatoria a una pena, incluye un pronunciamiento constitutivo de la culpabilidad, como presupuesto necesario para la imposición de la misma. Mientras que la efectividad y realización de la inmensa mayoría de las ramas del derecho civil puede –y es deseable que así sea– cumplirse *fuera* del proceso (p. ej. que las partes cumplan con el contrato en su integridad), ello no es posible con el derecho penal. El hecho dañoso que se produce en la realidad sólo será delito si una sentencia condenatoria firme así lo establece, pero seguirá siendo un hecho dañoso que pueda ser indemnizable y cuya indemnización por la responsabilidad civil extracontractual podrá seguir siendo satisfecha más allá del proceso.

Esta situación que, en principio, no es más que una elección social y política en la forma de gestionar el uso de la violencia para combatir comportamientos socialmente reprobados, adquiere nuevos tintes desde la óptica de la presunción de inocencia en su vertiente estética. Los efectos *ad extra* de esta regla no son sólo una forma de reafirmar que el Estado ha monopolizado en la jurisdicción y en el proceso la realización del derecho penal, sino que brinda un derecho subjetivo público al sospechoso, acusado o absuelto firme a que se respete esta exigencia de monopolio y reserva jurisdiccional y procesal en la constitución de la culpabilidad y la imposición de una pena. Lo que resulta lógico, pues este monopolio y reserva es una *garantía* del particular

⁶⁰ MONTERO AROCA, *Principios del proceso penal*, 1997, pp. 20.

⁶¹ MONTERO AROCA, *Principios del proceso penal*, 1997, pp. 44.

⁶² GOLDSCHMIDT, *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, 2016, p. 26. Este mismo autor efectúa la siguiente apreciación –muy pertinente– unas páginas antes (p. 23): «Pero desde que la pena pública ha reemplazado a la composición privada, y, por consiguiente, el proceso penal se ha destacado del proceso civil, el proceso penal requiere sus propias categorías adecuadas a la esencia de su objeto, el derecho del Estado de penar. Como la pena es una manifestación de la justicia distributiva, corresponde el *ius puniendi* al tribunal mismo, es decir: el derecho de penar coincide con el poder judicial de condenar al culpable y de ejecutar la pena. La concepción de la exigencia punitiva desconoce que el Estado titular del derecho de penar realiza su derecho en el proceso no como parte, sino como juez. En efecto, fuera de los derechos judiciales mencionados, no hay derecho de penar. El primero, a saber, el poder de condenar al culpable es un derecho potestativo. Es anterior al proceso, porque nace del delito según la ley penal, pero ha de ejercerse esencialmente en el proceso, porque corresponde sólo al titular de la jurisdicción, que es el representante de la justicia humana; es pues un derecho potestativo. Este parecer podría basarse en que la medición de la pena tiene un carácter constitutivo. Pero la medición de la pena no altera la naturaleza condenatoria de la sentencia penal, como tampoco en lo civil la valuación del daño transformaría la sentencia condenando al demandado a una indemnización en una sentencia constitutiva. El poder judicial de condenar al culpable es un derecho potestativo sólo en el sentido de que se necesita una sentencia condenatoria para que se pueda irrogar el mal de la pena al delincuente».

⁶³ CARNELUTTI, *Cuestiones sobre el proceso penal*, 2018, p. 309; CARNELUTTI, *Lecciones sobre el Proceso Penal*, 2019, p. 116.

frente al monopolio estatal de la violencia (física y/o simbólica): el *ius puniendi* sólo puede ejercitarse respetando las reglas del proceso justo y con todas las garantías, porque es la forma más civilizada que los seres humanos hemos hallado hasta la fecha de lidiar con los conflictos dentro de la sociedad. Permitir que otros poderes del Estado y las personas que lo encarnen presenten como culpable o adopten decisiones con base en una presuposición de esta clase, supone permitir que se huya de las garantías propias del proceso en el establecimiento de efectos aflictivos por la realización de determinados comportamientos. Defender que uno no es culpable hasta que no haya una sentencia condenatoria firme (tras la celebración de un juicio o tras prestar conformidad) es un mecanismo de protección del individuo frente al poder estatal. No sólo debe contenerse el órgano jurisdiccional *durante* el proceso, sino que también deben contenerse el resto de los poderes públicos.

3. La regla de tratamiento estético del encausado

3.1. La vertiente estética de la presunción de inocencia en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El núcleo sobre el que giraría la doctrina del TEDH es que la presunción de inocencia tal y como queda recogida en el artículo 6.2 CEDH exige que los miembros del tribunal que conocen del proceso que se dirige contra un sospechoso o acusado no partan de una idea preconcebida de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa⁶⁴. En este sentido, esta vertiente del derecho prohibiría la expresión prematura de la culpabilidad del acusado. Para violar esa prohibición podría bastar cualquier razonamiento que *sugiera* esa culpabilidad⁶⁵, sin perjuicio de que se pueda expresar, como resulta lógico, que sobre el sujeto pasivo del proceso penal recae la sospecha de haber cometido un delito⁶⁶. De hecho, podría violarse esta vertiente de la presunción de inocencia en una sentencia *absolutoria* cuando la motivación de la misma diese pie a pensar que, en realidad, el acusado es culpable⁶⁷.

Como explica GASCÓN INCHAUSTI, «el entronque más fuerte de esta dimensión de la presunción de inocencia no es con el derecho al honor, sino con el derecho a un tribunal imparcial y libre de prejuicios: ésta es la principal preocupación para el TEDH y éste es, en definitiva, el fundamento del enfoque que brinda a estas situaciones»⁶⁸. Ahora bien, lo cierto es que el despliegue de efectos de esta prohibición no es del todo coherente con esta consideración inicial por tres motivos:

(i) El ámbito personal de los sujetos obligados a respetar la presunción de inocencia no se limita a las autoridades judiciales, sino que se amplía al resto de poderes públicos, estén vinculados al proceso penal o no (p.e. oficiales de policía, miembros del gobierno, fiscales, o el presidente del Parlamento)⁶⁹. Además, aun cuando, como regla general, las expresiones prematuras de

⁶⁴ STEDH de 6 de diciembre de 1988, caso *Barberà, Messegú y Jabardo c. España*, § 77.

⁶⁵ STEDH de 10 de febrero de 1995, caso *Allenet de Ribemont c. Francia*, § 35.

⁶⁶ STEDH de 27 de febrero de 2007, caso *Nestak c. Eslovaquia*, § 89. Debe precisarse que, en este asunto, el Tribunal consideró que sí hubo una violación del derecho a la presunción de inocencia.

⁶⁷ STEDH de 15 de enero de 2015, caso *Cleve c. Alemania*, § 45. Véase también a este respecto el interesantísimo comentario de los más ilustres procesalistas italianos y alemanes de mitad del siglo XX sobre un supuesto similar en ESCOBEDO, *Le sentenze suicide*, 1942. Se acuñan los conceptos de «sentencias suicidas» y «antimotivación» en los casos de sentencias absolutorias que contienen una clara motivación inculpatoria en aras de ser revocadas en instancias superiores.

⁶⁸ GASCÓN INCHAUSTI, «Lizaso Azconobieta c. España: dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia y derecho al honor», en ALCÁCER GUIRAO/BELADIEZ ROJO/SÁNCHEZ TOMÁS (coords.), *Conflicto y diálogo con Europa. Las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, 2013, p. 372.

⁶⁹ Con cita de otros asuntos, véase el STEDH de 15 de octubre de 2013, caso *Gutsanovi c. Bulgaria*, § 193.

culpabilidad que sean imputables a entidades privadas o particulares no puedan analizarse desde la perspectiva de la presunción de inocencia, sino a lo sumo del artículo 8 CEDH, siempre y cuando no sean la reproducción de la información provista por las autoridades⁷⁰, lo cierto es que también este Tribunal ha considerado que determinadas campañas mediáticas virulentamente adversas sí podrían comprometer la presunción de inocencia⁷¹.

El Tribunal de Estrasburgo acierta a la hora de ampliar el alcance personal de sujetos obligados, pero ello no puede encontrar su justificación únicamente en que en que mostraría un prejuicio de culpabilidad por parte del tribunal o que esas declaraciones podrían impactar en la correcta formación del juicio por parte del órgano sentenciador. Dos fundamentos suplementarios deben entrar en juego: por una parte, evitar que el proceso se convierta en una pena, disminuyendo el carácter humillante producido por la censura social; por otra parte, reafirmar la reserva de jurisdiccionalidad en el establecimiento de la culpabilidad y los efectos aparejados a ella. Si un ministro declara en una rueda de prensa que un acusado es culpable prematuramente, no hay motivos para pensar que esa declaración, por sí misma, pueda repercutir en un tribunal libre de prejuicios.

(ii) El ámbito temporal del derecho produce una escisión en dos: las declaraciones de culpabilidad de una autoridad pública deben recibir un trato diferenciado en función de si ha recaído una sentencia absolutoria o una resolución distinta con efectos equivalentes como nuestro auto de sobreseimiento libre, o no. Si este derecho despliega sus efectos desde el momento en que recae una sospecha sobre el sujeto pasivo, su protección «sólo cesa cuando un acusado ha sido correctamente declarado culpable»⁷² mediante una sentencia firme. Ahora bien, mientras no exista una resolución con efectos absolutorios y efecto de cosa juzgada, las autoridades pueden seguir declarando, con las prevenciones oportunas, que existen sospechas frente a un determinado individuo. Ello ya no sería posible después de la absolución:

«el Tribunal ya ha tenido la ocasión de subrayar que la expresión de sospechas sobre la inocencia de un acusado ya no es aceptable después de una absolución definitiva (...). Una vez la absolución sea definitiva – incluso cuando se produzca por el beneficio de la duda conformemente al artículo 6.2 – la expresión de dudas sobre la culpabilidad, comprendidos aquellos extraídos de los motivos de la absolución, no son compatibles con la presunción de inocencia»⁷³.

Si el fundamento de esta extensión temporal de la presunción de inocencia fuese únicamente lograr un tribunal sin prejuicios de culpabilidad, ¿por qué proyectar sus efectos más allá de la finalización del proceso penal cuando hay una sentencia absolutoria?

⁷⁰ STEDH de 7 de mayo de 2019, caso *Mityanin y Leonov c. Rusia*, § 102 y 103.

⁷¹ En la STEDH de 14 de diciembre de 2004, caso *Anguelov c. Bulgaria*, el Tribunal afirma lo siguiente: «*Finally, as regards the applicant's allegation that the proceedings were unfair on account of the fact that the press ran articles about them in the morning of 8 November 2000, the Court accepts that, in certain cases, a virulent press campaign can adversely affect the fairness of the trial and involve the State's responsibility (see Jaspers v. Belgium, no. 8403/78, Commission decision of 15 October 1980, Decisions and Reports (DR) 22, p. 100). This is so with regard to the impartiality of the Court under Article 6 § 1 as well as with regard to the presumption of innocence embodied in Article 6 § 2 (see Ninn-Hansen v. Denmark (dec.), no. 28972/95, ECHR 1999-V)*». Sería interesante reflexionar acerca de si las campañas mediáticas adversas y virulentas que no comprometan la imparcialidad del órgano jurisdiccional pudieran recibir un tratamiento sustantivo similar al de las dilaciones indebidas: ¿por qué no imaginar una causa de atenuación de la responsabilidad criminal como forma de compensar la humillación pública y sobreexposición del encausado ante el público? Quizás esto no sea nada más que una mera ocurrencia, pero considero que una de las posibles soluciones justas a los juicios paralelos agresivos sea ésta.

⁷² STEDH de 15 de enero de 2015, caso *Cleve c. Alemania*, § 45.

⁷³ STEDH de 25 de septiembre de 2008, caso *Paraponiaris c. Grecia*, § 32.

(iii) El ámbito material de esta prohibición de declarar la culpabilidad no establecida legalmente no ha sido limitado al proceso penal en el que se dirime la responsabilidad criminal del encausado, sino que el Tribunal también lo ha extendido a otros procedimientos judiciales o administrativos o comisiones parlamentarias de investigación⁷⁴ paralelos o subsiguientes a la absolucón: este derecho, recuerda el tribunal, «excluye una declaración de culpabilidad allende al proceso penal seguido ante el tribunal competente, irrespectivamente de las salvaguardias procesales que se sigan»⁷⁵. En suma, el TEDH ha creado un cuerpo doctrinal en el que ha determinado una serie de efectos *estéticos* de la presunción de inocencia que van más allá del propio proceso penal en el que se tiene que dirimir la inocencia o culpabilidad del encausado.

3.2. La vertiente estética de la presunción de inocencia en la Directiva (UE) 2016/343

Siguiendo la senda de la doctrina del Tribunal de Estrasburgo, el legislador comunitario ha positivizado la vertiente estética de la presunción de inocencia en sus artículos 4 y 5, relativos a la prohibición de efectuar referencias públicas a la culpabilidad del encausado y a la prohibición de presentar físicamente al sospechoso o acusado como culpable ante el público y/o en el proceso⁷⁶.

a. Artículo 4: referencias públicas a la culpabilidad del encausado

En el artículo 4.1, se preceptúa que:

«Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que, mientras no se haya probado la culpabilidad de un sospechoso o acusado con arreglo a la ley, las declaraciones públicas efectuadas por las autoridades públicas y las resoluciones judiciales que no sean de condena no se refieran a esa persona como culpable. Todo ello sin perjuicio de los actos procesales encaminados a demostrar la culpabilidad del sospechoso o acusado, y de las resoluciones preliminares de carácter procesal, adoptadas por las autoridades judiciales u otras autoridades competentes y que se basen en indicios o en pruebas de cargo».

A su vez, el artículo 4.3 especifica que esta obligación «de no referirse a los sospechosos o acusados como culpables no impedirá a las autoridades públicas divulgar información sobre el proceso penal cuando sea estrictamente necesario por motivos relacionados con la investigación penal o el interés público».

⁷⁴ Respecto de las comisiones parlamentarias de investigación, véase el STEDH de 18 de febrero de 2016, caso *Rywin c. Polonia*, § 208.

⁷⁵ STEDH de 3 de octubre de 2002, caso *Bohmer c. Alemania*, § 67.

⁷⁶ Para un análisis pormenorizado de las disposiciones de la Directiva, véanse, VILLAMARÍN LÓPEZ, «La Directiva Europea 2016/343, de 9 de marzo, sobre presunción de inocencia y el derecho a estar presente en juicio», *InDret*, (3), 2017; GONZÁLEZ MONJE, «La presunción de inocencia en la Unión Europea: Directiva 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016 por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio», *Revista General de Derecho Europeo*, (39), 2016; y, GUERRERO PALOMARES, «Algunas cuestiones y propuestas sobre la construcción teórica del derecho a la presunción de inocencia, a la luz de la Directiva 2016/343, de 9 de marzo, del parlamento europeo y del consejo, por la que se refuerza en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio», en ARANGÜENA FANEGO/DE HOYOS SANCHO (dirs.), *Garantías procesales de investigados y acusados. Situación actual en el ámbito de la Unión Europea*, 2018, pp. 143 ss. Para un análisis global de las directivas europeas en material de garantías en el proceso penal, con comentarios sobre esta directiva, véase, ARANGÜENA FANEGO, «Las directivas europeas de armonización de garantías procesales de investigados y acusados. Su implementación en el Derecho español», *Revista de Estudios Europeos*, (extra 1), 2019, pp. 5 ss.

En el considerando 17 define el concepto de declaraciones públicas efectuadas por las autoridades públicas como «cualquier declaración que se refiera a una infracción penal y que emane de una autoridad que participa en el proceso penal relativo a esa infracción penal, como por ejemplo las autoridades judiciales, la policía y otras autoridades con funciones policiales u otra autoridad pública, como ministros y otros cargos públicos, bien que sin perjuicio del Derecho nacional en materia de inmunidad».

En el considerando 16, se especifica que las «declaraciones y resoluciones judiciales no deben reflejar la opinión de que esa persona es culpable» y ofrece ejemplos de actos o resoluciones que no vulnerarían *per se* la presunción de inocencia: «el escrito de acusación» o «las resoluciones relativas a la prisión preventiva, siempre y cuando no se refieran al sospechoso o acusado como culpable»⁷⁷. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE)⁷⁸ se ha pronunciado también sobre otra clase de resoluciones o actos y las condiciones que deben revestir: en los procedimientos con varios coacusados por un mismo hecho y en los que quepa una conformidad respecto de una parte de ellos, el TJUE ha señalado que la sentencia de conformidad podrá hacer mención del resto de acusados si (i) la referencia al coacusado que se declara inocente resulta necesaria para calificar jurídicamente la responsabilidad criminal de quien se conforma y (ii) que se establezca que en la sentencia de conformidad no se está declarando la culpabilidad del coacusado, que será objeto de prueba y de una sentencia diferenciadas⁷⁹. Esto mismo estableció ya no respecto de la sentencia, sino también del acuerdo de conformidad⁸⁰.

En lo que respecta a la difusión de información a través de los medios de comunicación, el considerando 18 de la Directiva ofrece los siguientes ejemplos de difusión legítima: «cuando se hace pública una grabación de imágenes y se pide al público que ayude a identificar al presunto autor de la infracción penal», «se facilita información a los habitantes de una zona afectada por una presunta infracción penal contra el medio ambiente» o cuando «se facilita información objetiva sobre el estado de la causa penal con el fin de evitar alteraciones del orden público». Ahora bien, se precisa igualmente que «el recurso a este tipo de motivos debería limitarse a situaciones en las que resulte razonable y proporcionado, teniendo en cuenta todos los intereses» y que, «en cualquier caso, la forma y el contexto en que se divulgue la información no deben crear la impresión de que la persona es culpable antes de que su culpabilidad haya sido probada con arreglo a la ley».

El artículo 4 no es especialmente ambicioso y se inscribe claramente en la línea de la jurisprudencia del TEDH. No obstante, debe tenerse en cuenta que este derecho quedaría limitado, *desde el nivel de protección comunitario*, a las personas físicas y durante la pendencia del

⁷⁷ En la STJUE de 19 de septiembre de 2019 C-310/18, el TJUE reitera que la adopción de resoluciones preliminares de naturaleza procesal, como la decisión de mantenimiento o prórroga de la prisión provisional, basada en sospechas o indicios de cargo, son compatibles con la presunción de inocencia siempre y cuando no se refieran al sospechoso como culpable. Ahora bien, especifica que la Directiva no regula las condiciones en las que las medidas de prisión preventiva deben ser adoptadas. En el Auto TJUE de 12 de febrero de 2019, C-8/19, el Tribunal aclara, además, que la presunción de inocencia no se opone a que el órgano judicial que deba adoptar la medida de prisión «sopese las pruebas de cargo y de descargo que se le presenten y motive si resolución no solo indicando las pruebas en que se ha basado, sino también pronunciándose sobre las objeciones de la defensa de la persona de que se trate, siempre que la resolución que se adopte al respecto no se refiera a la persona privada de libertad como culpable».

⁷⁸ Para un análisis de la jurisprudencia del TJUE al respecto de la Directiva, véase DAMINOVA, «The CJEU Faced with 'Presumption of Innocence' Directive 2017/343. Reshaping the ECHR Standards?», en CZECH *et al.*, *European Yearbook on Human Rights 2022, 2023*, pp. 137 ss.

⁷⁹ Auto TJUE de 25 de mayo de 2020, C-709/18.

⁸⁰ STJUE de 5 de septiembre de 2019, C-377/18.

proceso penal. De alguna forma, el alcance temporal y personal del derecho, al menos como se colige literalmente de la Directiva, es menor que el estándar del TEDH. Ahora bien, tampoco debe olvidarse la cláusula de no regresión del artículo 13 de la Directiva que, en realidad, relativiza en grandísima medida este apunte.

b. Artículo 5: las condiciones estéticas de presentación del acusado

Ahí donde la Directiva sí da un paso más que el TEDH es en el artículo 5:

«1. Los Estados miembros adoptarán las medidas adecuadas para garantizar que los sospechosos y acusados no sean presentados como culpables, ante los órganos jurisdiccionales o el público, mediante el uso de medios de coerción física.

2. El apartado 1 no impedirá a los Estados miembros aplicar los medios de coerción física que sean necesarios por motivos del caso específico, relacionados con la seguridad o la necesidad de evitar que los sospechosos o acusados se fuguen o entren en contacto con terceras personas».

Es cierto que, más allá de las referencias públicas a la culpabilidad, el TEDH también había abordado estos fenómenos desde la óptica del artículo 6.2 CEDH por la forma en la que se *presentaba* al acusado en prisión provisional ante el público y en el proceso, aunque quizás de forma más tímida⁸¹: por ejemplo, en los asuntos *Samoila y Cionca c. Rumanía*⁸² y *Jiga c. Rumanía*⁸³ consideró que la obligación de llevar en público indumentaria carcelaria fuera del contexto penitenciario, cuando los acusados podían disponer de su propia vestimenta civil, era contraria a la presunción de inocencia, en la medida en que era «susceptible de reforzar en el seno de la opinión pública la impresión de su culpabilidad». Del mismo modo, en el asunto *Ramishvili y Kokhraidze c. Georgia* afirmó que «el confinamiento del acusado dentro de una cabina que parecía una jaula metálica, sumado a la presencia de “fuerzas especiales” en la sala de vista (...) [constituían] medidas humillantes e injustificadamente estrictas de contención durante la vista pública, que fue retransmitida a todo el país, [que] empañaron la presunción de inocencia, cuyo respeto es de vital importancia en todas las fases del proceso penal»⁸⁴.

En todo caso, nuevamente, debemos completar el alcance del artículo 5 de la Directiva con los considerandos que lo acompañan para su interpretación:

«(20) Las autoridades competentes deben abstenerse de presentar a los sospechosos o acusados como culpables, ante los órganos jurisdiccionales o el público, mediante el uso de medios de coerción física como esposas, cabinas de cristal, jaulas y grilletes, a menos que esos medios sean necesarios en casos específicos, ya sea por motivos de seguridad, por ejemplo para impedir que los sospechosos o acusados se autolesionen o lesionen a otras personas o causen daños materiales, o para impedir que los sospechosos o acusados se fuguen o entren en contacto con terceras personas, como testigos o víctimas. La posibilidad de aplicar medios de coerción física no implica que las autoridades competentes deban adoptar una decisión formal sobre el uso de tales medios.

⁸¹ Marie-Aude BEERNAERT considera que «la Cour européenne des droits de l'homme se montre toutefois assez prudente en la matière, et n'a jusqu'ici retenu de violations de la présomption d'innocence que dans des affaires où les mesures appliquées étaient illégales ou manifestement non justifiées», BEERNAERT, «Article 48. Présomption d'innocence et droits de la défense», en PICOD/VAN DROOGHENBROECK, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, 2020, p. 1012.

⁸² STEDH de 4 de marzo de 2008, caso *Samoila y Cionca c. Rumanía*, § 99-100. En este caso los acusados comparecieron ante la Corte de Apelaciones en indumentaria de prisión.

⁸³ STEDH de 16 de marzo de 2010, caso *Jiga c. Rumanía*, § 101-103.

⁸⁴ STEDH de 27 de enero de 2009, caso *Ramishvili y Kokhraidze c. Georgia*, § 132.

(21) Cuando resulte viable, las autoridades competentes tampoco deben presentar a los sospechosos o acusados ante los órganos jurisdiccionales o el público vistiendo indumentaria de prisión, para evitar dar la impresión de que esas personas son culpables».

El acento ya no reside en las manifestaciones de las autoridades públicas respecto de la persona encausada, sino en la forma en la que se le hace comparecer ante el público y en el proceso. Tres son las cuestiones que entran en juego, a pesar de la pobre técnica legislativa empleada, y que pueden comprometer el derecho a la presunción de inocencia: (i) el uso de medios coercitivos sobre el encausado; (ii) la configuración del espacio reservado para el investigado/acusado en las salas de vistas; y (iii) la apariencia física del acusado. La división es meramente analítica y expositiva pues estas tres dimensiones se imbrican entre sí: por ejemplo, el uso de “jaulas de cristal” supone el empleo de un medio coercitivo, pero afecta también a la configuración del espacio reservado para el investigado/acusado en la sala de vistas; si además hay vigilancia policial o el cristal dificulta la visión del acusado, también condiciona su apariencia física ante el público y los operadores jurídicos.

Al menos en lo que respecta al uso de medios coercitivos «personales», es decir, aquellos que implican una restricción física directa sobre el cuerpo del encausado, la tradición anglo-americana de *common law* hacía ya tiempo que le venía prestando cierta atención. La matriz de estas reflexiones puede situarse en la denominada *Blackstone's rule*. En efecto, ya en 1769, William BLACKSTONE en su *Commentaries of the Laws of England* afirmó que el acusado «debía comparecer al juicio sin cadenas, ni ningún tipo de grillete o de atadura, excepto si existe un riesgo evidente de fuga»⁸⁵. Un siglo antes, Edward COKE ya recogía la máxima anterior en los siguientes términos: «Si el criminal comparece en juicio para contestar, deberá hacerlo sin cadenas o cualquier tipo de atadura, de forma que su dolor no le arrebatase de ninguna forma su razón»⁸⁶. Aunque los orígenes históricos de esta regla estaban vinculados principalmente a disciplinar la apariencia física del acusado ante el *jurado* y se fundamentaba en facilitar la autodefensa⁸⁷, su progresiva vinculación con el derecho a la presunción de inocencia no se hizo esperar mucho: «las reglas de *common law* reconocían que los medios coercitivos podrían distorsionar la percepción del carácter del acusado»⁸⁸. Así, en palabras de HAWKINS en su decimonónico *Pleas of the Crown*, el acusado «no debía comparecer bajo ninguna forma de desdén, como por ejemplo con las manos atadas o con cualquier otra marca de ignominia o

⁸⁵ «Must be brought to the bar without Irons, or any manner of shackles or bonds; unless there be evident danger of an escape». BLACKSTONE, *Commentaries of the Laws of England*, v. IV, 16^a ed., 1825, p. 323.

⁸⁶ «If felons come in judgment to answer, they shall be out of Irons and all manner of bonds, to that their pain shall not take away any manner of reason», COKE, «The Third Part of the Institutes of the Laws of England Concerning High Treason, and other Pleas of the Crown and Criminal Causes», *The Institutes of the Laws of England*, (4), 1628-1664, p. 34.

⁸⁷ LEHR, «Brought to the Bar: The Constitutionality of Indiscriminate Shackling in Non-Jury Criminal Proceedings», *Northern Kentucky Law Review*, (48-1), 2021, pp. 3 ss. Este autor explica lo siguiente (pp. 3-4): «Shackling restrictions in criminal proceedings have a long history in Anglo-American law. These restrictions may have developed in response to criminal trials' unique nature in the early modern English period – the late sixteenth and seventeenth centuries. Criminal trials were not organized proceedings with lawyers and strict procedural rules; rather, criminal trials were direct, relatively unstructured altercations between the accuser and accused, absent defence counsel or prosecution. Accordingly, the ability of a criminal defendant to defend himself or herself was of primary concern. The burdensome physical restraints of the period posed a legitimate threat to that ability, as period restraints inflicted great physical pain on defendants and, consequently, hindered criminal defendants' abilities to use their mental faculties. In response, the common law adopted a rule stating that, absent an evident danger of escape, criminal defendants were to be free of restraints to ensure full use of their reasoning in defending themselves».

⁸⁸ MAROUF, «The Unconstitutional Use of Restraints in Removal Proceedings», *Baylor Law Review*, (67- 214), 2015, p. 224, traducción propia.

reproche, excepto si hubiese algún peligro de fuga»⁸⁹. No obstante, no fue hasta el 2005 cuando la Corte Suprema de los Estados Unidos vinculó específicamente el uso de medios coercitivos sobre la persona del acusado al derecho a la presunción de inocencia en el asunto *Deck v. Missouri*⁹⁰ en los términos siguientes: «el uso de medios coercitivos visibles menoscaba la presunción de inocencia y la justicia del juicio de hecho. (...) Sugiere al jurado que el sistema de justicia en sí estima una “necesidad de separar al acusado del resto de la comunidad”»⁹¹. Ahora bien, dado el enfoque adoptado -similar al del TEDH- centrado en evitar prejuicios a la hora de realizar el juicio de hecho, la Corte Suprema de los Estados Unidos no ha hecho extensiva esta relación entre medios coercitivos y presunción de inocencia a las actuaciones procesales realizadas ante un juez profesional, a los que se les presumiría la capacidad de no verse afectados por la forma de presentar al acusado⁹².

Resulta, por tanto, de gran interés que, atendiendo a que los Estados miembros de la UE cuentan con muchos más jueces profesionales en sus jurisdicciones penales, estas consideraciones se hayan hecho extensivas a toda clase de juicios, sin atender a si el órgano enjuiciador está compuesto por jueces legos o jueces profesionales, lo que, por otra parte, se compadece mucho mejor con las investigaciones empíricas al respecto⁹³.

Otro gran acierto de la Directiva es situar la ubicación del acusado en la sala de vistas como un elemento que debe ser analizado desde la perspectiva de la presunción de inocencia⁹⁴. Merece

⁸⁹ «Ought not be brought to the Bar in a contumelious Manner; as with his Hands tied together, or any other Mark of Ignominy and Reproach, unless there be some Danger of Escape», citado en MAROUF, *Baylor Law Review*, (67-214), 2015, p. 224 y LEHR, *Northern Kentucky Law Review*, (48-1), 2021, pp. 4-5.

⁹⁰ «Visible shackling undermines the presumption of innocence and the related fairness of the factfinding process. (...) It suggests to the jury that the justice system itself sees a “need to separate a defendant from the community at large”», *Deck v. Missouri*, 544 U.S., 2005.

⁹¹ Es interesante destacar que esta sentencia considera que el uso indiscriminado de medios coercitivos no sólo puede afectar a la presunción de defensa, sino también al derecho a una defensa y participación efectiva en el proceso, así como a la dignidad y decoro del proceso.

⁹² LEHR critica que no se haya hecho extensivo a los actos celebrados ante el juez en atención a los descubrimientos de las ciencias empíricas, LEHR, *Northern Kentucky Law Review*, (48-1), 2021. Esta misma crítica puede localizarse en MAXWELL, «Judges Judge Too: Analyzing the Shackling of Criminal Defendants in Nonjury Proceedings», *Penn State Law Review*, (125-1), 2020, pp. 289 ss. Igualmente, véase, ETEMAD, «To Shackle or not to Shackle? The Effect of Shackling on Judicial Decision-Making», *Review of Law and Social Justice*, (28-2), pp. 349 ss. No obstante, algunas Cortes Supremas de ciertos Estados sí que han reconocido esta relación; véase la reseña efectuada por MAROUF, *Baylor Law Review*, (67-214), 2015, pp. 228 ss.

⁹³ Además de los trabajos citados en la nota anterior, véanse los siguientes trabajos sobre los sesgos y procedimientos heurísticos que afectan a los jueces profesionales, demostrando que, igualmente, son susceptibles al mismo nivel que los jueces legos de sucumbir en ciertos errores cognitivos. STEIN/DROUIN, «Cognitive Bias in the Courtroom: Combating the Anchoring Effect through Tactical Debiasing», *University of San Francisco Law Review*, (52-3), 2018, pp. 393 ss.; PEER/GAMLIEL, «Heuristics and Biases in Judicial Decisions», *Court Review*, (49-2), 2013, pp. 114 ss.; FARIÑA/ARCE/NOVO, «Anchoring in Judicial Decision-Making», *Psychology in Spain*, (7-1), 2003, pp. 56 ss.; GUTHRIE/RACHLINSKI/WISTRICH, «Inside the Judicial Mind», *Cornell Law Review*, (86-4), 2001, pp. 777 ss.

⁹⁴ A este respecto, véanse los interesantísimos trabajos multidisciplinares de Linda MULCAHY: MULCAHY, *Legal Architecture: Justice, Due Process and the Place of Law*, 2011, pp. 59 ss.; MULCAHY, «Putting the Defendant in Their Place: Why Do We Still Use the Dock in Criminal Proceedings», *British Journal of Criminology*, (53-6), 2013, pp. 1139 ss. Quisiera rescatar dos citas de este último trabajo: «The pre-conviction incarceration of the accused in a separate enclosure at the margins of the courtroom, isolated from counsel and supporters, can be understood as a form of punishment through process, or, in Foucauldian terms, as a trace of torture in the modern criminal justice system» (p. 1140). «As Rosen (1966) has argued: For a man (or woman) to stand in the dock is a humiliating and degrading experience. He is isolated from his legal adviser. He is a man apart. He is the cynosure of all eyes. He is placed, as it were, in a pillory, and must feel he is an object of scorn and derision. Persons who have been acquitted have stated that their sojourn in the dock has been the part of their ordeal they have found hardest to bear. (Rosen 1966: 296-7) (...) The use of the dock has also prompted concerns that the containment of the defendant interferes with the presumption of innocence. Specific reference has been made by the Ministry of Justice (2010) to the importance of avoiding a 'cage like

una mención expresa a este respecto la STS 811/2021, Penal, de 24 de febrero (ECLI:ES:TS:2021:811) en la que se realiza una magnífica e interesantísima reflexión sobre la figura del banquillo de los acusados y la escenografía judicial en general desde la perspectiva del derecho de defensa y del derecho a la presunción de inocencia que llega a sobrepasar el enfoque de la Directiva, que se limita a problematizar el uso de ciertas ubicaciones como las jaulas de cristal, es decir, aquellas que resultan más agresivas para el acusado:

«en la audiencia del juicio se toman un número muy significativo de decisiones que no giran solo sobre las reglas de desarrollo del debate o de producción de los medios de prueba. También se adoptan decisiones que inciden en las condiciones comunicativas, simbólicas o escénicas en que aquel se desenvuelve. Ambos grupos de decisiones interactúan permitiendo observar la profunda relación que existe entre la justicia sustancial de la decisión final y el modo en que se haya desarrollado el rito que la precede. La dirección de la vista reclama un decidido y activo compromiso con las finalidades comunicativas del acto procesal y con los valores constitucionales y metajurídicos que deben configurarlo. Entre otros, la efectiva garantía de los derechos a la igual consideración y respeto, a la defensa y a la presunción de inocencia como regla, además, de tratamiento. El juicio oral es, también, un acto de reconocimiento a las personas que intervienen en el mismo de su condición de ciudadanas, de titulares de derechos. Una verdadera precondition para su efectivo ejercicio. Por ello, cuestiones "escénicas" como las de la ubicación de las partes en la sala de justicia, la posición en la que deben participar o los mecanismos de aseguramiento de las personas que acuden como acusadas pueden adquirir una relevancia muy significativa. Muchas Salas de Justicia responden, originariamente o por inercia, a una concepción histórica determinada y, sobre todo, a una plasmación de un imaginario simbólico que no se ajusta de la mejor manera posible a las exigencias constitucionales y convencionales de garantía del derecho a un proceso justo y equitativo.

Un ejemplo muy claro de lo antedicho se encuentra en la ubicación de la persona acusada en la Sala. Nuestra escenografía tradicional, en la que sigue presente el "banquillo", parece responder a una suerte de regla consuetudinaria que vendría a cubrir la ausencia de precisa regulación en la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre dónde debe situarse la persona acusada -silencio normativo que convierte en paradójica la regla del artículo 786 bis LECrim, introducida por la Ley 37/2011 sobre medidas de agilización procesal, por la que se establece que el representante de la persona jurídica inculpada en el proceso penal deberá ocupar en la sala "el lugar reservado para la persona acusada". Ese ignoto "lugar reservado para la persona acusada" suele situarse, sin norma que lo justifique, de frente al tribunal, a las espaldas, por tanto, del espacio de práctica probatoria y, con no menos frecuencia, a una distancia insalvable del abogado defensor. La persona acusada suele ser el único partícipe del proceso que no puede visualizar la expresión y el rostro de los testigos y peritos que deponen en el acto del juicio. Esa "deslocalización" de la persona acusada puede transmitir una imagen estigmatizante, poco compatible con su condición de persona inocente, confirmatoria de lo que ha venido a denominarse por la sociología jurídica como una predicción social creativa de culpabilidad que, por lo demás, siempre acecha en los procesos penales».

En definitiva, gracias al artículo 5 de la Directiva, se ha abierto explícitamente y de forma inapelable⁹⁵ la veda a reflexionar sobre los condicionantes escenográficos del rito judicial desde

oppressive environment for the defendant' (para. 6.4), but the dock could be said to create an impression that the defendant needs to be segregated from others because they are dangerous. For some commentators, anyone sitting in the dock surrounded by security guards is bound to look guilty (Rosen 1966; Kirk 2012; Howard League 1976b; Law Society 1966a; Morton 2005). As The Guardian expounded in 1966, 'Set in an isolated pen with rails all around him, the accused has already been moved significantly out of the common run of men: he looks different from us' (The Guardian 1966c 10). Others have argued that the use of the dock does not just make people look guilty, it makes them feel guilty (Gifford 1986) and that this effectively means that that punishment does not have to wait until conviction (Wright 1996)» (p. 1144).

⁹⁵ Debe ponerse de relieve que nuestro legislador nacional ya reflexionó sobre la cuestión desde la perspectiva del derecho de defensa cuando en el artículo 42.2 de la Ley Orgánica del Tribunal de Jurado estableció que «el acusado

la óptica de la presunción de inocencia. No sólo se trata de prohibir que un magistrado afirme «¡Que pase el culpable!», sino también que, al entrar a la sala de vistas, la impresión generada sea la de que «ha entrado el culpable»: y no sólo porque eso pueda condicionar el resultado final del proceso al generar un sesgo irracional e inconsciente en la persona o personas llamadas a juzgar los hechos, sino porque el mensaje transmitido es la de que se está juzgando a alguien que ya se encuentra condenado, lo que compromete sin género de dudas la justicia y equidad del proceso que precede a la decisión final.

3.3. Propuesta de una definición del derecho en nuestro ordenamiento jurídico vigente

Expuesto todo lo anterior, es el momento de definir el derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento estético de quien es o ha sido sujeto pasivo de un proceso penal, tal y como debería entenderse *vigente* en nuestro ordenamiento jurídico por una lectura cruzada de nuestra jurisprudencia constitucional, la doctrina del TEDH y la Directiva 2016/343.

Este derecho, en los términos que se expondrán, debe entenderse vigente por dos razones: en primer lugar, porque ante la ausencia de transposición de la Directiva en esta materia en el plazo previsto para ello⁹⁶, por considerarse en nuestro país que nuestro ordenamiento reflejaba ya suficientemente sus disposiciones⁹⁷, cabe entender que al reconocerse derechos en los artículos 4 y 5, estos despliegan efectos directos y los particulares pueden invocarlos ante los órganos

o acusados se encontrarán situados de forma que sea posible su inmediata comunicación con los defensores». En opinión de CHOZAS ALONSO esta decisión fue no solamente «importante desde el punto de vista formal (...) sino también desde el material, puesto que potencia al máximo el ejercicio del derecho de defensa del acusado. Esta afortunada supresión plástica del *banquillo del acusado*, que le aislaba del resto de las personas participantes en el acto vista –incluso de su propio defensor –, deja paso a la comunicación directa entre éste y su abogado, lo cual permite un cumplimiento más idóneo del art. 6.3.d. CEDH». CHOZAS ALONSO, «Artículo 42. Aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», en DE LA OLIVA SANTOS (coord.), *Comentarios a la Ley de Jurado*, 1999, p. 451. Sin perjuicio de que este tipo de preocupaciones sobre la escenografía judicial no sea novedoso, lo cierto es que su lectura desde el prisma de la presunción de inocencia y no sólo desde la mirada del derecho de defensa es algo que, sencillamente, no puede ignorarse. Para un estudio empírico sobre el impacto del diseño y la disposición espacial de la sala de vista sobre los tribunales de jurado, véase ZHANG, «Spatial Cognition in the Courtroom: A Quasi-Experimental Study of the Influence Canadian Courtroom Design Has on Jury Cognition», *The Young Researcher*, (3-1), pp. 33 ss.

⁹⁶ La fecha para la transposición de la Directiva finalizó el 1 de abril de 2018 de acuerdo con su artículo 14.

⁹⁷ El Gobierno, respondiendo a la pregunta del senador Joan COMORERAS ESTARELLAS acerca de si resultaba necesaria la transposición de la Directiva, afirmó lo siguiente el 15 de enero de 2019: «En relación con el asunto interesado, se señala que la ampliación del contenido de la presunción de inocencia realizada por la Directiva 2016/343/UE, no obliga a cambios legislativos en el proceso penal. En el ordenamiento jurídico de España, el derecho a la presunción de inocencia aparece mencionado dentro del artículo 24 de la Constitución Española, referido al derecho a la tutela judicial efectiva. Su contenido ha sido perfilado a través de la doctrina del TC que a partir de la STC 31/1981 de 28 de julio y sus sucesivas aclaraciones, ha dejado establecido que el derecho fundamental a la presunción de inocencia despliega sus efectos esencialmente sobre el enjuiciamiento, la valoración probatoria inherente y las garantías asociadas. La incorporación legislativa de esta jurisprudencia constitucional se observa especialmente en el marco de las causas con jurado en el art. 846 bis c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en el art. 70 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado. Esa línea de jurisprudencia constitucional y legislativa es plenamente acorde con las referencias de la Directiva al derecho al silencio o a no declarar contra uno mismo (art. 7) o a las reglas de carga de la prueba (art. 6). *Si bien la Directiva abre una nueva perspectiva del derecho a la presunción de inocencia al conectar ese derecho fundamental con las informaciones sobre los procesos o la presentación del sospechoso o acusado, no se trata, desde luego de una novedad en sentido estricto, pues la relación entre la presunción de inocencia y el tratamiento de la información sobre una persona investigada o acusada, o el modo en que es presentada ante los tribunales o en público, está generalmente aceptada.* Por todo ello, con fecha 7 de noviembre de 2016, se ha notificado oficialmente a la Comisión que la Directiva 2016/343/UE, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, ya ha sido objeto de trasposición en nuestro ordenamiento jurídico», (cursiva nuestra).

jurisdiccionales de nuestro país⁹⁸, en el supuesto de que considerásemos que no formaban parte todavía de nuestro ordenamiento vigente. En segundo lugar, o como alternativa, debe entenderse vigente por vía de integración de la doctrina del TEDH sobre la presunción de inocencia en la interpretación del artículo 24.2 CE de conformidad con el artículo 10.2 CE. Es más, son numerosas las resoluciones del TC y de nuestros jueces y tribunales que ya han incorporado y aplicado la dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia. En todo caso, propongo la siguiente concreción de la regla:

Toda persona física o jurídica que sea o haya sido sospechosa o acusada de haber cometido un hecho delictivo deberá ser tratada, calificada y mostrada por las autoridades públicas ante el público en general, en el proceso penal del cual sea sujeto pasivo, así como en cualquier otro proceso judicial de cualquier orden jurisdiccional, procedimiento administrativo o comisión parlamentaria, de tal forma que no se sugiera que es culpable de dicho delito mientras no se haya establecido dicha culpabilidad mediante una sentencia firme de condena⁹⁹.

Este derecho obliga a las autoridades a abstenerse de realizar cualquiera de los siguientes comportamientos mientras no se haya establecido la culpabilidad con arreglo a la ley:

- (i) Realizar manifestaciones a través de cualquier medio y/o en cualquier entorno o contexto que sugieran o afirmen que el sujeto pasivo del proceso penal es culpable del delito que se le imputa.
- (ii) Presentar físicamente al sospechoso o acusado ante los órganos jurisdiccionales o ante el público de cualquier forma que sugiera que es culpable del delito cometido.
- (iii) Tomar decisiones de cualquier naturaleza en el proceso penal o cualquier otro proceso judicial o administrativo que sugieran o presupongan que el sujeto pasivo del proceso penal es culpable.

Lo anterior no será óbice para que las autoridades puedan realizar los siguientes comportamientos:

- (i) Llevar a cabo actos procesales encaminados a demostrar la culpabilidad del sospechoso o acusado, de acuerdo con la legislación procesal.
- (ii) Dictar resoluciones preliminares de carácter procesal – adoptadas por las autoridades judiciales o el Ministerio Fiscal – que deban basarse en el análisis y valoración de indicios o en pruebas de cargo con arreglo a la legislación procesal, siempre que se establezca en ellas que no se está declarando la culpabilidad del investigado o acusado, debiendo indicar que esa valoración no prejuzga la culpabilidad del acusado.
- (iii) Presentar denuncias, querrelas o abrir de oficio una investigación cuando existan indicios de que se ha cometido un delito, así como presentar escrito de conclusiones provisionales o escrito de acusación y demás actos procesales destinados al ejercicio de la acción penal.
- (iv) Divulgar información sobre el proceso penal cuando sea estrictamente necesario por motivos relacionados con la investigación penal o el interés público. No obstante, no deberá crearse la impresión de que la persona es culpable antes de que su culpabilidad haya sido probada con arreglo a la ley.
- (v) Excepcionalmente, emplear medios coercitivos sobre la persona del encausado, siempre y cuando, a la luz de las circunstancias concretas del caso, resulte estrictamente necesario,

⁹⁸ Entendemos que se cumplen los requisitos de precisión e incondicionalidad establecidos por la jurisprudencia del TJUE en la STJUE de 19 de enero de 1982, C-8/81.

⁹⁹ El ámbito temporal se extiende *ad infinitum* en caso de sentencia absolutoria firme. Así lo ha asumido nuestro TC. En la STC (Pleno) 77/2023, de 20 de junio (BOE núm. 176, de 25 de julio de 2023), se afirma que este derecho «no se limita a los procedimientos penales que estén pendientes, sino que se amplía a los procedimientos judiciales resultantes de la absolución definitiva del acusado, en la medida en que las cuestiones planteadas en dichos procesos constituyan un corolario y un complemento de los procesos penales en cuestión, en los que el demandante ostentaba la calidad de acusado».

congruente, oportuno y proporcional para evitar (a) un riesgo de fuga, (b) que entre indebidamente en contacto con terceras personas cuando exista un riesgo de que atente contra sus bienes jurídicos y (c) por motivos de seguridad para evitar que se autolesione o lesione a terceros o pueda causar daños materiales¹⁰⁰.

Se entenderá comprendido por el concepto de autoridad pública a los efectos de este derecho (a) toda autoridad o agente de la misma que participe en el ejercicio de sus funciones en la investigación o el enjuiciamiento relativos a la infracción penal imputada, (b) cualquier miembro del Gobierno de la Nación o de los órganos de colaboración y apoyo del Gobierno con arreglo a la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, así como cualquier miembro de los gobiernos autonómicos y locales con arreglo a la legislación autonómica y local, (c) cualquier miembro electo del Congreso de los Diputados, del Senado, de las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, de las Diputaciones Provinciales o de las corporaciones locales, (d) cualquier autoridad judicial o miembro del Ministerio Fiscal que no participe en la investigación o enjuiciamiento de la infracción penal imputada, (e) cualquier órgano administrativo que deba tomar una decisión en la que se haya de tomar en consideración la culpabilidad o inocencia del titular del derecho por la comisión de un delito.

4. (Posible) tratamiento procesal de las infracciones a la regla de tratamiento estético

4.1. Las garantías procesales frente a las vulneraciones del derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento estético

Más allá del tratamiento sustantivo de una infracción del derecho que acabamos de enunciar, mediante la previsión legal de acciones civiles y de responsabilidad penal o disciplinaria, así como de su tutela en amparo o en sede de demandas contra el Estado ante el Tribunal de Estrasburgo, es necesario estudiar las garantías dentro del propio proceso frente a las vulneraciones del derecho y sus correlativas obligaciones por parte de uno de los sujetos destinatarios de la norma. Debo insistir en que lo que hay en juego no es sólo una dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia, sino que se impone un canon de procedimiento, de juez y, en general, de modelo político-social de castigo a luz de los fundamentos y el contenido de este derecho. Dotar de instrumentos a la parte perjudicada por estos comportamientos (o al Ministerio Fiscal en su labor de garante de la legalidad) que le permitan impugnarlos eficazmente es no sólo deseable, sino que también es una exigencia inmediata de la Directiva 2016/343: su artículo 4.2 indica que «los Estados miembros velarán por que se disponga de medidas adecuadas en caso de incumplimiento de la obligación (...) de no referirse a los sospechosos o acusados como culpables» y el artículo 10 indica que «Los Estados miembros velarán por que, en caso de vulneración de los derechos establecidos en la presente Directiva, los sospechosos y acusados dispongan de vías efectivas de recurso». Lo que se expondrá a continuación pretende ser una propuesta ordenada de un sistema de garantías procesales congruente e idóneo con el derecho que hay en juego, sin perjuicio de que varias de las mismas puedan ser ya empleadas directamente, o por analogía, al amparo de nuestro ordenamiento vigente. Hoy en día no existe un sistema de tutela a instancia de parte de este derecho dentro de nuestra legislación procesal que pueda ser calificado como vertebrado. Por ello, las propuestas aquí efectuadas se harán en términos abstractos y conceptuales con el objetivo de servir de modelo para cualquier proceso penal que deba encontrarse inspirado por esta regla, sin entrar al detalle a través una propuesta

¹⁰⁰ Los medios coercitivos a los que nos referimos aquí no son la prisión provisional o la detención como instituciones, sino otros como son los grilletes, las bridas, o el banquillo del acusado dispuesto con distintas barreras o medidas de seguridad.

de reforma de determinados artículos de las distintas leyes que regulan los diversos procedimientos penales. Es labor del legislador en el futuro hilvanar este sistema de garantías para adecuar al máximo el proceso con la idea y los valores que subyacen a la presunción de inocencia: no sólo es una regla probatoria y de juicio que determina los elementos constitucionalmente necesarios para fundar una sentencia condenatoria, también es el eje sobre el que construir el proceso que precede a la sentencia condenatoria.

Cuando hablo de garantías procesales me refiero únicamente a las que deben establecerse en el marco del proceso penal al que se encuentra sujeta como sospechosa o acusada la persona que pretenda hacerlos valer. El sistema de garantías en el proceso frente a infracciones de esta vertiente de la presunción de inocencia debe clasificarse en tres categorías independientes entre sí en función de si están destinadas a proteger uno u otro de los tres fundamentos de este derecho que hemos destacado anteriormente.

La primera clase de garantías, cuya finalidad se cifraría principalmente en disminuir el efecto humillante o aflictivo del proceso penal, comprende aquellas que pretenden rectificar o corregir inmediatamente la infracción cometida. Por un lado, en caso de que la autoridad involucrada en la persecución penal haya infringido el contenido del derecho mediante una declaración oral o escrita, debe exigirse la previsión de instrumentos procesales que permitan la rectificación de la declaración efectuada, mediante la emisión de una nueva declaración equivalente en la que se afirme que la culpabilidad no ha sido todavía establecida; por otro lado, si la infracción se ha cometido en la forma en la que se *presenta* al encausado, deberán existir recursos efectivos o momentos procesales en los que poner de manifiesto esa infracción para que se reconsidere la decisión adoptada y se ordene presentarle conforme a derecho. Se trata, en suma, de corregir las infracciones individuales que puedan ir aconteciendo a lo largo del procedimiento para encauzarlo y asegurarse de que se respeta la vertiente estética de la presunción de inocencia: no se trata de impugnar el proceso en su totalidad, sino actuaciones procesales individuales que supongan una infracción de las obligaciones atribuidas a los poderes públicos.

La segunda clase de garantías es aquella destinada a proteger al encausado de ser investigado o juzgado por un órgano jurisdiccional con un prejuicio fuerte respecto de su culpabilidad condicionando, de entrada, el resultado de la instrucción, del juicio o de la resolución de los recursos devolutivos frente a la sentencia. En definitiva, se trata de articular una causa de recusación¹⁰¹. Una causa de recusación de este tipo es inexistente en nuestro ordenamiento procesal (teniendo en cuenta que se trata de un listado *numerus clausus* de supuestos y que ésta no es reconducible a los del interés directo o indirecto en la causa o el de enemistad manifiesta con el acusado, ni siquiera forzando su interpretación)¹⁰².

Por último, la tercera clase de garantías pretende proteger la equidad del proceso en su integridad desde la óptica de la presunción de inocencia, es decir, de alguna forma, el monopolio jurisdiccional y procesal en el establecimiento de la culpabilidad. El instrumento adecuado, en caso de que se haya producido indefensión material, es la nulidad y retroacción de actuaciones. Cuando se haya dictado una sentencia condenatoria como resultado de un prejuicio de

¹⁰¹ Debe tenerse en cuenta que las causas de recusación y/o de abstención no necesariamente se encuentran naturalmente vinculadas a la protección de los justiciables frente a la parcialidad judicial, sino en general frente a los supuestos de prejuicio o toma de posición previa que, como decimos, no quedan (o no deberían quedar) agotados por el concepto de imparcialidad.

¹⁰² En la misma línea, pero desde el punto de vista de la imparcialidad judicial, BACHMAIER WINTER, *Imparcialidad Judicial y Libertad de Expresión de Jueces y Magistrados*, 2008, pp. 181 ss.

culpabilidad o de una forma de conducir el juicio, esta circunstancia deberá poder alegarse como motivo en un recurso devolutivo frente a la sentencia que, de ser estimado, debería producir como efecto la nulidad de la sentencia y del juicio.

Estas tres clases de garantías son independientes entre sí en la medida en que:

- (i) La impugnación de actos individuales que supongan una declaración oral o escrita o una forma de presentar como culpable al encausado debería poder efectuarse para supuestos de hecho que no alcanzasen la gravedad suficiente para dar pie a una recusación del juez o magistrado o que permitiesen fundar un motivo de nulidad de las actuaciones.
- (ii) La recusación de un miembro del tribunal debería poder fundarse en el análisis global de su comportamiento, sin que sea exigible que se acredite que el juez o magistrado haya realizado comportamientos individualizados que *explícitamente* manifiesten un prejuicio de culpabilidad, a diferencia de los supuestos de hecho para una posible rectificación, siempre y cuando su comportamiento revista una cierta gravedad.
- (iii) Si bien toda causa fundada de recusación que sea desatendida debería dar origen a la estimación de un motivo de nulidad de las actuaciones, ésta no está necesariamente vinculada a un análisis de la existencia de un prejuicio de culpabilidad en la persona del juez o magistrado, sino que podría fundarse también en situaciones objetivas que, a pesar de la buena voluntad y predisposición del juez, pudiesen quebrantar la equidad del proceso por infringir la presunción de inocencia en su vertiente estética con la suficiente gravedad. A su vez, no toda infracción individual (reparada o no) en el procedimiento de este derecho debería dar sostén a una nulidad de actuaciones, pues de lo que se trata es de averiguar globalmente si una determinada forma de conducir el procedimiento se fundaba en una preconcepción de la culpabilidad del acusado que le privó o le limitó en sus capacidades efectivas de participar en el proceso y de defenderse.

4.2. Impugnación de «infracciones individuales»

a. Rectificación de declaraciones orales o escritas que afirmen la culpabilidad del encausado

En caso de que la infracción consista en una declaración escrita u oral por la que se sugiera o afirme que el encausado es culpable en un momento prematuro, debería dotarse al perjudicado de un derecho o pretensión a la *rectificación*.

Debe entenderse por rectificación la solicitud del afectado dirigida al órgano competente para conocer de la fase en la que el procedimiento se encuentre (juez de instrucción/Ministerio Fiscal, juez o tribunal de la fase intermedia, juez o tribunal enjuiciador, etc.) por la que se pretende la modificación de la referencia pública de la culpabilidad mediante una nueva declaración que aclare que no se ha determinado la culpabilidad del encausado con arreglo a la ley, publicada a través de un medio con relevancia y difusión equivalente a aquel en que se difundió la referencia a la culpabilidad.

No obstante, aquí deberá diferenciarse entre las infracciones cometidas *directamente* por el órgano al que se dirige la solicitud, de las que pueda haber cometido otro poder público durante la pendencia del proceso.

En el primer caso, si se tratase de una resolución judicial (o un decreto o resolución equivalente del Ministerio Fiscal) el instrumento adecuado es uno análogo a nuestra petición de aclaración,

complemento o rectificación de resoluciones judiciales¹⁰⁵. No se trata de variar el contenido de la decisión, ni en cuanto a su motivación fáctica o jurídica ni en cuanto a su pronunciamiento – en su caso, deberían emplearse los recursos legalmente previstos al efecto–, sino modificar una determinada expresión que, de trascender, puede perjudicar la reputación del acusado. Si la infracción se hubiese cometido a través de una manifestación oral efectuada durante la sustanciación de actos procesales, esta solicitud debería articularse a través de una protesta oral en el momento en el que se efectúe dicha manifestación. Por último, si la infracción se cometiese a través de una manifestación oral o escrita fuera del proceso, el instrumento adecuado tendría que ser similar a nuestra petición de rectificación prevista en la LO 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación. Ahora bien, creemos que la mejor forma de articular esta petición de rectificación es dando la posibilidad al perjudicado de acudir a un sistema de tutela sumaria que se sustancie dentro del propio proceso penal y cuya competencia correspondería al juez con competencia objetiva o funcional para conocer de la fase en la que se halle el procedimiento –es decir, el mismo que infringió el derecho–, sin perjuicio de que quede a salvo el ejercicio de acciones civiles o penales que puedan nacer de ese tipo de manifestaciones que se ejercitarían conforme a las normas generales. No olvidemos que la finalidad de prever un instrumento de esta clase es limitar la trascendencia pública de la censura social inherente a este tipo de manifestaciones: no se busca la revocación de ninguna decisión, ni tampoco la condena por responsabilidad civil, penal o disciplinaria de quien emite las declaraciones.

Todo lo anterior, dejando a salvo que, de realizarse una declaración de este tipo, ello pudiese dar lugar a la recusación de quien la hiciese.

En el segundo supuesto, puede imaginarse perfectamente un sistema (que, de hecho, sería el nuestro actualmente vigente) por el que cualquier petición de rectificación o cualquier acción de protección del honor, la intimidad y la propia imagen tuviesen que sustanciarse de forma autónoma y paralela al procedimiento aun cuando éste siguiese pendiente de finalizar. No obstante, se cohonestaría más con la protección del monopolio jurisdiccional en la constitución de la culpabilidad el que se articulase procedimentalmente esta acción autónoma de rectificación en aras de tutelar el derecho a la presunción de inocencia como un incidente dentro del proceso penal, tramitándose en pieza separada, en la que podría comparecer como demandada la autoridad que, de acuerdo con el sospechoso, infringiese el derecho, siempre y cuando, evidentemente, no hubiese recaído una sentencia firme de absolución. La idea sería responsabilizar al órgano penal en la protección de la presunción de inocencia de la persona que investiga o enjuicia, estableciendo un cauce de tutela sumaria (en el doble sentido) de la presunción de inocencia para corregir ese tipo de declaraciones, cuyo objeto sería únicamente averiguar si la declaración efectuada sugiere o afirma que el sospechoso es culpable ante el público y su rectificación, dejando a salvo una acción civil de protección de derechos

¹⁰⁵ A este respecto, resulta muy interesante exponer la regulación italiana efectuada con ocasión de la transposición de la Directiva 2016/343 en el *Decreto Legislativo 8 novembre 2021, n. 188 Disposizioni per il compiuto adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni della direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali*. En su artículo 4, introduce en el *Codice di Procedura Penale* un artículo 115 bis, cuyos apartados 3 y 4 preceptúan lo siguiente: «3. En caso de infracción de lo dispuesto en el apartado 1, el interesado podrá, bajo pena de caducidad, en el plazo de diez días desde que tuvo conocimiento de la resolución, solicitar su rectificación, cuando sea necesario para salvaguardar la presunción de inocencia en el proceso. 4. Sobre la solicitud de rectificación resolverá el juez del procedimiento, mediante resolución motivada, en el plazo de cuarenta y ocho horas desde su presentación. (...) El decreto se notificará al interesado y a las demás partes y se comunicará al Ministerio Fiscal, quien, bajo pena de caducidad, podrá, en los diez días siguientes, formular oposición ante el Presidente de la Corte o del Tribunal, que resolverá mediante decreto sin formalidades procesales».

fundamentales en la que pudieran acumularse otras pretensiones, como una indemnización por daños y perjuicios.

b. Impugnación de formas de presentar al encausado en las que no preceda una decisión formal al respecto

Debe recordarse que el considerando 20 de la Directiva 2016/343 afirma que «la posibilidad de aplicar medios de coerción física no implica que las autoridades competentes deban adoptar una decisión formal sobre el uso de tales medios». Si ese es el caso y, por ejemplo, el investigado comparece a su declaración con grilletes o el acusado es situado en una “jaula de cristal” durante el juicio por mera inercia, o por decisión de los agentes de policía custodios, la forma de articular la garantía debe realizarse mediante una solicitud oral dirigida al órgano judicial al iniciarse la actuación a fin de que se corrija la situación (en nuestro país, si se sigue el cauce procedimental del procedimiento abreviado, el momento procesal oportuno sería el de cuestiones previas, por ejemplo), que deberá ser estimada o desestimada oralmente con base en las causas que legitiman el uso de estos medios de coerción o la concreta forma de mostrar al encausado. Frente a la decisión, debería darse la oportunidad a la parte de formular un recurso oral no devolutivo (es el primer momento en el que toma conocimiento de los motivos del empleo de esos medios) que, igualmente, será estimado o desestimado *in situ*, dando la posibilidad de formular protesta oral, a fin de fundar por esta razón un eventual motivo de recurso frente a la sentencia por infracción procesal.

c. Impugnación de resoluciones judiciales interlocutorias que presupongan al encausado como culpable o tenga como efecto presentarlo como culpable

El tratamiento a instancia de parte de las resoluciones judiciales (o del Ministerio Fiscal) que presupongan al encausado como culpable para la decisión adoptada o tengan como efecto presentarlo como culpable debe resolverse sencillamente a través de los recursos legalmente previstos para esa clase de resoluciones, produciendo su estimación la revocación de dicha resolución y el dictado de una nueva conforme a derecho.

Es merecedor de un comentario expreso la relación, aunque sea una cuestión parcialmente distinta, entre el prejuicio de culpabilidad y la obtención de fuentes de prueba en la fase de instrucción. Una fuente de prueba no debe considerarse *per se* ilícita y, por tanto, inutilizable – art. 11 LOPJ– porque el instructor haya actuado guiado por un prejuicio de culpabilidad que vaya más allá de lo aceptable. No obstante, lo cierto es que si el prejuicio de culpabilidad es irrazonable¹⁰⁴, lo más probable es que la adopción de la resolución por la que se acuerda practicar diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales se base en una motivación aparente, inexistente o insuficiente. No creo que pueda afirmarse, por tanto, que una infracción de este derecho pueda dar origen a declarar ilícita una fuente de prueba, pero, sin duda, puede servir de apoyo para argumentar que, además de haberse producido una vulneración de un

¹⁰⁴ DE LA OLIVA SANTOS hace un apunte que no podemos soslayar si queremos razonar sobre este fenómeno de forma adecuada: «En efecto, puede ocurrir que esos *prejuicios*, esas *ideas preconcebidas* sean, no ya correctas, sino admirables resultados de una especial perspicacia, de un juicio crítico excepcional y, en suma, de las mejores cualidades intelectuales. No se considera, empero, conveniente iniciar el juicio oral con tales prejuicios o ideas preconcebidas», DE LA OLIVA SANTOS, *Jueces imparciales, fiscales “investigadores”, y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*, 1988, p. 30.

derecho fundamental sustantivo, se ha producido una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías afectando a la igualdad de armas.

4.3. El prejuicio de culpabilidad como causa de recusación

Mientras que el alcance de protección, por ejemplo, del derecho de rectificación analizado anteriormente debería ser lo más amplio posible, interpretando laxamente qué es una expresión que constituya una referencia pública de culpabilidad, en este caso, la causa de recusación de los miembros del órgano jurisdiccional debería estar prevista únicamente cuando, a la luz de las circunstancias concretas del caso, un miembro del órgano competente para conocer de la fase en la que se encuentre el procedimiento efectuase manifestaciones escritas u orales (dentro o fuera del proceso), llevase a cabo cualquier comportamiento o tomase decisiones en el ejercicio de sus funciones de los que se puedan colegir por un observador externo una toma de posición más allá de lo aceptable sobre la culpabilidad del acusado¹⁰⁵. Entendiendo por toma de posición más allá de lo aceptable aquella que sea susceptible de hacer difícilmente penetrable o impenetrable a la conciencia del juez los argumentos o informaciones de descargo; o, lo que es lo mismo, ahí donde se pueda colegir que el miembro del órgano jurisdiccional no está dispuesto a atender los argumentos de descargo.

Puede haber una serie de manifestaciones, comportamientos o decisiones que, en sí mismos considerados no sean susceptibles de rectificación o de una impugnación individualizada, pero que den origen a una posible recusación por esta causa cuando son valorados globalmente. Imagínese que a lo largo del juicio oral un juez o magistrado mostrase una actitud agresiva u hostil hacia el abogado de la defensa, el acusado o los testigos de descargo a través de expresiones corporales, intercalando juicios de valor aparentemente inocuos, o mediante interrupciones frecuentes e injustificadas, ¿no sería razonable considerar ese comportamiento como un dato externo que denotase una toma de posición más allá de lo aceptable sobre la culpabilidad del acusado, susceptible de comprometer su derecho a la presunción de inocencia? En última instancia, determinar si el juez está imbuido en esta clase de prejuicios será un problema probatorio y valorativo en aquellos casos en los que no se exprese de forma burda y transparente. Ello no obsta para que pudiera estimarse una recusación fundada en esta causa con base en un análisis global de la actitud, las palabras y las decisiones del juez.

En todo caso, es necesario que, en sistemas como el nuestro en el que existe un listado tasado de causas de recusación, se prevea una expresamente en este sentido. No olvidemos que una de las dimensiones fundamentales de la presunción de inocencia es que los órganos jurisdiccionales no partan de una idea preconcebida sobre la culpabilidad del acusado: la única forma de garantizar la equidad del proceso es evitando que ningún miembro de los órganos jurisdiccionales involucrados actúe guiado por ese prejuicio de culpabilidad. Sin la posibilidad de recusarlos, existiría una clara laguna de protección de un derecho fundamental nuclear en la vertebración de un proceso penal justo.

La sustanciación de una recusación por este motivo no debería presentar ninguna especialidad respecto de los incidentes de recusación legalmente previstos.

¹⁰⁵ Esta definición se inspira de las consideraciones efectuadas, desde la perspectiva del derecho a la imparcialidad judicial, sobre la anticipación del fallo, en BACHMAIER WINTER, *Imparcialidad Judicial y Libertad de Expresión de Jueces y Magistrados*, 2008, pp. 92 ss.

4.4. Nulidad y retroacción de actuaciones como efecto pretendido de un motivo de impugnación de la sentencia condenatoria

Por último, debe analizarse qué tratamiento procesal puede ofrecerse a los supuestos en los que, habiéndose infringido el derecho en cuestión en el transcurso del procedimiento, se acabase dictando una sentencia condenatoria contra el acusado.

Si, normalmente, cuando se invoca una vulneración de la presunción de inocencia en un recurso devolutivo frente a la sentencia, el efecto de su estimación es la anulación de la resolución y el dictado de una nueva sentencia absolutoria por el órgano *ad quem*, ¿cabría también la posibilidad de que se abra la puerta a una posible declaración de nulidad de la sentencia y del juicio y que se ordene su repetición a través de esa clase de recursos? La respuesta sólo puede ser que sí.

No hay un vínculo lógicamente necesario entre la presunción de inocencia y todas sus vertientes con esta garantía de reparación de una de sus vulneraciones, sino sólo con aquellas que vicien los elementos fundantes de una sentencia condenatoria. La presunción de inocencia no impone sólo un canon a las sentencias que constituyan la culpabilidad del acusado, sino que también impone, como hemos visto, un canon de juez y de forma de desarrollo del juicio: una contención y sobriedad del órgano jurisdiccional es exigible como forma de reafirmar que la culpabilidad no ha sido todavía declarada, que el proceso está abierto.

De esta forma, el perjudicado deberá poder impugnar la sentencia condenatoria por estos motivos en los siguientes supuestos:

– Cuando a pesar de estar justificada la recusación de un miembro del tribunal, ésta hubiese sido desestimada o no hubiese podido ponerse de manifiesto anteriormente (por no estar prevista causa legal alguna al respecto o por tomar conocimiento de hechos que funden la recusación con posterioridad al dictado de la sentencia).

– Cuando se hayan cometido a lo largo del procedimiento una o varias infracciones del derecho a la presunción de inocencia en su vertiente estética imputable a cualquier poder público que hayan sido puestas de manifiesto en el momento procesal oportuno o no hayan podido serlo, que puedan suponer, a su vez, una privación o limitación de las capacidades defensivas del acusado causantes de indefensión material.

La estimación de un motivo de impugnación de la sentencia de esta clase tendría por efecto la nulidad de la sentencia y:

- (i) En caso de que se fundase en una causa de recusación desatendida, la nulidad de todo lo actuado por ese órgano y la retroacción al momento inicial de la fase procesal que hubiese conocido, sin perjuicio de que, en caso de ser el órgano instructor y al amparo del principio de conservación de actos, puedan conservarse las actuaciones y diligencias que no se encontrasen directamente contaminadas¹⁰⁶.

¹⁰⁶ La recusación por un prejuicio de culpabilidad de esta naturaleza del juez instructor plantea problemas mucho más complejos que en el caso de que afecte al órgano sentenciador o al que conozca de los recursos devolutivos frente a la sentencia. En primer lugar, debe recordarse que el órgano instructor no realiza un *juicio* en sentido estricto. No obstante, como recuerda DE LA OLIVA SANTOS «la fase preparatoria del juicio oral» (...) no entraña solamente *investigación*, que, en cuanto tal, puede realizarla y de ordinario realiza la policía (...). La fase preparatoria comprende, además de actos de investigación, actos de valoración fáctica y jurídica, del resultado de

- (ii) En caso de que se fundase en una o varias infracciones procesales concretas, se ordenará la nulidad de la sentencia y se ordenará la retroacción de las actuaciones hasta el momento anterior a la vulneración del derecho, debiendo ser necesaria la repetición íntegra del juicio oral si la infracción se cometió en ese momento.

Todo ello sin perjuicio, evidentemente, de que el condenado pueda optar también por impugnar la sentencia solicitando su anulación alegando, por ejemplo, que se ha producido una valoración irracional de los medios de prueba practicados o que no existe prueba de cargo suficiente.

5. A modo de conclusión: lo estético de la regla de tratamiento estético

Adjetivar como *estética* la regla de tratamiento del encausado deducible del derecho a la presunción de inocencia puede parecer un ejercicio estéril de nomenclatura: ¿por qué no limitarme a hablar de regla de tratamiento intra- y/o extraprocesal? ¿Qué tipo de información o perspectiva sobre el derecho aporta nombrarlo y señalarlo de esta forma? Esta elección ha sido, como puede imaginarse el lector, plenamente consciente. Por una parte, reducir el contenido del derecho analizado en este trabajo a la categoría de regla de tratamiento procesal del encausado tiene el riesgo de opacar, más si cabe, otra dimensión de la regla de tratamiento que guarda relación con la disciplina y tratamiento de las medidas cautelares personales y notablemente de la prisión provisional y del régimen de custodia de los presos precondena. Por otra parte, reducir el contenido del derecho analizado, como indicábamos al comienzo del trabajo, a los efectos *ad extra* del proceso supone opacar que este derecho impone un determinado canon de procedimiento y de comportamiento del órgano jurisdiccional, con importantes consecuencias a nivel procesal.

Los conceptos deben ser útiles para describir una parcela de la realidad (natural o jurídica) y diferenciarla de otras. El concepto de *estética* reenvía a varias ideas fundamentales expuestas en este trabajo. Su origen etimológico, como indica la entrada en el DRAE de dicho concepto, proviene de la palabra latina *aestheticus* y griega *aisthētikós*, que quieren decir aquello «que se percibe por los sentidos», así como de las palabras *aesthetica* y *aisthētiké*, es decir «el conocimiento que se adquiere por los sentidos». La *estética* y lo *estético* tendrían acepciones contemporáneas como «el conjunto de elementos estilísticos y temáticos» o la «armonía y apariencia agradable a los sentidos desde el punto de vista de la belleza». Justamente, la presunción de inocencia establece un canon de juez, de proceso y, en general, de ejercicio por

los actos de investigación y también importantes enjuiciamientos jurídicos, relativos a la *procedibilidad* de la entera causa criminal y a *medidas cautelares*». DE LA OLIVA SANTOS, *Jueces imparciales, fiscales “investigadores”, y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*, 1988, p. 70.

En segundo lugar, debe asumirse que, dado el transcurso dilatado y los fines de la fase de instrucción, lo esperable sea que el juez o fiscal instructor se forme un prejuicio – pues no puede ser juicio propiamente dicho – sobre la culpabilidad o inocencia del investigado. De ahí que, en virtud del principio del juez no prevenido, sean incompatibles las funciones de juez instructor y juez sentenciador.

Atendiendo a estos dos datos, cabría señalar que la recusación del instructor sólo podría fundarse por un prejuicio de culpabilidad manifiesto que comprometiese la equidad del proceso desde la fase de instrucción. Así, si este prejuicio es existente desde los inicios mismos, quizás nos situemos de lleno también en el problema de las causas generales, de difícil tratamiento procesal como ha puesto de relieve AGUILERA MORALES en su monografía al respecto, citada anteriormente, o en el de la imparcialidad judicial y la enemistad manifiesta del juez hacia el acusado. En ese caso, podría ser legítimo una nulidad completa de las actuaciones, en atención a las circunstancias. No obstante, también puede darse el caso –y suele ser lo más habitual– que el prejuicio de culpabilidad del instructor *sobrevenga* una vez iniciada la instrucción. En ese caso, las actuaciones anteriores a ese momento temporal no deberían porqué considerarse afectadas por ese prejuicio.

parte de los poderes públicos del *ius puniendi* que disciplina la forma en la que tienen que manifestarse *sensiblemente*: lo que se dice, lo que se hace, lo que acontece a los ojos del público, la forma de percibir y considerar al encausado, la manera en la que esa percepción pueda condicionar su juicio, la manera de exhibir al sujeto pasivo del proceso penal, etc.

La *belleza* del juicio penal con arreglo al canon establecido por el derecho a la presunción de inocencia no reside en que las actuaciones se celebren en majestuosos palacios de justicia, sino en que el encausado sienta que se respeta la dignidad de la que es acreedor como sujeto pasivo de un proceso en el que tiene derecho a defenderse en un entorno y un rito de gran tensión humana por la naturaleza de los hechos que se están enjuiciando.

Existe consenso en afirmar que la presunción de inocencia es, en primer lugar, un principio informador del proceso penal en cuanto obliga a vertebrarlo en torno a las garantías en defensa de los intereses del encausado. Lo importante de esta regla de tratamiento estético es que transforma una serie de valores y principios en un verdadero derecho subjetivo público cuyo titular es quien es o ha sido sujeto pasivo de un proceso penal mientras no se haya establecido su culpabilidad conforme a los procedimientos legalmente previstos, lo que debería permitirle defender en interés propio una correcta forma de conducir el proceso para que no sólo sea justo, sino que también sea percibido como justo por él y por toda la sociedad. Las apariencias, sin duda, importan.

6. Bibliografía

AGUILERA MORALES, *Proceso penal y causa general. La inquisitio generalis en el Derecho español*, Civitas, Pamplona, 2008.

ANDRÉS IBÁÑEZ, «Presunción de inocencia y prisión sin condena» en EL MISMO (dir.) *Detención y prisión provisional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pp. 13 ss.

ARANGÜENA FANEGO, «Las directivas europeas de armonización de garantías procesales de investigados y acusados. Su implementación en el Derecho español», *Revista de Estudios Europeos*, (extra 1), 2019, pp. 5 ss.

ASENCIO MELLADO, *La prisión provisional*, Civitas, Madrid, 1987.

BACHMAIER WINTER, *Imparcialidad Judicial y Libertad de Expresión de Jueces y Magistrados. Las recusaciones de Magistrados del Tribunal Constitucional*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

BACIGALUPO ZAPATER, «Principio de culpabilidad, carácter del autor y *poena naturalis* en el derecho penal actual», en OUVIÑA, *Teorías actuales en el derecho penal, 75º aniversario del Código Penal*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, pp. 73 ss.

BEERNAERT, «Article 48. Présomption d'innocence et droits de la défense», en PICOD/VAN DROOGHENBROECK, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, Bruylant, Bruxelles, 2020, pp. 1007 ss.

BLACKSTONE, *Commentaries of the Laws of England*, v. IV, 16ª ed., A. Strahan, London, 1825.

CADIET/NORMAND/AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, Presses Universitaires de France, Paris, 2010.

CALDERÓN CUADRADO, «El derecho a un proceso con todas las garantías (aspectos controvertidos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional)», *Cuadernos de Derecho Público*, (10), 2000, pp. 153 ss.

CAMON *et al.*, *Fondamenti di Procedura penale*, 3ª ed., Cedam – Wolters Kluwer, Padova, 2021.

CARNELUTTI, *Lecciones sobre el proceso penal*, trad. por Sentís Melendo, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2019.

———, *Cuestiones sobre el proceso penal*, trad. por Sentís Melendo, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2018.

CHOZAS ALONSO, «Artículo 42. Aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», en DE LA OLIVA SANTOS (coord.), *Comentarios a la Ley de Jurado*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1999, pp. 450 ss.

CLOW/LEACH, «After innocence: Perceptions of individuals who have been wrongfully convicted», *Legal and Criminological Psychology*, (20), 2015, pp. 147 ss.

COKE, «The Third Part of the Institutes of the Laws of England Concerning High Treason, and other Pleas of the Crown and Criminal Causes», *The Institutes of the Laws of England*, (4), 1628-1664.

D’HAILLECOURT, «Article 9», en CONAC/DEBENE/TEBOUL (dirs.), *La déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789*, Économica, Paris, 1993.

DAMIÁN MORENO, *La decisión de acusar. Un estudio a la luz del sistema acusatorio inglés*, Dykinson, Madrid, 2014.

DAMINOVA, «The CJEU Faced with ‘Presumption of Innocence’ Directive 2017/343. Reshaping the ECHR Standards?», en CZECH *et al.*, *European Yearbook on Human Rights 2022*, Intersentia, Cambridge, 2023, pp. 137 ss.

DE HOYOS SANCHO, *Efectos ad extra del derecho a la presunción de inocencia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.

DE LA OLIVA SANTOS *et al.*, *Derecho Procesal Penal*, 6ª ed., Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2003.

———, *Jueces imparciales, fiscales “investigadores”, y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*, PPU, Barcelona, 1988.

DUPORT, *Principes fondamentaux de la police et de la justice. Présentés au nom du Comité de Constitution*, Chez Baudouin, imprimeur de l’Assemblée nationale, Paris, 1790.

ESCOBEDO, *Le sentenze suicide*, Fratelli Bocca, Milano, 1942.

ETEMAD, «To Shackle or not to Shackle? The Effect of Shackling on Judicial Decision-Making», *Review of Law and Social Justice*, (28-2), pp. 349 ss.

FARIÑA/ARCE/NOVO, «Anchoring in Judicial Decision-Making», *Psychology in Spain*, (7-1), 2003, pp. 56 ss.

FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, trad. por Andrés Ibáñez, 10ª ed., Trotta, Madrid, 2011.

GARCÍA ESPAÑA, «Extranjeros sospechosos, condenados y excondenados: un mosaico de exclusión», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (19-15), 2017, pp. 1 ss.

GASCÓN INCHAUSTI, *Derecho Procesal Penal. Materiales para el estudio*, 5ª ed., Docta UCM, Madrid, 2023.

———, «Lizaso Azconobieta c. España: dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia y derecho al honor», en ALCÁCER GUIRAO/BELADIEZ ROJO/SÁNCHEZ TOMÁS (COORDS.), *Conflicto y diálogo con Europa. Las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 351-384.

———, *Proceso penal y persona jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

———, *La terminación anticipada del proceso por desaparición sobrevenida del interés*, Civitas, Madrid, 2003.

GOLDSCHMIDT, *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. Conferencias dadas en la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y enero, febrero y marzo de 1935*, Editorial BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2016.

GONZÁLEZ MONJE, «La presunción de inocencia en la Unión Europea: Directiva 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016 por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio», *Revista General de Derecho Europeo*, (39), 2016.

GREVI, «Libertà personale dell'imputato (1974)», en EL MISMO, *Scritti sul processo penale e sull'ordinamento penitenziario*, v. I, t. I, Cedam, Milano, 2011, pp. 479 ss.

GUERRERO PALOMARES, «Algunas cuestiones y propuestas sobre la construcción teórica del derecho a la presunción de inocencia, a la luz de la Directiva 2016/343, de 9 de marzo, del parlamento europeo y del consejo, por la que se refuerza en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio», en ARANGÜENA FANEGO/DE HOYOS SANCHO (dirs.), *Garantías procesales de investigados y acusados. Situación actual en el ámbito de la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 143 ss.

GUILHERMONT, «Qu'appelle-t-on "Présomption d'innocence"?, *Archives de politique criminelle*, (1-29), 2007, pp. 41 ss.

GUTHRIE/RACHLINSKI/WISTRICH, «Inside the Judicial Mind», *Cornell Law Review*, (86-4), 2001, pp. 777 ss.

ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Zanichelli, Bolonia, 1979.

KAFKA, *El proceso*, trad. por De Alarcón, Ediciones Buma S.A., Madrid, 1984.

LARRAURI PIJOAN, «Antecedentes penales y expulsión de personas inmigrantes», *InDret*, (2), 2016.

LEHR, «Brought to the Bar: The Constitutionality of Indiscriminate Shackling in Non-Jury Criminal Proceedings», *Northern Kentucky Law Review*, (48-1), 2021, pp. 3 ss.

MANJÓN-CABEZA OLMEDA, «La *poena naturalis* en el Derecho penal vigente», en GARCÍA VALDÉS *et al.* (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Edisofer, Madrid, 2008, pp. 1121 ss.

———, *La atenuante analógica de dilaciones indebidas*, Grupo Difusión, Madrid, 2007.

MAPPELI CAFFARENA, «Pena natural -*poena naturalis*- o daños colaterales en la realización de una infracción penal», en SILVA SÁNCHEZ *et al.* (coords.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, BdeF, Buenos Aires-Montevideo, 2017, pp. 1003 ss.

MAROUF, «The Unconstitutional Use of Restraints in Removal Proceedings», *Baylor Law Review*, (67-214), 2015, pp. 214 ss.

MAXWELL, «Judges Judge Too: Analyzing the Shackling of Criminal Defendants in Nonjury Proceedings», *Penn State Law Review*, (125-1), 2020, pp. 289 ss.

MIRANDA ESTRAMPES, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Bosch Editor, Barcelona, 1997.

MONTERO AROCA, *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales. El sentido de las reglas de que quien instruye no puede luego juzgar y de que quien ha resuelto en la instancia no puede luego conocer del recurso*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

———, *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.

MULCAHY, «Putting the Defendant in Their Place: Why Do We Still Use the Dock in Criminal Proceedings», *British Journal of Criminology*, (53-6), 2013, pp. 1139 ss.

———, *Legal Architecture: Justice, Due Process and the Place of Law*, Routledge, London, 2011.

NIEVA FENOLL, «La razón de ser de la presunción de inocencia», *InDret*, (1), 2016.

PEER/GAMLIEL, «Heuristics and Biases in Judicial Decisions», *Court Review*, (49-2), 2013, pp. 114 ss.

ROXIN, *Derecho Procesal Penal*, trad. por Córdoba/Pastor, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2000.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

SERRANO, «La discusión en torno al estatus jurídico conceptual o naturaleza jurídica de la pena natural (*poena naturalis*)», *Cadernos de Dereito Actual*, (16), 2021, pp. 322 ss.

SEXTO EMPÍRICO, *Esbozos pirrónicos*, trad. por Gallego Cao/Muñoz Diego, Gredos, Madrid, 2014.

STEIN/DROUIN, «Cognitive Bias in the Courtroom: Combating the Anchoring Effect through Tactical Debiasing», *University of San Francisco Law Review*, (52-3), 2018, pp. 393 ss.

STUCKENBERG, «Who is Presumed Innocent of What by Whom?», *Criminal Law and Philosophy*, (8), 2014, pp. 301 ss.

TARUFFO, «El juez y el historiador: consideraciones metodológicas», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (44), 2021, pp. 13 ss.

———, «Sobre la complejidad de la decisión judicial», *Precedente*, (1), 2012, pp. 181 ss.

VÁZQUEZ SOTELO, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*, Bosch Editor, Barcelona, 1984.

VEGAS TORRES, *La presunción de inocencia del art. 24.2 de la Constitución en el proceso penal español*, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992.

VILLAMARÍN LÓPEZ, «La Directiva Europea 2016/343, de 9 de marzo, sobre presunción de inocencia y el derecho a estar presente en juicio», *InDret*, (3), 2017.

ZHANG, «Spatial Cognition in the Courtroom: A Quasi-Experimental Study of the Influence Canadian Courtroom Design Has on Jury Cognition», *The Young Researcher*, (3-1), pp. 33 ss.

Estado de necesidad agresivo justificante y adecuación

Una interpretación a partir del Means Principle

Sumario

-

El presente trabajo aborda el problema del requisito de la adecuación de la acción de salvaguarda realizada en el marco de un estado de necesidad agresivo justificante. Aunque el legislador español haya prescindido de regular una «cláusula de adecuación» expresa en el art. 20.5º Código Penal español, una parte de la literatura española se ha pronunciado a favor de aceptar esta cláusula como exigencia no escrita. Después de considerar plausible este punto de vista, se demostrará que la cláusula debe regir como «principio de no instrumentalización», en tanto derivado de la dignidad humana. Sin embargo, se mostrará que el mero recurso a estos conceptos jurídicos indeterminados no es suficiente: no es claro qué significa instrumentalizar a otra persona. Es por eso que se propondrá una interpretación de aquel principio a partir del Means Principle desarrollado en la literatura de la filosofía anglosajona.

Abstract

-

This article addresses the issue of the adequacy of the offense committed under the necessity defense. Although the Spanish legislator refrained from explicitly regulating an "adequacy clause" in Article 20.5 of the Spanish Penal Code, some scholars advocate for recognizing this clause as an unwritten legal principle. Upon establishing the plausibility of this position, it will be argued that the clause should be considered a "principle of non-instrumentalization" derived from the concept of human dignity. However, it will be shown that mere recourse to these vague legal terms is unsatisfactory: it is not clear what the instrumentalization of another human being means. For this reason, an interpretation of this principle based on the Means Principle as developed in Anglo-Saxon philosophy is proposed.

Abstract

-

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit der Angemessenheitsvoraussetzung bzgl. der in einem rechtfertigenden Notstand ausgeführten Handlung. Obwohl der spanische Gesetzgeber keine „Angemessenheitsklausel“ in Art. 20.5 des spanischen Strafgesetzbuches vorgesehen hat, plädiert ein Teil der spanischen Literatur dafür, die Angemessenheit der im Notstand ausgeführten Handlung als ein ungeschriebene Voraussetzung anzunehmen. Vorliegend wird dargelegt, warum diese Ansicht überzeugend ist. Anschließend soll gezeigt werden, dass die Angemessenheitsprüfung eine Anforderung des Grundsatzes der „Nicht-Instrumentalisierung“ darstellt, welcher aus der Menschenwürde folgt. Es wird jedoch gezeigt, dass der bloße Rückgriff auf diese unbestimmten Rechtsbegriffe nicht ausreicht: Es ist unklar, was die „Instrumentalisierung eines anderen Menschen“ bedeutet. Aus diesem Grund wird eine Auslegung dieses Grundsatzes auf der Grundlage des in der angelsächsischen Philosophie entwickelten Means Principle vorgeschlagen.

Title: *Necessity Defense, Adequacy and the Means Principle*

Titel: *Der rechtfertigende Notstand, Angemessenheitsklausel und Means Principle*

-

Palabras clave: *causas de justificación, cláusula de adecuación, instrumentalización, restricciones deontológicas, Means Principle*

Keywords: *justifications, adequacy, treating persons as means, deontological restrictions, Means Principle*

Stichwörter: *Rechtfertigungsgründe, Angemessenheitsklausel, Instrumentalisierung, deontologische Einschränkungen, Means Principle*

-

DOI: 10.31009/InDret.2024.i3.09

Recepción
28/11/2023

-

Aceptación
12/03/2024

-

Índice

-

- 1. Introducción**
- 2. El estado de la discusión en España sobre la cláusula de adecuación**
- 3. Cláusula de adecuación**
 - 3.1. Adecuación e indeterminación
 - 3.2. Utilitarismo de regla
 - 3.3. Procedimiento previsto por ley: el principio de subsidiariedad
 - 3.4. Dignidad humana
- 4. La adecuación como prohibición de instrumentalización desde la perspectiva del Means Principle**
 - 4.1. Introducción al *Means Principle*
 - 4.2. Posibles excepciones al *Means Principle*
 - 4.3. Solución del caso *Trasplante*
- 5. Conclusión**
- 6. Bibliografía**

-

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

1. Introducción*

El estado de necesidad agresivo justificante es sin lugar a duda uno de los institutos de la teoría del delito que más ha llamado la atención de los juristas. En el caso del Código Penal español, el legislador ha decidido regular el estado de necesidad en el art. 20.5 CP¹. En su redacción podemos ver ya plasmado uno de los elementos centrales de esa figura jurídica: la cláusula de ponderación para analizar la legitimidad de la acción de salvaguarda emprendida en el marco de una situación de necesidad². Esto se ve reflejado cuando se aclara expresamente «que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar» (inc. 1º). En la literatura, se han investigado detalladamente varios de sus elementos, ya sea qué implica hacer una «ponderación de males» y cómo debe llevarse a cabo³, o incluso el fundamento del instituto según la filosofía del derecho⁴. Sin embargo, ha habido un punto en particular que, salvo algunas excepciones, ha quedado relegado por la doctrina española: el problema de la *adecuación* de la acción mediante la cual se hace la injerencia en una situación de estado de necesidad⁵.

* Autora de contacto: María Lucila Tuñón Corti, LL.M. (maria.tunon_corti@uni-wuerzburg.de). Becaria doctoral DAAD (2021-2025); ganadora de la beca Barbara Huber para el área de derecho penal otorgada por el Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht. Quisiera agradecerle a Marta Pantaleón Díaz, José Béguelin, Marcelo Lerman, Ivó Coca Vila y Leandro Dias por sus valiosos comentarios a versiones preliminares de este texto. Extiendo el agradecimiento a los dos revisores por sus sugerencias que han ayudado a mejorar esta versión final. Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación UBACyT “Sobre el cuestionamiento a la distinción entre ilícito y culpabilidad en la obra de Michael Pawlik. Análisis de las consecuencias dogmáticas de la renuncia a un concepto de ilícito independiente de la culpabilidad” (código: 20020190100143BA) dirigido por el Prof. Dr. Marcelo Lerman.

¹ MIR PUIG/GÓMEZ MARTÍN, «Art. 20», en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (eds.), *Comentarios al Código Penal*, 2015, nm 30.

² BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, pp. 197 ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, «Estado de necesidad, colisión de deberes y la navaja de Ockham», en DE VICENTE REMESAL/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/PAREDES CASTAÑÓN et. al (eds.), *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña*, 2020, p. 807.; SÁNCHEZ DAFUACE, «El conflicto entre vidas en derecho penal», *Nuevo Foro Penal*, (16-95), 2020, p. 32.; SILVA SÁNCHEZ/BALDÓ LAVILLA/CORCOY BIDASOLO, *Casos de la jurisprudencia con comentarios doctrinales: Parte General*, 1997, p. 229.

³ BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, pp. 242; 216 ss.; MARTÍNEZ CANTÓN, *La ponderación en el estado de necesidad*, 2006, pp. 111 ss.

⁴ ENGLÄNDER, «Die Rechtfertigung des rechtfertigenden Aggressivnotstands», (164-5), *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2017, pp. 242 ss.; SILVA SÁNCHEZ, «Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia», *Revista Discusiones*, (7), 2007, pp. 31 ss.; WILENMANN, «El fundamento del estado de necesidad justificante en el derecho penal chileno. Al mismo tiempo, introducción al problema de la dogmática del estado de necesidad en Chile», *Revista de Derecho (Valdivia)*, (27), 2014, pp. 213 ss.

⁵ Cabe ya aclarar que una parte de la doctrina española entiende que el problema de la «cláusula de adecuación» debe ubicarse en el art. 20.5, incisos 2º-3º, CP, como correlato del requisito «ausencia de provocación intencional» y «deber de soportar el peligro». Esos dos elementos negativos de la causa de justificación aquí no serán tratados y no se descarta que la “adecuación” de la acción en estado de necesidad esté parcialmente vinculada con la provocación y los deberes de soportar. Esta cuestión se retomará parcialmente hacia el final del trabajo. En esta contribución, no obstante, se entenderá a la adecuación de un modo diferente: como un requisito autónomo, intrínseco a la regla general española sobre estado de necesidad justificante y analíticamente diferente a los incisos 2º y 3º, al menos, en principio. Sobre esto último, inmediatamente en el texto principal. Sobre aquella interpretación primero mencionada, véase COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho Penal*, 2016, p. 342; MARTÍNEZ CANTÓN, *La ponderación en el estado de necesidad*, 2006, pp. 760 s.; SILVA SÁNCHEZ, «Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (35), 1982, pp. 683 ss.; VALLE MUÑOZ, «Fundamento, alcance y función de las causas de justificación incompletas en el Código Penal español», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (45/2), 1992, pp. 603 ss., todos con más referencias.

Tal vez el posible motivo de esto sea el hecho de que el art. 20.5 CP no establece una cláusula de adecuación de forma expresa, como sí lo hacen otros ordenamientos jurídicos⁶, en especial el Código Penal alemán. Así, el texto legal alemán aclara en el § 34, oración 2, StGB, que la justificación solo es aplicable «en caso de que el hecho sea un medio adecuado para repeler el peligro»⁷. En este trabajo se mostrará que una interpretación razonable del Código Penal español ha de señalar que esa cláusula rige (y debe regir) como requisito no escrito del art. 20.5 CP y se le brindará un contenido concreto.

Puntualmente, en los siguientes apartados se desarrollará cuál ha sido la recepción de esta cláusula de adecuación en la literatura española, respecto de la cual se ha hecho hincapié en que debería estar basada en el principio de dignidad humana, de manera similar a como lo ha hecho parte de la literatura alemana (2.). A partir de esa discusión se concluirá que en España también existe una cláusula de adecuación en el marco del estado de necesidad agresivo justificante, aunque no se encuentre escrita. Posteriormente, se tratarán las principales interpretaciones que se han hecho respecto del contenido de la cláusula y se señalará que ninguna de las alternativas propuestas hasta ahora es completamente convincente (3.). Luego se ofrecerá una lectura novedosa de la cláusula de adecuación a partir del llamado «Means Principle» (principio de medios) (se utilizará el original en inglés, para evitar confusiones con el principio de no instrumentalización de derecho continental que se analizará más adelante), proveniente de la discusión filosófica anglosajona (4.). En pocas palabras, se trata de una idea que se asemeja a las posiciones que interpretan la cláusula de adecuación como prohibición de instrumentalización como derivado de la dignidad humana, pero que logra concretizar su contenido y hacer más transparente la argumentación. Finalmente, se brindará una breve conclusión (5.).

El caso que guiará el análisis en los siguientes apartados es el siguiente:

*Trasplante*⁸: El paciente X es víctima de un accidente y necesita urgentemente un trasplante de riñón. No solo eso: X es un conocido cirujano que realiza cirugías de alta complejidad únicas en el mundo

⁶ Por ejemplo, el art. 20. 4º b) del Código Penal peruano exige que el medio sea adecuado. Véase CHOCANO RODRÍGUEZ, «Situaciones de necesidad de las que derivan causas de justificación: estado de necesidad agresivo y defensivo», en TIEDEMANN/HURTADO POZO, *et al.* (eds.), *Problemas fundamentales de la parte general del Código*, 2009, p. 287.

⁷ Traducción tomada de WILENMANN, *La justificación de un delito en estado de necesidad*, 2017, p. 601.

⁸ Este ejemplo, sin el agregado de las diez personas que serán salvadas por el necesitado, se encuentra en BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., 1999, nm. 731.; BAJO FERNÁNDEZ, «La intervención médica contra la voluntad del paciente», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 32, 1979, p. 494.; BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, pp. 242 s.; CEREZO MIR, «La regulación del estado de necesidad en el Código Penal español», en *Estudios Penales y Criminológicos*, (10), 1987, p. 85.; EL MISMO, *Derecho Penal. Parte General*, 2008, p. 508.; LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal*, 3ª ed., 2016, pp. 416 s.; MARTÍNEZ CANTÓN, *La ponderación en el estado de necesidad*, 2006, pp. 769; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed., 2011, nm. 17/70.; SÁNCHEZ DAFUACE, «El abatimiento de un avión secuestrado», *InDret*, (4), 2014, p. 6; SILVA SÁNCHEZ/BALDÓ LAVILLA/CORCOY BIDASOLO, *Casos de la jurisprudencia con comentarios doctrinales: Parte General*, 1997, p. 248 con leves modificaciones; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, «La dignidad humana y sus consecuencias normativas en la argumentación jurídica ¿Un concepto útil?», *Revista Española de Derecho Constitucional*, (102), 2014, p. 198; LA MISMA, «El estado de necesidad», en QUINTERO OLIVARES/CARBONELL MATEU/MORALES PRATS *et al.* (eds.), *Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena*, 4ª ed., 2018, p. 155.; VALLE MÚNIZ, *ADPCP*, (45-2), 1992, p. 598 con nota al pie n. 91. La incorporación de las diez personas que con seguridad serían salvadas tiene el sentido de dejar en claro que la acción del médico M salva un interés esencialmente preponderante, en el sentido de que la ponderación debería dar positiva por un margen amplio. Por supuesto, se podría señalar que esas consecuencias (seguras) a largo plazo no deben ser tenidas en cuenta en la ponderación, por alguna razón. Esta última posibilidad, que sin dudas es contraria a un análisis de ponderación consecuencialista usual, puede ser dejada de lado aquí. Asumo aquí como señala MOLINA FERNÁNDEZ, «El estado de necesidad como ley general. (Aproximación a un sistema de causas de justificación)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (1), 2000, pp. 221

y que, si sobreviviese, salvaría –con seguridad– a al menos a diez personas más en el próximo año. Al mismo tiempo, se encuentra en el hospital el paciente *B*, que podría donar el riñón que se necesita. Pero *B* se niega a que se lo extraigan. El médico *M* se lo extrae por la fuerza de todos modos y salva a *X*. Tanto *X* como *B* luego viven vidas largas y plenas.

La pregunta es si acaso el médico *M* está justificado por estado de necesidad agresivo justificante conforme el art. 20.5 CP o si, por el contrario, es punible por lesiones corporales según el art. 147 CP⁹. En este marco, existe una posición bastante extendida en España y en Alemania que concluye que en el caso en cuestión no se aplica ninguna causa de justificación (ni de exculpación) y, por eso, el médico es punible¹⁰. Sin embargo, a menudo se ha asumido esta solución sin un debate en profundidad. Si esto es así, entonces existe el riesgo de que se haya aceptado como cierta una solución propuesta, pero que puede no estar suficientemente fundamentada.

2. El estado de la discusión en España sobre la cláusula de adecuación

A pesar de que el ordenamiento español no codifica expresamente una regla de adecuación en sus requisitos del art. 20.5 CP, sino que más bien se limita a la ponderación de males sin la exigencia de un «medio adecuado», parte de la doctrina española acepta que la ponderación de males no puede ser llevada a cabo a cualquier costo, sino que debe tener un límite, incluso si la ley no lo establece de forma explícita¹¹. En otras palabras, aun si un interés a salvar fuese esencialmente superior al que se sacrifica, una justificación por estado de necesidad podría estar bloqueada si la acción no es «adecuada» en algún sentido. De esta forma, se ha defendido una «relación de adecuación» en vez de una «ponderación estricta de bienes», en la que se exige, así MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, que la acción de salvaguarda sea el medio adecuado para evitar el peligro¹². De esta manera, en el marco del estado de necesidad agresivo deberían ser diferenciados dos niveles de análisis: la ponderación en sí misma de los males y la cláusula de adecuación como un «filtro de seguridad»¹³. Así, sostiene GIMBERNAT ORDEIG lo siguiente:

«Todas las causas de justificación, como [...] el estado de necesidad, no sólo están regidas por el principio de ponderación de intereses, sino también por el de adecuación, en el sentido de que la

s., que la ponderación es un proceso complejo que debe tener en cuenta todos los intereses afectados como los «efectos directos e indirectos que pueda tener el hecho a largo plazo en la estructura social». Véase, a su vez, *infra* nota al pie n. 19.

⁹ En aras de la simplicidad, solo se supondrá aquí la responsabilidad penal en virtud del tipo penal básico del art. 147 CP (lesiones corporales) o su equivalente alemán, § 223, párr. 1, StGB. La cuestión de si puede considerarse una calificación adicional, como la del art. 149 o 150 CP, en el sentido de causar la pérdida de un órgano o miembro principal o no principal, no se abordará en este trabajo. Sobre el tipo penal básico y las agravantes, véase, GÓMEZ MARTÍN, «Tema 3: Delitos contra la salud individual», en CORCOY BIDASOLO (dir.), *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, t. 1, 3ª ed., 2023, pp. 108 ss.

¹⁰ Por todos, véase MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed., 2011, nm. 17/70 s.; ZIMMERMANN, *Rettungstötungen. Untersuchungen zur strafrechtlichen Beurteilung von Tötungshandlungen im Lebensnotstand*, 2009, p. 40.

¹¹ BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., 1997, pp. 270 s.; BAJO FERNÁNDEZ, *ADPCP*, (32), 1979, p. 493; BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, pp. 241 s.; CEREZO MIR, *EPC*, (10), 1987, pp. 84 s.; GIMBERNAT ORDEIG, «De nuevo sobre el caso Haidar», *El Mundo*, 15 de diciembre 2009.

¹² MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal*, 11ª ed., 2022, p. 304 s.

¹³ BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 242. Ya BAJO FERNÁNDEZ, *ADPCP*, (32), 1979, p. 495, se remitió a la legislación alemana sobre estado de necesidad para resaltar que la justificación dependerá de dos valoraciones: una referida a la ponderación del litigio y otra referida al sentido «ético-social» de la acción de salvaguarda.

lesión de un bien jurídico-penalmente protegido, para que pueda quedar exenta de pena, tiene que manifestarse como “el medio adecuado (correcto) para alcanzar un fin que el legislador ha reconocido como legítimo (correcto)”. Por lo que se refiere en concreto al estado de necesidad, ese criterio de adecuación –que complementa y, a veces, corrige, el de proporcionalidad– puede deducirse tanto de los principios generales del Derecho, como de algunas regulaciones específicas contenidas en leyes penales o extrapenales»¹⁴.

Por supuesto que requerir que el medio utilizado para salvar un interés superior sea «adecuado» no dice demasiado: se trata de una cláusula general relativamente indeterminada. Por esa razón, al límite de la adecuación del medio se le ha intentado dar un contenido más concreto. Una postura bastante difundida encuentra ese contenido en el principio constitucional de la dignidad humana, en línea incluso con la interpretación de gran parte de la doctrina alemana sobre la cláusula de adecuación del § 34, oración 2, StGB¹⁵. Es decir, se ha abogado por aceptar una justificación según el art. 20.5 CP solo cuando se cumpla el requisito del interés preponderante y, adicionalmente, la acción de salvaguarda no implique un «grave atentado a la dignidad de las personas»¹⁶. A modo de ejemplo, LUZÓN PEÑA considera que, si comparamos el texto legal español con el alemán, podría entenderse que esa cláusula de adecuación entendida desde el Derecho español se encuentra precisamente en el contenido del art. 10.1 CE como correlato de que la dignidad, los derechos inviolables y el libre desarrollo de la personalidad son fundamento del orden político y la paz social, o en la prohibición de tortura y tratos degradantes según el art. 15 CE¹⁷. Por consiguiente, tal como lo asume gran parte de la doctrina¹⁸ en el caso *Trasplante*, si bien el médico habría salvado un interés mayor (vida –incluso de varias personas más, que luego serían salvadas por X– versus integridad corporal)¹⁹, la acción de salvamento no sería

¹⁴ GIMBERNAT ORDEIG, *El Mundo*, 2009. Similar KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 8ª ed., 2017, nm. 166. También se considera que a la cláusula de adecuación podría dársele un significado autónomo en BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 242.

¹⁵ En esta dirección LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal*, 3ª ed., 2016, p. 417. Véase también BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., 1999, nm. 731 ss.; BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 242 con nota al pie n. 145, quien ha hecho referencia a los derechos fundamentales en general. Sobre el concepto y alcance jurídico de la dignidad humana TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *REDC*, (102), 2014, pp. 171 ss.

¹⁶ Así, aunque considere que la cláusula de adecuación en sí misma es un requisito formal, CEREZO MIR, *EPC*, (10), 1987, pp. 87 s. También véase BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., 1999, nm. 731 ss.

¹⁷ LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal*, 3ª ed., 2016, p. 417. También se ha hecho referencia a que la adecuación significa que el hecho se condiga con «los valores fundamentales de la comunidad jurídica». Cf. así BAJO FERNÁNDEZ, *ADPCP*, (32), 1979, p. 495, 499, en relación con el argumento de JESCHECK/WEIGEND, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 1996, p. 364. Hasta donde alcanzo, esa parte de la discusión que abogaba por considerar «valores éticos sociales» se ha ido transformando hacia las actuales propuestas de tener en cuenta la dignidad humana. Al respecto, véase MARTÍNEZ CANTÓN, *La ponderación en el estado de necesidad*, 2006, pp. 761 ss., con más referencias.

¹⁸ En este sentido BAJO FERNÁNDEZ, *ADPCP*, (32), 1979, p. 494; CEREZO MIR, *EPC*, (10), 1987, pp. 85 ss.; MARTÍNEZ CANTÓN, *La ponderación en el estado de necesidad*, 2006, p. 785; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed., 2011, nm 17/70.

¹⁹ Se podría objetar aquí que la remoción de un riñón, a pesar de que eso no afectará esencialmente la vida de quien sufre la ablación (véase lo que se señala en el caso original respecto de las vidas largas y plenas de los protagonistas), no permite hablar de una diferencia *esencial* entre los bienes en juego, en contra de lo que defiende la doctrina citada en la nota al pie n.º 18, e incluso con el agregado de que X además salvará más vidas en el futuro. Esta podría ser la opinión de quienes defiendan un fundamento del estado de necesidad justificante basado en la idea de solidaridad y, además, consideren que los deberes de solidaridad son muy poco exigentes y que eso debe verse reflejado en la ponderación de intereses: ningún interés sería «esencialmente» preponderante en el sentido aquí relevante cuando se trata de una injerencia tan grande como la pérdida de un órgano, incluso si con ese órgano se salvase a quinientas o un millón de personas y el «donante» pudiese continuar sin más con su vida tras la ablación. Este problema puede ser dejado de lado aquí, ya que se pretende dejar abierto el problema del fundamento último del estado de necesidad agresivo justificante. En todo caso, el lector es libre de ajustar el caso

«adecuada», debido a que implicaría una violación a la dignidad humana de quien sufre la ablación de un órgano sin o contra su consentimiento.

Esta primera postura, entonces, propone la aplicación de una la cláusula de adecuación como elemento no escrito del art. 20.5 CP, que pasa a ser interpretado de modo similar al § 34 StGB²⁰. De hecho, existen voces que ante la falta expresa de esta cláusula han abogado por una reforma del texto legal, en línea con la disposición alemana²¹.

Esta posición, de todos modos, no es la única. Así, hay autores que si bien no sostienen expresamente la existencia de una cláusula de adecuación en el Derecho penal español, sí han resaltado que al estado de necesidad se le deben imponer límites por medio de una interpretación²². De esta forma, en el caso *Trasplante*, estos autores reconocen que ciertamente estarían dados los requisitos exigidos en el art. 20.5 CP, ya que el médico lesiona un interés menor (integridad corporal) que el salvado (vida)²³. La ponderación tendría un saldo positivo. Pero otorgarle un efecto justificante a tal conducta sería una consecuencia insostenible²⁴. Es entonces cuando se introduce el concepto de «instrumentalización»²⁵, en tanto grave atentado a la dignidad humana²⁶: el médico, al haberle quitado algo tan importante como un órgano al paciente sin su consentimiento (y, adelantese, sin seguir el procedimiento reglado por el Estado para estas injerencias), habría tratado al paciente como un mero medio para lograr un fin. Como resultado, si se ha instrumentalizado a la víctima de la injerencia, la acción de salvaguarda en *Trasplante* que extrae el riñón, aunque sea para salvar a otra persona de un peligro concreto de muerte, no debe ser considerada como un mal menor y, por ende, no podría justificarse²⁷. Esta postura, si bien no reconoce expresamente la existencia de una cláusula de adecuación como

de modo tal que se produzca una diferencia esencial (por ejemplo, modificando el trasplante de riñón por una injerencia menos drástica, como una extracción de sangre –sobre este último caso, véase en detalle *infra*–).

²⁰ Tajantes en este sentido ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio del Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., 2017, p. 400, quienes consideran que «aunque en el art. 20.5º no se hace mención expresa a este extremo, nos parece que es un requisito más y necesario para la aplicación de la eximente, porque pertenece a su esencia: los medios empleados por el sujeto han de ser adecuados para alcanzar el fin perseguido, para salvar al bien jurídico en peligro (...) como requiere de modo expreso el art. 34 del CP alemán».

²¹ Crítico al respecto, BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., 1999, nm. 732, ya que el art. 20.5 CP no cumple «con las exigencias que requiere la conciencia jurídica actual». Hay quienes dejan abierta la cuestión, como es el caso de SILVA SÁNCHEZ/BALDÓ LAVILLA/CORCOY BIDASOLO, *Casos de la jurisprudencia con comentarios doctrinales: Parte General*, 1997, p. 230.

²² Por ejemplo, véase CEREZO MIR, *EPC*, (10), 1987, p. 91, quien sostiene que la dignidad humana tiene que complementar a la ponderación; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed., 2011, nm 17/70.

²³ Véase nota al pie n. 18.

²⁴ MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed., 2011, nm 17/70. También muy claro al respecto BAJO FERNÁNDEZ, *ADPCP*, (32), 1979, p. 496: un cálculo tal «hiere la sensibilidad de cualquier jurista».

²⁵ El concepto de «no instrumentalización» surge como modelo de la segunda formulación del imperativo categórico de Kant: una persona no se debe ser tratada por los otros como medio sino como un fin. Véase ALONSO ÁLAMO, «Derecho Penal y dignidad humana. De la no intervención contraria a la dignidad a los delitos contra la dignidad», en ÁLVAREZ GARCÍA *et al.* (coords.), *Libro Homenaje al Profesor Luís Rodríguez Ramos*, 2013, p. 267.; CHIESA, «Caso la Mignonette», en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ (ed.), *Casos que hicieron doctrina en el derecho penal*, 2ª ed, La Ley, 2011, pp. 99 ss.; DOMÉNECH PASCUAL, «¿Puede el Estado abatir un avión con inocentes a bordo para impedir un atentado kamikaze?», *Revista de Administración Pública*, (170), 2006, p. 397.; MOLINA FERNÁNDEZ, en DE VICENTE REMESAL/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/PAREDES CASTAÑÓN *et. al* (eds.), *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña*, 2020, p. 830; PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 252; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *REDC*, (102), 2014, pp. 184 ss.

²⁶ CEREZO MIR, *EPC*, (10), 1987, p. 87; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed., 2011, nm 17/70. Similar con respecto a la instrumentalización en términos generales COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho Penal*, 2016, p. 485.

²⁷ CEREZO MIR, *EPC*, (10), 1987, pp. 88 s.

elemento no escrito del art. 20.5 CP, llega en lo esencial a las mismas conclusiones que la anterior.

Si alguna de estas dos posiciones que suelen encontrarse en la literatura española es correcta, entonces es posible asumir que en casos como *Trasplante* lo que está en juego es la adecuación de la acción de salvamento. No obstante, uno podría preguntarse por qué una cláusula de adecuación podría ser relevante para España si el mismo Código Penal no la prevé expresamente. Es por eso que una parte de la doctrina penal española sostiene que no es necesario atender ni referirse a una cláusula de adecuación, la cual ha sido considerada inexistente, debido a que el legislador no la ha regulado²⁸. Según esta posición, esto no impediría que se pueda reconocer la importancia de «valores ético-sociales» que estarían ya ponderados dentro del concepto de «mal»²⁹. Así, cuando estuviese en juego particularmente la dignidad humana debería hacerse una ponderación muy cuidadosa, tendiente a impedir la justificación de una grave afectación a una «manifestación esencial de la dignidad»³⁰, pero sin considerar que aquella tenga un valor absoluto equivalente a una imponderabilidad³¹. De esta forma, la dignidad humana sí podría ceder cuando se afecten «manifestaciones menos graves» de su figura³². Pero esto no implicaría necesariamente tener que reconocer o profundizar una cláusula de adecuación como propone una parte de la doctrina³³. Por el contrario, la dignidad humana sería un interés más a considerar dentro de la ponderación, independientemente del valor supremo que le reconozca nuestro ordenamiento jurídico en el art. 15 CE³⁴.

Sin embargo, una interpretación de esta clase se topa con varias dificultades. Primero, considerar que la dignidad humana es ponderable y hacer depender su aplicación de los resultados de la ponderación da lugar a una concepción demasiado laxa de lo que verdaderamente significa la dignidad humana como valor fundamental para un ordenamiento jurídico liberal. Cuando están en juego argumentos basados en la idea de dignidad, se hace referencia a ciertos principios deontológicos que justamente funcionan como *límite* a la ponderación. Supongamos que se está frente a una «manifestación esencial» de la dignidad humana. Si se acepta que la dignidad humana es un mero elemento más en la «ponderación global», el carácter justificado o no justificado de la conducta termina dependiendo de factores empíricos contingentes del caso.³⁵ Quizá en *Trasplante* la combinación de integridad corporal y una manifestación esencial de la

²⁸ MARTÍNEZ CANTÓN, *La ponderación en el estado de necesidad*, 2006, pp. 859; VALLE MUÑOZ, *ADPCP*, (45/2), 1992, p. 606.

²⁹ MARTÍNEZ CANTÓN, *La ponderación en el estado de necesidad*, 2006, pp. 765, 807 s. Similar CÓRDOBA RODA, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, 1966, p. 184, nota al pie n. 1.

³⁰ MARTÍNEZ CANTÓN, *La ponderación en el estado de necesidad*, 2006, pp. 808, 860 s.; Cf. también ALONSO ÁLAMO, en ÁLVAREZ GARCÍA *et al.* (coords.), *Libro Homenaje al Profesor Luís Rodríguez Ramos*, 2013, p. 282, quien sostiene que «los ataques a la dignidad son graduables».

³¹ MOLINA FERNÁNDEZ, en DE VICENTE REMESAL/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/PAREDES CASTAÑÓN *et. al* (eds.), *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña*, 2020, p. 808.

³² MOLINA FERNÁNDEZ, *RDPC*, (1), 2000, p. 216.

³³ MARTÍNEZ CANTÓN, *La ponderación en el estado de necesidad*, 2006, p. 859.

³⁴ MARTÍNEZ CANTÓN, *La ponderación en el estado de necesidad*, 2006, p. 859; MOLINA FERNÁNDEZ, *RDPC*, (1), 2000, p. 215. DIEZ RIPOLLÉS, *Política Criminal y Derecho penal*, 3ª ed., t. I, 2020, p. 873, sostiene que la dignidad humana tiene que incluirse en la ponderación, pero no como un interés más, sino que debe ser el marco en el que se produce la ponderación. Sin referirse particularmente a una cláusula de adecuación, consideran que la dignidad humana puede incluirse dentro de la ponderación, FARALDO CABANA, «Artículo 20.5», en CUERDA ARNAU (ed.), *Comentarios al Código Penal*, t. 1, 2023, p. 265; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, en QUINTERO OLIVARES/CARBONELL MATEU/MORALES PRATS *et al.* (eds.), *Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena*, 4ª ed., 2018, p. 156.

³⁵ Aquí tomo la terminología de GRECO, «Conveniencia y respeto: sobre lo hipotético y lo categórico en la fundamentación del Derecho penal», *InDret*, (4), 2010, p. 5.

dignidad humana sean suficientes para superar en peso (o igualar en peso) a la vida de quien necesitaba el trasplante. ¿Pero qué sucedería si por alguna razón el trasplante, además, permitiría salvar no ya a diez, sino a mil vidas en el próximo año (supóngase, porque el trasplantado trabaja en una zona muy pobre en la que todos los pobladores dependen de él para ser salvados ante emergencias médicas)?

Segundo, a la propia indeterminación del concepto «dignidad humana»³⁶ se le sumaría la indeterminación del límite entre «lo esencial y lo menor» de su manifestación. Esto todavía se hace más evidente si se incluye en la ponderación no solo la dignidad humana, sino también otros «valores ético-sociales»³⁷. Esta combinación de conceptos jurídicos indeterminados brinda un enorme margen de apreciación difícilmente compatible con un entendimiento razonable del estado de necesidad agresivo justificante. Por consiguiente, son correctas las interpretaciones del Derecho penal español que buscan un límite *a* la ponderación *por fuera* de esta.

Por consiguiente, se considerará, siguiendo la perspectiva señalada, que el problema de la adecuación del medio necesario en el estado de necesidad agresivo justificante se presenta tanto en Alemania, como en España. Se trata, en definitiva, de un requisito esencial del estado de necesidad justificante según el art. 20.5 CP, cuya infracción elimina la posibilidad de una justificación de la injerencia en estado de necesidad agresivo³⁸. Aclarado este punto, las secciones siguientes mostrarán cómo ha sido abordada la cláusula de adecuación sobre todo en la literatura alemana pero también en la española y qué función se le ha otorgado. No obstante, incluso si no se acepta (implícita o explícitamente) una cláusula de adecuación en el marco del 20.5 CP, lo señalado sirve para mostrar que la discusión sobre casos como *Trasplante* parecería ir mucho más allá de la ponderación. Por consiguiente, lo que se señalará en los siguientes apartados puede llegar a ser interesante también para quienes rechazan una cláusula de adecuación.

3. Cláusula de adecuación

3.1. Adecuación e indeterminación

Puesto que el concepto «adecuación» es indefinido, abierto y vago³⁹, su contenido y función están discutidos en la literatura del Derecho penal. Respecto de los efectos de la cláusula de adecuación (escrita o no escrita), se debate principalmente en qué medida la adecuación debe tener un efecto en la ponderación que ya se llevó a cabo de conformidad con el primer párrafo del § 34 StGB –o con el 20.5 CP, como ya se vio anteriormente–. Es decir, qué criterio(s) debe(n) ser considerado(s) como un complemento a la ponderación, de modo tal que al final del análisis se pueda hablar de una acción adecuada⁴⁰.

³⁶ ALONSO ÁLAMO, en ÁLVAREZ GARCÍA *et al.* (coords.), *Libro Homenaje al Profesor Luís Rodríguez Ramos*, 2013, p. 269; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *REDC*, (102), 2014, p. 167.

³⁷ En tal caso, las conclusiones son mucho más mutables. En parte, gracias a la indeterminación del concepto.

³⁸ Para una argumentación similar, en el sentido de que un elemento no mencionado explícitamente en la regulación del art. 20.5 CP, como la subsidiariedad (o «necesidad abstracta») puede ser considerado como un requisito esencial, véase COCA VILA, «Ocupación pacífica de la vivienda en estado de necesidad», en OROZCO LÓPEZ/REYES ALVARADO/RUIZ LÓPEZ (eds.), *Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, 2022, pp. 562 s.

³⁹ PANTALEÓN DÍAZ, «Justificación penal, sacrificio y unas abejas», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (75/1), 2022, p. 604.; PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 247.; WILENMANN, *La justificación de un delito en estado de necesidad*, 2017, p. 600; ZIESCHANG, «§ 34», *LK-StGB*, 13ª ed., 2019, nm 151, con otras referencias.

⁴⁰ JOERDEN, «§ 34, Satz 2 und das Prinzip der Verallgemeinerung», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1991, pp. 411.; ROSENAU, «§ 34», *SSW-StGB*, 5. ed., 2021, nm 15.

Así, parte de la literatura⁴¹ niega una función autónoma de la cláusula de adecuación: la consideran superflua y vacía, ya que solo representaría una mera «cláusula de control» del examen exhaustivo, ya realizado, de la situación concreta. La cláusula tendría por objeto garantizar al final del análisis que el resultado determinado es justo y solo obligaría a hacer un último control de que fueron cumplidos los otros requisitos del estado de necesidad agresivo justificante. En el mejor de los casos, se trataría de una especie de «alerta» que dirige la atención del que aplica la ley hacia ciertos valores básicos fundamentales que no deben pasarse por alto en la ponderación de intereses. Por el contrario, otra parte de la literatura⁴² quiere atribuirle, con razón, un carácter independiente a la cláusula de adecuación como nivel adicional de análisis que podría dar lugar a una eventual restricción de la posibilidad de justificación por estado de necesidad.

Comiéncese por la postura que considera superflua a la cláusula de adecuación. Es cierto que «adecuado» es un concepto en principio poco claro, pero ello no impide que la cuestión se esclarezca mediante un debate racional. De hecho, esto es algo usual en regulaciones escuetas de problemas difíciles, como el estado de necesidad justificante. A modo de ejemplo, el art. 20.5, inc. 1º, CP, no dice cómo debemos sopesar los males y el § 34 StGB tampoco ofrece una respuesta clara sobre lo que significa «ponderar». Ni siquiera el *telos* de la disposición legal está lo suficientemente claro y hay al menos⁴³ dos posiciones con visiones opuestas: el criterio utilitarista del interés preponderante y el criterio deontológico vinculado a la idea de solidaridad. Ninguno de estos fundamentos se encuentra en el texto de la ley y el mero hecho de que se haga referencia a un proceso de ponderación no dice nada sobre cómo realizar ese complejo proceso;⁴⁴ y no por eso el término «ponderación» ha sido considerado «superfluo». Al contrario, se han hecho esfuerzos para poder concretizarlo mediante interpretación.

Lo mismo cabe decir del término «adecuado». Son conceptos indeterminados, pero luego corresponde a la literatura y a la jurisprudencia darles cuerpo, y todo depende del significado o contenido que se les dé en la interpretación y aplicación de la ley. El objetivo es encontrar una fórmula precisa y plausible de lo que es «adecuado» en cada caso, para darles así contornos más claros a las reglas sobre estado de necesidad justificante, aun cuando no sea un requisito escrito en la letra legal. De hecho, el concepto de adecuación dejaría de ser superfluo en el momento en

⁴¹ CEREZO MIR, *EPC*, (10), 1987, pp. 87 s.; ENGLÄNDER, «Die Anwendbarkeit von § 34 StGB auf intrapersonale Interessenkollisionen», (157-1), *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2010, pp. 18 s.; FREELAND, *El estado de necesidad agresivo justificante: una propuesta liberal*, 2020, p. 442.; OTTO, *Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre*, 7ª ed., 2004, p. 127.; PERRON, «§ 34», *Strafgesetzbuch*, 30ª ed., 2019, nm 46.; ROXIN/GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. I, 5ª ed., 2020, nm 92, 100.; ZIESCHANG, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, nm 274.; EL MISMO, «§ 34», *LK-StGB*, 13ª ed., 2019, nm 152, 164. Véase también PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 245 ss., con más referencias.

⁴² BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 242.; DUTTGE, «§ 34», *Gesamtes Strafrecht. Handkommentar*, 2ª ed., 2011, nm 21.; GIMBERNAT ORDEIG, *El Mundo*, 2009; JESCHECK/WEIGEND, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 1996, p. 363; JOERDEN, GA, 1991, p. 411.; KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 8ª ed., 2017, nm 167 ss.; NEUMANN, «§ 34», *NK-StGB*, 6ª ed., 2023, nm 21a; RENGIER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 13ª ed., 2021, § 19/49; ROSENAU, «§ 34», *SSW-StGB*, 5ª ed., 2021, nm 32; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 52ª ed., 2022, nm 468 ss.; ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, p. 40. Sobre la jurisprudencia que sostiene esto, véase ZIESCHANG, «§ 34», *LK-StGB*, 13ª ed., 2019, nm 151. Crítico al respecto, PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 250.

⁴³ Para un panorama reciente de las distintas fundamentaciones del estado de necesidad justificante, con especial énfasis en el Derecho penal español, PANTALEÓN DÍAZ, *ADPCP*, (75-1), 2022, pp. 595 ss.; WILENMANN, *Revista de Derecho*, (27), 2014, pp. 213 ss.

⁴⁴ NESTLER, «Sonderopfer und Solidarität der Rechtsgemeinschaft als Grundlage für erlaubte Rechtsverletzungen», *Juristische Ausbildung*, 2020, p. 695.

que ayuda a resolver ciertos casos difíciles como *Trasplante*, en el que al parecer se cumplirían todos los requisitos del estado de necesidad agresivo, pero la justificación del autor luce injusta. Por supuesto que la determinación del concepto no debe dejarse a un mero sentimiento jurídico, sino que requiere razones fundadas que determinen por qué un medio es adecuado y el otro no⁴⁵. A continuación se examinará cómo y con qué argumentos se ha llevado a cabo la concreción de este concepto jurídico indeterminado en la dogmática jurídico-penal.

3.2. Utilitarismo de regla

Un primer intento de interpretación de la cláusula de adecuación viene dado por una interpretación utilitarista, en línea con la fundamentación también utilitarista del estado de necesidad agresivo justificante⁴⁶. En particular JOERDEN ha señalado que la cláusula de adecuación debe ser interpretada según un utilitarismo de regla. La pregunta clave para determinar si un medio es adecuado para repeler un peligro y salvar un interés preponderante, a costa de otro menos importante, sería: «¿qué pasaría si todo el mundo hiciera esto?»⁴⁷. En términos más técnicos, para saber si una acción es correcta, debería juzgarse si una obediencia generalizada tiene como consecuencia la maximización del bienestar común⁴⁸. Se trata de examinar si la hipotética práctica extendida de un acto de este tipo tendría consecuencias predominantemente negativas para la sociedad, independientemente de los beneficios de la acción concreta. Si es así, el acto no puede estar permitido y, por tanto, sería inadecuado⁴⁹. Esta solución cuenta con cierto atractivo intuitivo a primera vista, sobre todo si consideramos el caso *Trasplante*. Si, al igual que JOERDEN, se parte de la idea del utilitarismo como la base fundamental del estado de necesidad agresivo justificante, parecería que en el proceso de ponderación la vida (o, las vidas, si se atiende a las consecuencias futuras de la salvación de X en *Trasplante*) podría ser un interés (esencialmente) preponderante en comparación con la integridad física⁵⁰. Pero la generalización de estos comportamientos de trasplantes forzados de órganos, en el sentido del utilitarismo de regla, puede conducir a resultados inaceptables⁵¹. Por ejemplo, podría haber efectos negativos en la población, que tendría miedo de ir a los hospitales, y quizá se generarían reacciones violentas, lo que a largo plazo llevaría a un cálculo negativo de la utilidad.

⁴⁵ JOERDEN, GA, 1991, p. 414.; SATZGER, «Gesetzlichkeitsprinzip und Rechtfertigungsgründe», *Juristische Ausbildung*, 2016, p. 160.

⁴⁶ En este sentido, HRUSCHKA, «Rettungspflichten in Notstandssituationen», *Juristische Schulung*, (6), 1979, pp. 388 ss.; JOERDEN, GA, 1991, p. 414. MEIßNER, *Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB)*, 1988, pp. 132 s. En detalle sobre la fundamentación utilitarista del estado de necesidad agresivo justificante, PANTALEÓN DÍAZ, *ADPCP*, (75-1), 2022, pp. 601 ss., especialmente p. 616. En contra de una fundamentación utilitarista WILENMANN, *Revista de Derecho*, (27), 2014, pp. 226 ss. Véase también PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 51 ss.

⁴⁷ JOERDEN, GA, 1991, p. 414.

⁴⁸ Sobre el utilitarismo de regla véase HUBNER, *Einführung in die philosophische Ethik*, 3ª ed., 2021, pp. 215 ss.; RACHELS, *Introducción a la filosofía moral*, 2006, pp. 169 ss.; RIVERA LÓPEZ, «Utilitarismo», en GONZÁLEZ RICOY/QUERALT (eds.), *Razones Públicas*, 2021, pp. 67 s.

⁴⁹ JOERDEN, en HILGENDORF/KUDLICH/VALERIUS (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, t. II, 2019, § 39 nm 63 ss.; EL MISMO, GA, 1991, p. 415.

⁵⁰ MARTÍNEZ CANTÓN, *La ponderación en el estado de necesidad*, 2006, p. 785. También señala que la injerencia en la víctima es un mal menor, aunque sin remisión a cualquier fundamento del estado de necesidad agresivo justificante, CEREZO MIR, *Estudios Penales y Criminológicos*, (10), 1987, pp. 85 ss.; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed., 2011, nm 17/70.

⁵¹ Véase el análisis del utilitarismo de regla a partir del caso *Trasplante* en RIVERA LÓPEZ, en GONZÁLEZ RICOY/QUERALT (eds.), *Razones Públicas*, 2021, p. 68.

Sin embargo, el problema de este análisis es que esas consecuencias negativas son contingentes. Una regla utilitarista que permitiera realizar estos actos en circunstancias muy restrictivas (por ejemplo, riesgo inmediato de muerte para una persona menor de veinte años, ausencia de riesgo para el «donante» y una compensación económica alta para quien pierde el riñón, en virtud de su sacrificio) tendría probablemente buenas consecuencias a largo plazo, incluso si se generalizara, porque más personas podrían vivir. Esto rige con más razón si se asume, como hace ROXIN⁵², que una vida con un solo riñón prácticamente es equivalente a una vida con dos riñones, por lo que los daños no serían tan relevantes, al menos según él. Empero, incluso muchos utilitaristas asumirían que en un caso como *Trasplante* la conducta *no* debería estar justificada, y esto vale también para aquellos casos en los que el cálculo de utilidad terminase siendo positivo según los criterios del utilitarismo de regla⁵³. Recurrir al utilitarismo de regla, cuyos resultados están condicionados por un cálculo de utilidad hipotético bastante complejo, pero contingente, no ofrece resultados satisfactorios para estos casos.

De modo similar a esta crítica al utilitarismo de regla, se ha señalado que, si se asumiese una fundamentación utilitarista del estado de necesidad agresivo justificante y se hiciese depender la decisión sobre la antijuridicidad de un acto explícitamente de las consecuencias, se correría el riesgo de que las normas de prohibición penal tiendan así a degradarse. El motivo de ello es que el Derecho penal es fundamentalmente un sistema deontológico de prohibiciones y esos elementos utilitaristas tienen que, en todo caso, limitarse mediante elementos deontológicos, como sugiere adecuadamente NEUMANN⁵⁴. Si, entonces, se quiere restringir de algún modo el utilitarismo (de acto) que ya se presupondría en disposiciones como el § 34 StGB o el art. 20.5 CP, un utilitarismo de regla no puede proporcionar esta restricción. Una fundamentación utilitarista de la cláusula de adecuación sería todavía menos aceptable ante una fundamentación deontológica del estado de necesidad basada en la solidaridad⁵⁵. Tanto en uno como en otro caso, parece, pues, que la cláusula de adecuación debería basarse en una idea no consecuencialista para que tenga un significado autónomo y asegure resultados razonables.

3.3. Procedimiento previsto por ley: el principio de subsidiariedad

Un segundo criterio para determinar el contenido de la cláusula de adecuación del estado de necesidad agresivo viene de la mano del «principio de subsidiariedad». Si bien la discusión sobre este principio es relativamente independiente del problema de este trabajo⁵⁶, en los últimos tiempos han surgido posiciones que interpretan que el contenido de la cláusula de adecuación está vinculada al carácter subsidiario del estado de necesidad justificante⁵⁷.

⁵² ROXIN, «60 Jahre Grundgesetz aus der Sicht des Strafrechts», en HÄBERLE (ed.), *60 Jahre deutsches Grundgesetz: Beiträge aus dem Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Jahre 2009-2011. 60 Jahre deutsches Grundgesetz*, 2011, p. 73.

⁵³ RIVERA LÓPEZ, en GONZÁLEZ RICOY/QUERALT (eds.), *Razones Públicas*, 2021, p. 68. Véase ya la posición clásica de THOMSON, «Killing, Letting Die, and the Trolley Problem», *The Monist*, (59), 1976, p. 206.

⁵⁴ NEUMANN, «Die Moral des Rechts: Deontologische und konsequentialistische Argumentationen in Recht und Moral», *Jahrbuch für Recht und Ethik/Annual Review of Law and Ethics*, 1994, p. 86.

⁵⁵ Al respecto, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, pp. 45 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Revista Discusiones*, (7), 2007, pp. 31 ss. con más referencias; WILENMANN, *Revista de Derecho*, (27), 2014, pp. 234 ss.

⁵⁶ En general sobre el principio de subsidiariedad del estado de necesidad justificante, por todos y con extensas referencias bibliográficas, COCA VILA, «On the Necessity Defense in a Democratic Welfare State: Leaving Pandora's Box Ajar», *Criminal Law and Philosophy*, 2023, pp. 9 ss.

⁵⁷ Véase CHOCANO RODRÍGUEZ, en TIEDEMANN/HURTADO POZO, et al. (eds.), *Problemas fundamentales de la parte general del Código*, 2009, p. 298; FREELAND, *El estado de necesidad agresivo justificante: una propuesta liberal*, 2020, p. 430; FRISTER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 17/17; JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, nm 13/36;

En particular, estas posturas parten de la base de que el Estado es quien debe ocuparse de contener las distintas situaciones de necesidad y lo hace a través canales institucionalizados creados por sus representantes democráticos⁵⁸. De esta manera, se considera que un acto de salvamento es adecuado según el art. 20.5 CP o el § 34, oración 2, StGB, si no hay un medio procedimental estatal ya predeterminado para atender esa concreta situación de necesidad⁵⁹. Por el contrario, si estaba a disposición un procedimiento estatal previsto para resolver esa necesidad concreta y no fue acatado, pues se actuó por fuera de la regulación procedimental prevista por ese canal estatal, el hecho no estará justificado, aun cuando el autor haya salvado un interés (muy) superior⁶⁰. De esta forma, se hace valer la primacía de las soluciones legales y canales procedimentales a la hora de determinar el ámbito de aplicación del estado de necesidad⁶¹, que operan con efecto oclusivo. Es por eso que se le denomina «subsidiariedad» o «agotamiento de las alternativas legales»⁶². Según este entendimiento, queda un margen limitado para la aplicación del estado de necesidad⁶³, ya que el Estado no puede abarcar y resolver absolutamente todas las situaciones de necesidad existentes⁶⁴. En el caso puntual de *Trasplante*, el médico no podría acceder a la justificación de estado de necesidad agresivo por el hecho de que, si bien salvó un interés superior, no siguió los procedimientos legales existentes (art. 4º c] de la Ley 30/1979, de 27 de octubre⁶⁵) para realizar salvamentos mediante trasplantes de órganos.

KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 10ª ed., 2022, § 17 nm 40; KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 8ª ed., 2017, nm. 168, 176 s.; LERMAN, «Estado de necesidad justificante, cláusula de adecuación y necesidades vinculadas a la exclusión social», *Derecho Penal y Criminología*, (45-119), 2024 pp. 15-27; MARTÍNEZ CANTÓN, *La ponderación en el estado de necesidad*, 2006, p. 784; NEUMANN, «§ 34», NK-StGB, 6ª ed., 2023, nm. 118b; PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 219, pp. 185 s., 250 ss. Sin referirse a la adecuación pero sí considera a la subsidiariedad como eje central del estado de necesidad agresivo, COCA VILA, en OROZCO LÓPEZ/REYES ALVARADO/RUIZ LÓPEZ (eds.), *Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, 2022, p. 562. Respecto del estado de necesidad disculpante SILVA SÁNCHEZ, «Aspectos de la discusión alemana sobre el estado de necesidad disculpante: una observación» en HORMAZÁBAL MALARÉE (coord.), *Estudios de Derecho Penal en memoria del Prof. Juan José Bustos Ramirez*, 2011, pp. 229 s.

⁵⁸ COCA VILA, en OROZCO LÓPEZ/REYES ALVARADO/RUIZ LÓPEZ (eds.), *Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, 2022, p. 559.; PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 219.

⁵⁹ Similar, aunque sin remitirse a la cuestión de la adecuación expresamente, COCA VILA, *Criminal Law and Philosophy*, 2023, p. 9; MOLINA FERNÁNDEZ, *RDPC*, (1), 2000, pp. 228 ss.; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, «El efecto oclusivo entre las causas de justificación», en BAJO FERNÁNDEZ/BARREIRO/ SUAREZ GONZÁLEZ (eds.), *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 1053; LA MISMA, en QUINTERO OLIVARES/CARBONELL MATEU/MORALES PRATS et al. (eds.), *Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena*, 4ª ed., 2018, p. 155 con referencias jurisprudenciales.

⁶⁰ PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 219 s. Véanse casos que pueden ejemplificar esta cuestión en COCA VILA, *Criminal Law and Philosophy*, 2023, pp. 4, 9 s., 13; GIMBERNAT ORDEIG, *El Mundo*, 2009; MARTÍNEZ CANTÓN, *La ponderación en el estado de necesidad*, 2006, pp. 751, 791 ss. Casos desde la regulación alemana KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 8ª ed., 2017, nm. 178.

⁶¹ COCA VILA, en OROZCO LÓPEZ/REYES ALVARADO/RUIZ LÓPEZ (eds.), *Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, 2022, p. 559.

⁶² COCA VILA, *Criminal Law and Philosophy*, 2023, p. 9.

⁶³ COCA VILA, *Criminal Law and Philosophy*, 2023, p. 5; MOLINA FERNÁNDEZ, en DE VICENTE REMESAL/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/PAREDES CASTAÑÓN et. al (eds.), *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña*, 2020, p. 828; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, en BAJO FERNÁNDEZ/BARREIRO/ SUAREZ GONZÁLEZ (eds.), *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 1053.

⁶⁴ COCA VILA, *Criminal Law and Philosophy*, 2023, p. 15, 17: esto puede suceder porque el legislador puede decidir no regular el canal democrático para una situación de necesidad determinada o porque las circunstancias han ido cambiando con el tiempo y ahora existan nuevos riesgos antes no tenidos en cuenta. Sobre otros problemas que pueden desencadenarse al aceptar este criterio WILENMANN, *La justificación de un delito en estado de necesidad*, 2017, pp. 601 ss.

⁶⁵ También así GIMBERNAT ORDEIG, *El Mundo*, 2009; MARTÍNEZ CANTÓN, *La ponderación en el estado de necesidad*, 2006, p. 792, excluyendo, por eso, la aplicación del estado de necesidad según el art. 20.5 CP.

Lo primero que debe decirse sobre esta cuestión es que no se trata de un criterio absolutamente errado; más bien todo lo contrario. Pues tiene sentido pensar que si el Estado ya tiene previsto un procedimiento para canalizar la situación de necesidad correspondiente y contener así la existencia de muchas posibles acciones en estado de necesidad –que podrían darse de forma continua y sin coordinación en una sociedad como la actual–, aquel debería ser acatado. Razones prudenciales básicas sobre cómo resolver situaciones de emergencia en contextos de recursos escasos y un número indeterminado de potenciales salvadores y necesitados avalan esta conclusión. Sin embargo, ya como primera cuestión se ha de señalar que la subsidiariedad del estado de necesidad justificante frente a la primacía de las instituciones estatales es una característica general de esta clase de derechos de necesidad⁶⁶. Es decir, señalar algo así no le aporta un contenido autónomo a la cláusula de adecuación.

De todos modos, aunque se invoque el principio de subsidiariedad, el problema al que se refiere este trabajo persiste y esta es la principal carencia de este enfoque. Pues este criterio se limita a remitir a lo que dice el Derecho, pero no permite ver qué hay más allá del procedimiento estatal correspondiente. En el caso *Trasplante* es cierto que hay un canal estatal que dice cómo se debe proceder para realizar trasplantes y, por eso, una posición de esta clase podría resolver adecuadamente el problema: la extracción no se debe realizar y el paciente que necesita de un riñón debe tolerar su desgracia⁶⁷. Pero ¿qué pasaría si no existiese ese procedimiento estatal? Supóngase el caso en el que en España una legislatura decide derogar dicha ley, de modo tal que los procedimientos de ablación de órganos quedan desregulados estatalmente. O piénsese en un Estado que todavía ni siquiera ha sancionado una regulación similar. ¿En todos estos casos eso significa que ahora sí está justificada la extracción del riñón sin consentimiento?

Aquí es donde se encuentra, entonces, el problema de esta postura. La licitud de casos como *Trasplante* no depende *exclusivamente* de lo que decida el legislador democrático o de la voluntad legislativa⁶⁸. En el caso de los trasplantes de órganos evidentemente el legislador ya consideró que estos procedimientos solo pueden ser realizados mediante un procedimiento especial y las acciones que se aparten de esos procedimientos son, en principio, antijurídicas. Pero la cuestión a fundamentar es la de *por qué* esos medios serían inadecuados y la remisión al principio de subsidiariedad no ayuda a responder esta pregunta. Esto vale aún más si no existe un procedimiento estatal para solucionar el conflicto, porque igualmente el Derecho tiene que dar una solución. Con o sin procedimiento legal, debería haber un principio del Derecho que explique por qué no está justificado ese acto.

En todo caso, la referencia a un procedimiento estatal puede ser un *indicio* de que la acción contraria a ese procedimiento es inadecuada, pero no una respuesta definitiva. Piénsese, por ejemplo, en casos en los cuales un procedimiento de ayuda estatal está reglado, pero no obstante es manifiestamente ineficiente y apartarse de las reglas permitiría salvar a alguien sin costos mayores para la víctima de la injerencia, ni para el sistema de ayuda estatal. En estos casos parecería que el medio sigue siendo adecuado, *a pesar de* que existía un procedimiento estatal

⁶⁶ Por todos, WILENMANN, *La justificación de un delito en estado de necesidad*, 2017, pp. 599 s., donde se distingue entre tres limitaciones al ámbito de aplicación del estado de necesidad: relativas, de oportunidad y absolutas.

⁶⁷ Sobre esta consecuencia SILVA SÁNCHEZ, en HORMAZÁBAL MALARÉE (coord.), *Estudios de Derecho Penal en memoria del Prof. Juan José Bustos Ramírez*, 2011, p. 229. Con ciertas dudas de esta solución SÁNCHEZ DAFAUCE, *InDret*, (4), 2014, p. 7 con nota al pie n. 16.

⁶⁸ Véase incluso las dificultades que pueden aparecer si se sigue este criterio cuando el procedimiento tiene ciertas fallas en WILENMANN, *La justificación de un delito en estado de necesidad*, 2017, pp. 601 ss.

para canalizar la necesidad⁶⁹. MIR PUIG señala oportunamente el problema también en el marco de los trasplantes de órganos. Él sostiene que si bien la ley hace *ilícito* el acto de extracción sin consentimiento no impone por sí sola la *punibilidad*⁷⁰. Esto último dependerá, al fin y al cabo, de si están dados todos los requisitos del estado de necesidad agresivo. En consecuencia, entiende que debe ser añadido otro elemento: la cláusula de adecuación, entendida como prohibición de instrumentalización derivada del principio de dignidad humana⁷¹. A continuación se analizará esta posible interpretación.

3.4. Dignidad humana

Dado que estas dos propuestas no resultan concluyentes, otros autores han dado un significado diferente a la adecuación mediante fundamentos deontológicos. Así, una parte importante de la doctrina tanto alemana como española considera que el criterio deontológico que da sentido a la adecuación es la dignidad humana. Se trata, sin dudas, de un valor fundamental del ordenamiento reconocido constitucionalmente⁷². La adecuación representaría una «señal de alto» ontra la relativización de la dignidad, en la que toda ponderación encuentra su límite. En consecuencia, el criterio sería que un acto que implique una violación de la dignidad humana nunca podría ser un medio adecuado y, por tanto, no podría estar justificado, por más que se haya elegido el mal menor⁷³.

Esta interpretación de la cláusula de adecuación en términos de dignidad humana funcionaría del siguiente modo: una interpretación del estado de necesidad agresivo basada en una ponderación de males llevaría a una situación en la que la víctima de la intervención tendría que aceptar casi ilimitadamente pérdidas sensibles para la protección de intereses jurídicos de rango superior. Tomemos el caso de negarse a una transfusión de sangre para salvar a un tercero, presentado originalmente por GALLAS⁷⁴:

Donación: El paciente *P* es víctima de un accidente y necesita urgentemente sangre con una caracterización de grupo sanguíneo muy específica. Al mismo tiempo, se encuentra en el hospital el

⁶⁹ Véase, en detalle, sobre las posibles excepciones al principio de subsidiariedad COCA VILA, *Criminal Law and Philosophy*, 2023, pp. 15 ss.

⁷⁰ MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed., 2011, nm. 17/70 (resaltado en el original). También es oportuno resaltar una correcta aclaración que hace SÁNCHEZ DAFUACE, *InDret*, (4), 2014, p. 7, respecto de la relación entre la ley y los fundamentos jurídicos: el autor señala expresamente que, si existe un protocolo de abatimiento de aviones en España, entonces hay que buscar un fundamento a tal intervención. Así, el autor posteriormente investiga que ese fundamento yace en un deber de evitación de masacres como principio que limita al de imponderabilidad de vidas humanas.

⁷¹ MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed., 2011, nm. 17/70.

⁷² Sobre las posibles interpretaciones que se le han dado a este término, ALONSO ÁLAMO, en ÁLVAREZ GARCÍA *et al.* (coords.), *Libro Homenaje al Profesor Luís Rodríguez Ramos*, 2013, p. 264 ss.; TOMAS-VALIENTE LANUZA, *REDC*, (102), 2014, pp. 169 ss.

⁷³ DUTTGE, «§ 34», *HK-GS*, 2ª ed., 2011, nm 21; ENGLÄNDER, «§ 34», *StGB*, 2ª ed., 2020, nm 34; LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal*, 3ª ed., 2016, p. 417; NEUMANN, «§ 34», *NK-StGB*, 6ª ed., 2023, nm 118a; EL MISMO, «Die Tyrannei der Würde», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, (84/2), 1998, p. 154; RENGIER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 13ª ed., 2021, § 19/59; ROSENAU, «§ 34», *SSW-StGB*, 5ª ed., 2021, nm 34; ROXIN/GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, § 16 nm 95 ss. Véase también MARTÍNEZ CANTÓN, *La ponderación en el estado de necesidad*, 2006, pp. 773 ss., con muchas más referencias.

⁷⁴ GALLAS, «Pflichtkollision als Schuldausschließungsgrund», en ENGISCH *et al.* (ed.), *Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag*, 1954, p. 325. También analizado en HILGENDORF/VALERIUS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3ª ed., 2022, § 5 nm 86; KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, § 17 nm 40; KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 8ª ed., 2017, nm 169; PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 251 ss.; ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, pp. 69 s.

paciente *B*, que tiene el grupo sanguíneo necesario. Sin embargo, *B* se niega a donar la sangre necesaria, a pesar de ser el único que tiene el grupo sanguíneo requerido. La sangre del paciente *B* se extrae a la fuerza y el médico salva al paciente *P* mediante una transfusión de sangre.

En caso de que fuese necesario extraerle sangre a alguien para salvar la vida de la víctima de un accidente, una ponderación de males debería ser naturalmente favorable a la vida que se va a salvar, ya que el interés jurídico de la vida predomina sobre la integridad física de la víctima de la intervención⁷⁵. Sin embargo, la opinión dominante⁷⁶ considera que un comportamiento tal es contrario a la cláusula de adecuación, porque una extracción de sangre forzada representaría la instrumentalización del cuerpo humano: al afectado se lo estaría tomando como un mero medio para conseguir un fin pues estaría siendo reducido a un mero «banco de sangre»⁷⁷. Esto implicaría una violación de la dignidad humana⁷⁸. El fundamento es que toda instrumentalización del ser humano, entonces, atentaría contra su dignidad⁷⁹. En consecuencia, habría que dejar morir a la víctima del accidente y lo mismo se aplicaría con más razón a la solución del caso *Trasplante*. Hasta aquí, parece bastante plausible que el fundamento de la adecuación sea la dignidad humana, entendida como prohibición de instrumentalización⁸⁰, ya que de hecho podría restringir al utilitarismo, o incluso a la solidaridad, pues tampoco es absoluto el deber de tolerancia⁸¹.

No obstante, si se examina más detenidamente, esta argumentación tropieza con dificultades explicativas: en primer lugar, por supuesto que el mero hecho de mencionar la dignidad humana no sería en sí mismo suficiente⁸². Recurrir a un concepto tan indeterminado como el de dignidad humana no es un argumento convincente en una discusión sobre los fundamentos de una figura

⁷⁵ JOERDEN, en HILGENDORF/KUDLICH/VALERIUS (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, t. II, 2019, § 39 nm 63, con otras referencias; NESTLER, *JA*, 2020, p. 699.

⁷⁶ NEUMANN, «§ 34», *NK-StGB*, 6ª ed., 2023, nm 118; PERRON, «§ 34», *Strafgesetzbuch*, 30ª ed., 2019, nm 41e; RENGIER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 13ª ed., 2021, § 19/59; ROSENAU, «§ 34», *SSW-StGB*, 5ª ed., 2021, nm 34. En contra, KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, § 17 nm 38a. También MARTÍNEZ CANTÓN considera que debe haber para determinados casos un límite desde la dignidad humana pero sin que esto resulte en una cláusula de adecuación (*La ponderación en el estado de necesidad*, 2006, p. 785 s., 795).

⁷⁷ PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 251 ss. con más referencias. En contra, KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, § 17 nm 41 s.

⁷⁸ NEUMANN, «§ 34», *NK-StGB*, 6ª ed., 2023, nm 118; PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 252. Sobre otra interpretación de la dignidad humana desde el punto de vista biológico, véase NEUMANN, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, (84-2), 1998, pp. 156 ss. Respecto de nuestro caso *Trasplantes* con una variante de índole comercial, véase TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *REDC*, (102), 2014, p. 188.

⁷⁹ DUTTGE, «§ 34», *HK-GS*, 2ª ed., 2011, nm 23; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed., 2011, nm. 17/70 s.; NEUMANN, «§ 34», *NK-StGB*, 6ª ed., 2023, nm 118; RENGIER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 13ª ed., 2021, § 19/60. Cf. HILGENDORF, «The Abuse of Human Dignity – Difficulties in Using the Human Dignity Topos Taking the Bio-Ethics Debate as an Example», en HILGENDORF/KREMNITZER (eds.), *Dignity and Criminal Law*, 2018, p. 41. JOERDEN también sostiene, pero en el contexto de una contribución a la filosofía del derecho, que la instrumentalización viola la dignidad humana («Medizin und Strafrecht», en HILGENDORF/JOERDEN (eds.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, 2021, pp. 365 s.). Véase también TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *REDC*, (102), 2014, pp. 184 ss.

⁸⁰ Relacionan la instrumentalización como violación a la dignidad humana, entre otros, CEREZO MIR, *Estudios Penales y Criminológicos*, (10), 1987, p. 87; COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho Penal*, 2016, p. 485. Sobre los fundamentos de por qué motivo se entiende la prohibición de instrumentalización como manifestación de la protección de la dignidad humana véase NEUMANN, *ARSP*, (84-2), 1998, pp. 159 ss.

⁸¹ KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, § 17 nm 41 s.; ZIMMERMANN, *Rettingstötungen*, 2009, p. 40. Sobre los límites de la solidaridad, como, por ejemplo, un deber de autosacrificio de la propia vida COCA VILA, «Triaje y colisión de deberes jurídico-penal. Una crítica al giro utilitarista», *InDret*, (1), 2021, pp. 192 ss.

⁸² SOTOMAYOR ACOSTA/TOMAYO ARBOLEDA, «Dignidad humana y derecho penal: una difícil convergencia. Aproximación al contenido constitucional de la norma rectora del artículo 1 del Código Penal colombiano», *Revista de Derecho*, (4), 2017, pp. 24 ss. Similar DOMÉNECH PASCUAL, *Revista de Administración Pública*, (170), 2006, p. 406.

jurídica. Por el contrario, al no manifestarse cuáles serían su núcleo y sus límites o acaso cómo opera en este tipo de supuestos que aquí analizamos, se diluye el valor que el concepto verdaderamente tiene. Es por esto que podemos observar que actualmente opera como una suerte de *comodín*⁸³ para aquellos casos en los que la ponderación es positiva, pero sabemos claramente que sería contraintuitivo permitir una acción de salvaguarda de esa clase⁸⁴. Sin embargo, esto lleva, en primer lugar, a un uso inflacionario del término sin ningún tipo de sustento⁸⁵.

Asociar al concepto de adecuación con otros principios de similar indeterminación tampoco es una solución feliz. Por eso considero que, en segundo lugar, invocar el concepto de «dignidad humana» o incluso el de «instrumentalización» no es una argumentación suficiente, ya que es tan indeterminado como el de «adecuación»⁸⁶. ¿Qué significa, en definitiva, «instrumentalizar» a alguien?⁸⁷ ¿Cualquier actuación contra la voluntad de otra persona violaría su dignidad humana? Si no se hacen consideraciones adicionales, se intentaría resolver un problema de indeterminación con un término también indeterminado, lo que solo puede conducir a más indeterminación en un ámbito que es esencial para decidir sobre estos problemas⁸⁸.

Un uso tan general del concepto de instrumentalización podría llevar incluso a considerar que la figura jurídica del estado de necesidad agresivo justificante es en sí misma incompatible con la dignidad humana, porque supondría un uso del titular del bien menoscabado contra su voluntad⁸⁹: si el sacrificio del interés jurídico inferior conlleva un beneficio mayor, en última instancia siempre se hará para conseguir este fin, y siempre se menoscabará la dignidad humana si el sacrificado no consiente en el acto⁹⁰. Esto último sería, por supuesto, absolutamente

⁸³ Similar SOTOMAYOR ACOSTA/TOMAYO ARBOLEDA, *Revista de Derecho*, 4, 2017, pp. 24 ss.: «Debe rechazarse cualquier intento de convertir la dignidad humana en un supraprincipio que todo lo limita, pues defender un principio *collage* tendría el efecto de vaciarlo de contenido» (cursivas en el original).

⁸⁴ Véase KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 8ª ed., 2017, nm 171.

⁸⁵ NEUMANN, *ARSP*, (84-2), 1998, p. 155, incluso advierte que un uso «inflacionario» de la dignidad humana también puede llevar a banalizar o devaluar la dignidad humana. También TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *REDC*, (102), 2014, p. 168, repara en que ha habido un «uso maximalista» del concepto de dignidad humana que «se viene haciendo desde determinados sectores de opinión que insistentemente recurren a la dignidad como base argumentativa de posiciones muy conservadoras».

⁸⁶ La equiparación de violación de la dignidad humana e instrumentalización ha sido objeto de fuertes críticas. Véase HILGENDORF, en *Human Dignity and Criminal Law*, 2018, p. 45; PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 252; SCHÜNEMANN, «Kritische Anmerkungen zum tragischen Dilemma im Strafrecht», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, (167-1), 2020, p. 4 ss.; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *REDC*, (102), 2014, p. 169. Otros autores, como HARDWIG, «Betrachtung zur Frage des Heileingriffes», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1965, p. 168, también han expresado ya su descontento con el uso excesivo del término «dignidad humana». Otra crítica que merece la pena destacar es la de NESTLER, *JA*, 2020, p. 699, quien subraya claramente que los intentos de utilizar la dignidad humana como definición de la adecuación carecen de un fundamento dogmáticamente viable.

⁸⁷ Advierte acertadamente que, de aceptarse un término tan abstracto y abarcativo, tendríamos que considerar que hay muchas acciones habituales en nuestra comunidad jurídica que «instrumentalizan», TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *REDC*, (102), 2014, p. 201. Véase también DOMÉNECH PASCUAL, *Revista de Administración Pública*, (170), 2006, p. 406.

⁸⁸ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *REDC*, (102), 2014, p. 167: el concepto de dignidad humana reviste un carácter altamente abstracto, vago o impreciso, y sobre el que se discute prácticamente todo.

⁸⁹ De forma similar, también señala esto PANTALEÓN DÍAZ, *ADPCP*, (75/1), 2022, p. 602.

⁹⁰ ENGLÄNDER, «§ 34», *StGB*, 2ª ed., 2020, nm 34. También PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 253, señala que, de aceptarse un término tan absoluto y amplio, incluso según su fundamento propuesto para el estado de necesidad se «instrumentalizaría» a los ciudadanos. Pues al asumir una relación de solidaridad «institucionalizada», la víctima de la injerencia debe tolerarla por estar obligado ya frente al Estado a hacerlo, por actuar en su representación cuando el Estado no puede reaccionar a tiempo. Así, en cierta medida, todo ciudadano

implausible. Y, de hecho, también parece haber diferencias fundamentales entre los casos de *Donación* y *Trasplante*: la justificación de la intervención forzosa del médico en el primer caso parece problemática, pero quizás razonable después de un examen detenido, mientras que el segundo caso es claramente inadmisibles. Sin embargo, el recurso tan amplio a la «dignidad humana» y a la «instrumentalización» obligaría a considerar los dos casos de la misma manera.

El problema es, en definitiva, la falta de concreción del criterio de dignidad humana / prohibición de instrumentalización, sobre todo porque se entiende este concepto en términos absolutos y no se explica detalladamente cuándo estamos frente a una «instrumentalización» o qué se entiende por «utilizar a otro como instrumento», ni qué límites presenta⁹¹. Una fundamentación tan indeterminada no puede ser suficiente. Al contrario, eso es un indicio de que allí hay algo que no está funcionando bien. Por todo esto, es necesaria una interpretación detallada de las bases que subyacen a la cláusula de adecuación, de modo tal que puedan quedar claros sus alcances y límites. En el siguiente apartado, se propondrá un novedoso criterio de concreción de la cláusula de adecuación que intenta aprovechar las ventajas del criterio deontológico basado en la prohibición de instrumentalización (como derivado de la dignidad humana), puntualmente la pretensión de no ser tomado como medio para conseguir un fin. Empero, la propuesta de fundamentación será más específica y detallada. En particular, se ofrecerá una interpretación de esta cláusula también como prohibición de instrumentalización, pero en el sentido del llamado «Means Principle» tal como se entiende y aplica en la discusión anglosajona reciente en la filosofía moral.

4. La adecuación como prohibición de instrumentalización desde la perspectiva del *Means Principle*

4.1. Introducción al *Means Principle*

Si uno asume, como hace parte de la doctrina, que el utilitarismo es el *telos* del estado de necesidad agresivo justificante, esto implica alguna clase de compromiso con la teoría deontológica del utilitarismo, esto es, el consecuencialismo: considerar que una conducta es moralmente correcta si maximiza las mejores consecuencias, y en el caso particular del utilitarismo, las mejores consecuencias en términos de bienestar⁹². Otra postura asume un fundamento deontológico a partir del principio de solidaridad⁹³. No obstante, esta asunción del criterio de solidaridad requiere alguna clase de compromiso mínimo con una maximización de las buenas consecuencias: los deberes de solidaridad están limitados a aquellos que implican, como mínimo, luego de un procedimiento de ponderación, un pequeño sacrificio para salvar un bien esencialmente superior. Por consiguiente, incluso desde una perspectiva deontológica del estado de necesidad agresivo, parecería muy difícil escapar a alguna clase de concesión mínima al consecuencialismo, en tanto el estado de necesidad justificante requiere ya probablemente en el aspecto conceptual la realización de una acción que genera mejores consecuencias.

es un recurso para el auxilio de otro. Resumidamente en ROBLES PLANAS, «Deberes de solidaridad», (1), *InDret*, 2012.

⁹¹ En este sentido, PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 252 s.; NEUMANN, *ARSP*, (84-2), 1998, p. 155.

⁹² El utilitarismo es una teoría moral que está compuesta por una teoría deontológica, el consecuencialismo, y una teoría axiológica, el bienestarismo (el único bien valioso es el bienestar). Al respecto, RIVERA LÓPEZ, en GONZÁLEZ RICOY/QUERALT (eds.), *Razones Públicas*, 2021, pp. 56 ss.

⁹³ Véase nota al pie n. 55.

Suponiendo cualquiera de las dos alternativas, es, entonces, necesario buscar restricciones deontológicas a la permisibilidad *prima facie* de alcanzar buenas consecuencias con una conducta. Este es el carácter que debe asumir una cláusula de adecuación. En otras palabras, en el caso de aceptar que la búsqueda de buenas consecuencias pueda ser una regla adecuada para determinar la corrección o incorrección de una acción deben buscarse restricciones en los medios causales utilizados para lograr estas buenas consecuencias, con el fin de evitar resultados contraintuitivos. Gran parte de la ética deontológica moderna, de hecho, adopta un punto de partida de esta clase⁹⁴.

En estas últimas corrientes éticas se asume generalmente una base consecuencialista imprescindible a la que se le debe imponer una barrera. Pero debe aclararse que las restricciones deontológicas no aparecen como límite *solamente* ante bases consecuencialistas, sino que también pueden encontrarse restricciones de esta clase incluso a bases deontológicas como el principio de solidaridad, como se acaba de señalar. Dado que no se asume una solidaridad sin límites, las restricciones deontológicas próximamente aquí presentadas juegan precisamente ese papel. Así, la dignidad humana y la prohibición de instrumentalización desempeñan para esto una función decisiva en la discusión jurídica tanto española como alemana; y lo mismo ocurre en la ética deontológica de tradición anglosajona, que propone el llamado «Means Principle», cuyo carácter puramente deontológico supone un claro límite en la búsqueda de las mejores consecuencias⁹⁵. La diferencia entre ambos abordajes es que este último principio está mucho más desarrollado, especialmente desde la filosofía moral, y es abordado con mucha más precisión que el par conceptual de dignidad humana y prohibición de instrumentalización. Veamos en detalle en qué consiste.

Con el *Means Principle* la mirada se dirige principalmente a cómo (es decir, con qué medios) una víctima debe llevar a cabo su deber de tolerancia en virtud de la solidaridad, o bien a cómo deben lograrse las buenas consecuencias derivadas de la asunción del consecuencialismo. A diferencia de otras teorías deontológicas basadas en un punto de vista agencialmente relativo (*agent-relative*), como la doctrina del doble efecto⁹⁶, el *Means Principle* ofrece una perspectiva relativa a la víctima (*patient-relative*)⁹⁷. En concreto, el *Means Principle* le prohíbe al autor alcanzar consecuencias positivas para el bienestar utilizando exclusivamente el cuerpo, la fuerza de

⁹⁴ ALEXANDER, «The Means Principle», en FERZAN/MORSE (eds.), *Legal, Moral, and Metaphysical Truths: The Philosophy of Michael S. Moore*, 2016, p. 251.

⁹⁵ ALEXANDER, en FERZAN/MORSE (eds.), *Legal, Moral, and Metaphysical Truths: The Philosophy of Michael S. Moore*, 2016, p. 252. Este principio se reconoce como una expresión del principio (también deontológico) de la separación entre las personas. LAZAR, *Sparing Civilians*, 2015, p. 58. Parecido, pero en el contexto de triaje, MERKEL/AUGSBERG, «Die Tragik der Triage», *JuristenZeitung*, (75), 2020, p. 710.

⁹⁶ Sobre un análisis de la doctrina del doble efecto y el estado de necesidad justificante véase MADRID RAMÍREZ/GUERRA ESPINOSA, «Universos éticos y la metarregla del doble efecto en el estado de necesidad», *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, (14), 2020, pp. 258 ss. La doctrina del doble efecto, no obstante, ha sido sometida a distintas críticas en el marco de la discusión de casos como los aquí tratados. Para un panorama crítico, véase solamente HÖRNLE, «Matar para salvar muchas vidas. Casos difíciles de estado de necesidad desde la perspectiva filosófico-moral y jurídicopenal», *InDret*, (3), 2010, pp. 10 ss. De todas maneras, el objetivo de este trabajo es ofrecer una perspectiva *patient-relative* para solucionar el problema de la «adecuación». Si esta perspectiva puede ser eventualmente complementada por una perspectiva *agent-relative*, es algo que puede quedar abierto. Sobre un panorama respecto de cómo las teorías *agent-relative* y *patient-relative* conviven en el marco de la ética deontológica moderna, véase ALEXANDER/MOORE, «Deontological Ethics», en ZALTA, (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2007.

⁹⁷ *Pars pro toto* HAMMERTON, «Patient-Relativity in Morality», *Ethics*, (127), 2016, pp. 6 ss.

trabajo o el talento de otro como medio causal⁹⁸. Por lo tanto, se analiza el *proceso causal* que produce las buenas consecuencias⁹⁹ y se reconoce que hay muchas situaciones en las que es necesario utilizar a otras personas como medios, pero esto puede hacerse de *diferentes maneras* y solo algunas son permisibles. Así, el *Means Principle* se limita a evaluar los medios causales utilizados para alcanzar el objetivo beneficioso¹⁰⁰, según ciertos criterios tales como la forma en que se instrumentaliza a la víctima y la gravedad de la instrumentalización¹⁰¹. Para explicarlo, la literatura anglosajona suele referirse a los famosos «dilemas del tranvía»¹⁰², que se complementarán con los de *Donación* y *Trasplante* antes mencionados:

Trolley: A está de pie junto a una vía y observa un tranvía fuera de control que se precipita hacia diez personas que están atadas a la vía. Evidentemente, los frenos han fallado. Si A no hace nada, las diez personas morirán atropelladas. Afortunadamente, A se encuentra junto a un interruptor de señal que permite desviar el tranvía hacia otra dirección. Desgraciadamente, hay una trampa: en el desvío, A descubre a un trabajador atado a la vía. Si cambia de dirección, este trabajador morirá inevitablemente, pero las diez personas se salvarán.

*Hodor*¹⁰³: A está de pie en un puente peatonal sobre las vías. Observa un descontrolado tranvía avanzando a toda velocidad por la vía y, más allá, a cinco personas atadas a los rieles. Aparte de él, Hodor, un hombre corpulento, está de pie en el puente, inclinado sobre la barandilla y observando el tranvía. Si A lo empujara, se caería y quedaría tumbado en las vías. Hodor es tan corpulento que su masa haría que el tranvía se detuviera. Por desgracia, este proceso mataría a Hodor. Sin embargo, salvaría a las otras cinco personas.

La literatura alemana señala que un desvío del tranvía es inadmisibles debido a la llamada «imponderabilidad de la vida humana», en este caso cuantitativamente¹⁰⁴. Déjese de lado esa cuestión ahora. Lo central aquí es que aun si se asumiese que diez vidas humanas merecen más valor en la ponderación que una, se podría argumentar, según el principio de

⁹⁸ ALEXANDER, en FERZAN/MORSE (eds.), *Legal, Moral, and Metaphysical Truths: The Philosophy of Michael S. Moore*, 2016, p. 251; ALEXANDER/FERZAN, *Reflections on Crime and Culpability. Problems and Puzzles*, 2018, p. 111; TADROS, *The Ends of Harm*, 2013, p. 114. Por su lado, NEUMANN, *ARSP*, (84-2), 1998, p. 161, se acerca un poco a esta posición, cuando dice que el principio de la dignidad humana prohíbe el usar la existencia de otra persona solo como medio para llegar a alcanzar un interés egoísta.

⁹⁹ En términos del Código Penal español sería salvar el interés preponderante.

¹⁰⁰ ALEXANDER/FERZAN, *Reflections on Crime and Culpability*, 2018, p. 108; QUONG, *The Morality of Defensive Force*, 2020, p. 177.

¹⁰¹ LAZAR, *Sparing Civilians*, 2015, p. 59.

¹⁰² *Pars pro toto* véase TADROS, *The Ends of Harm*, 2013, p. 115. Ejemplos también en EDMONDS, *Would You Kill The Fat Man? The Trolley Problem and What Your Answer Tells Us about Right and Wrong*, 2015, p. 20; QUONG, *The Morality of Defensive Force*, 2020, p. 176. En la literatura alemana, el ejemplo se lo conoce como «caso del guardaguasas» [*Weichenstellerfall*]. Fue introducido en Alemania por ENGISCH y WELZEL. Cf. ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 1930, p. 288. Más tarde, WELZEL, «Zum Notstandsproblem», *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, (63), 1951, p. 51.

¹⁰³ Se trata de una versión recogida de EDMONDS, *Would You Kill the Fat Man?*, 2015, p. 37 conforme a los tiempos del famoso caso de THOMSON, «The Trolley Problem», *The Yale Law Journal*, (94), 1985, pp. 1395 s. En especial, la adaptación de este caso fue realizada a partir de una descripción libre de una escena del episodio 5 de la sexta temporada de la serie «Juego de Tronos» (fecha de emisión: 22 de mayo de 2016, dirigido por Jack Bender, escrito por David Benioff y D. B. Weiss, a partir de los personajes creados por George R.R. Martin).

¹⁰⁴ Véase, en detalle la discusión en HÖRNLE, *InDret*, (3), 2010, p. 21. La cuestión de la imponderabilidad de la vida humana es un postulado sensible en la discusión jurídico-penal. También se ha hecho referencia a una «prohibición de manipular el destino jugando a ser Dios». No se tomará postura al respecto en este trabajo. Solamente se mostrará *otra* posible solución al problema. Por lo pronto, incluso en Alemania el postulado de la imponderabilidad ha sido cuestionado recientemente en las discusiones sobre triaje. Para un panorama crítico de la discusión, véase COCA VILA, *InDret*, (1), 2021, pp. 182 ss.

instrumentalización, sin más consideraciones y en virtud de su indeterminación, que quien desvía el tranvía está usando al trabajador como mero instrumento para obtener las mejores consecuencias. No obstante, esto resulta al menos cuestionable y la ética deontológica moderna parte de la intuición de que en casos como *Trolley*, independientemente de que se salvan muchas más vidas, no está actuando impermisiblemente¹⁰⁵. Distinto parece el caso de *Hodor*, en el que se empuja a alguien para que su cuerpo bloquee las vías y muera, algo que parecería incorrecto, a pesar de que se salvan cinco personas. Lo mismo sucede en el caso *Trasplante*, en el que alguien es operado a la fuerza para extraerle un riñón que salva la vida de otra persona. Una restricción deontológica debería explicar por qué la acción puede ser permisible en el caso de *Trolley*, mientras que es inadmisibles en el caso de *Hodor* o *Trasplante*. En la discusión anglosajona, se parte precisamente del supuesto de que solo en los dos últimos casos habría un aprovechamiento del otro para realizar o alcanzar un fin en el sentido prohibido por el *Means Principle*¹⁰⁶. La pregunta es, entonces, qué razones justifican este trato diferenciado.

Para fundamentar esta diferencia entre uno y otro caso, aunque en cierto sentido en ambos se «utiliza» a la persona que muere, se ha distinguido en los últimos tiempos entre homicidios oportunistas y eliminatorios¹⁰⁷. Los primeros se producen cuando el autor obtiene un beneficio a través del menoscabo de la víctima, pero este beneficio no se habría producido si la víctima no hubiese existido. Este es el caso de *Hodor*, porque si el hombre no estuviera allí, uno no podría beneficiarse de la «supervivencia de» cinco personas. El cuerpo de *Hodor* le da al autor, entonces, la oportunidad de obtener este beneficio. Lo mismo ocurre en el caso de la persona que es operada y cuyo riñón se utiliza para salvar la vida de otra persona. Éste es el núcleo de la prohibición que ofrece el *Means Principle*: la prohibición de recibir un beneficio exclusivamente a través del cuerpo, trabajo o talento de otro¹⁰⁸.

En cambio, en un homicidio eliminatorio esto no sucede: en este caso, el autor quiere conseguir un resultado que podría haber conseguido incluso en ausencia de la víctima, cuyo sacrificio es solo un obstáculo. En el caso *Trolley* no se daría una instrumentalización prohibida en el sentido del *Means Principle*, ya que las diez víctimas también se salvarían si el trabajador no estuviera en el desvío. De hecho, sería un «mundo mejor» si no estuviera, ya que se perdería una vida menos. En este sentido, el cuerpo del trabajador no se utilizaría *exclusivamente* como medio causal para maximizar las buenas consecuencias, ya que si su cuerpo no estuviera allí, se habría tomado exactamente la misma decisión y, por tanto, las personas salvadas no recibirían ningún beneficio. Es decir, no se encuentran en un estado mejor gracias a la utilización del cuerpo del trabajador¹⁰⁹. Por consiguiente, el *Means Principle*, a diferencia de la prohibición genérica de instrumentalización derivada del principio de dignidad humana, ofrece un *test* para establecer sus infracciones. Este último no depende de la intención del autor en relación con la víctima, sino más bien a) de cómo se utilizó a la víctima para lograr el objetivo y b) de si el beneficio sería el mismo sin esa víctima¹¹⁰.

¹⁰⁵ Al respecto, con múltiples referencias, FROWE, «Lesser-Evil Justifications for Harming: Why We're Required to Turn the Trolley», *The Philosophical Quarterly*, 68, 2018, pp. 460 ss.

¹⁰⁶ EDMONDS, *Would You Kill the Fat Man?*, 2015, p. 34; LAZAR, *Sparing Civilians*, 2015, p. 57.

¹⁰⁷ LAZAR, *Sparing Civilians*, 2015, pp. 59 s. Con más ejemplos, QUONG, *The Morality of Defensive Force*, 2020, p. 176.

¹⁰⁸ ALEXANDER, en FERZAN/MORSE (eds.), *Legal, Moral, and Metaphysical Truths: The Philosophy of Michael S. Moore*, 2016, p. 252.

¹⁰⁹ LAZAR, *Sparing Civilians*, 2015, p. 60.

¹¹⁰ QUONG, *The Morality of Defensive Force*, 2020, p. 178. Para las demás posiciones que tienen en cuenta la intención, véase TADROS, *The Ends of Harm*, 2013, p. 116.

Hasta aquí, a través del *Means Principle* puede fundamentarse el deber de no tratar a los demás como un medio causal para lograr un resultado positivo y, de ese modo, otorgársele un contenido determinado a la cláusula de adecuación desde un punto de vista deontológico¹¹¹. Esta restricción también puede trasladarse al lenguaje de los derechos, en el sentido de que todas las personas tienen la pretensión de no ser tratadas como un medio¹¹², ya que el *Means Principle* protege fundamentalmente la libertad de la persona. Por tanto, el individuo puede exigir: «Mi cuerpo, mi trabajo y mi talento no existen para que otro consiga buenas consecuencias».

Además, en general, la instrumentalización suele entenderse en el sentido de que los bienes de X se sacrifican en beneficio de los bienes de Y. Sin embargo, ALEXANDER advierte que también puede producirse una violación del *Means Principle* cuando la persona utilizada como medio fuera colocada en una mejor posición sin su consentimiento¹¹³. Es decir, se instrumentaliza a esa persona para su propio beneficio. Este sería el caso de un tratamiento arbitrario, en el que el médico quiere curar a un paciente A pero aquel se rehúsa¹¹⁴. A pesar de que el médico no consigue ningún beneficio para sí mismo, esto no impediría que se examine cómo se ha conseguido causalmente este beneficio. En efecto, la acción de salvaguarda no debe medirse por las intenciones del autor, por ejemplo, si el médico utilizase al paciente en beneficio de la víctima de la intervención –es decir, en beneficio del propio paciente– porque quiere salvarla de una decisión precipitada, desesperada o de sus creencias religiosas, esto no cambiaría la valoración negativa del medio causal¹¹⁵.

Este último punto tiene una especial importancia para el principio de solidaridad. Recientemente se ha propuesto incorporar un bien jurídico llamado «cumplimiento efectivo del deber estatal de proteger la vida»¹¹⁶ que operaría solo cuando la autodeterminación de la persona se opone a la vida¹¹⁷. No sería un bien jurídico de la víctima, sino de un tercero. Esta postura supone que la mejoría del paciente no solo actúa en su favor, sino que al salvarlo también se protege un bien estatal. Aquel novedoso bien jurídico no puede escapar a este análisis. Si ese nuevo bien estatal creado fuese absoluto, entonces tendríamos que concederle validez absoluta y, por tanto, protección a costa de cualquier daño. Esto es, no obstante, incompatible con la idea del *Means Principle* como restricción deontológica y en un sistema jurídico liberal. Incluso si la preservación de este bien jurídico estatal debiese considerarse positivamente en el balance de beneficios como resultado de la ponderación, el *Means Principle* tiene una función limitadora de la obtención de bienestar en todos los casos.¹¹⁸ Y la afirmación de que la vida tiene un valor objetivamente superior, porque habría un valor objetivo absoluto de la vida, igualmente contradice el *Means Principle*, que ha de ser entendido además como una restricción deontológica al paternalismo¹¹⁹.

¹¹¹ Cf. EDMONDS, *Would You Kill the Fat Man?*, 2015, p. 34

¹¹² QUONG, *The Morality of Defensive Force*, 2020, p. 207; TADROS, *The Ends of Harm*, 2013, p. 124.

¹¹³ ALEXANDER, en FERZAN/MORSE (eds.), *Legal, Moral, and Metaphysical Truths: The Philosophy of Michael S. Moore*, 2016, p. 260. Próximo ya BAJO FERNÁNDEZ, *ADPCP*, (32), 1979, p. 499.

¹¹⁴ PANTALEÓN DÍAZ, «Responsabilidad penal y civil médica por defectos de consentimiento informado», en CANCIO MELIÁ/MARAVÉ GÓMEZ/FAKHOURI GÓMEZ et al. (coords.), *Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, 2019, pp. 687 ss.

¹¹⁵ ALEXANDER, en *Legal, Moral, and Metaphysical Truths*, p. 260; QUONG, *The Morality of Defensive Force*, pp. 177 s.; WALLEN, «Transcending the Means Principle», *Law and Philosophy*, 33, 2014, p. 429.

¹¹⁶ DÖRR, *Dogmatische Aspekte*, 2016, pp. 281 ss.

¹¹⁷ DÖRR, *Dogmatische Aspekte*, 2016, p. 289.

¹¹⁸ Similar JOERDEN, en HILGENDORF/KUDLICH/VALERIUS (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, t. II, 2019, § 39 nm 53.

¹¹⁹ ALEXANDER, en FERZAN/MORSE (eds.), *Legal, Moral, and Metaphysical Truths: The Philosophy of Michael S. Moore*, 2016, p. 255.

De esta manera, el *Means Principle* también protegería a quienes no quieren ser curados y a los que han sido obligados a someterse a un tratamiento arbitrario, por ejemplo, con el objetivo de «protegerlos» de una decisión precipitada. Así, el *Means Principle* es igualmente violado cuando se obliga a una persona a usar su propio cuerpo para su propio beneficio, aun si con esto se logran excelentes consecuencias, como la posibilidad de seguir viviendo. Esta solución, aplicable a casos de menoscabos de la integridad física, también es relevante en lo que respecta a la posible manipulación psicológica y el engaño. Pues esa manipulación constituye una violación al *Means Principle*¹²⁰. Esto es lo que pasa por alto, por ejemplo, HARDWIG, al aceptar la justificación de un médico que le hace una transfusión de sangre a un paciente para salvarle la vida, pero le dice que le está inyectando simplemente una solución salina roja porque sabe que, de lo contrario, el paciente rechazaría el tratamiento¹²¹. La justificación aprobada por HARDWIG interfiere con el *Means Principle* porque se utiliza el cuerpo de una persona sin su consentimiento (mejor dicho: con un consentimiento viciado y, por tanto, inválido) como un medio causal para la obtención de buenas consecuencias. La idea central es que no debemos ser utilizados como medio sin nuestro consentimiento, ni en beneficio de otros *ni en el nuestro propio*.

4.2. Posibles excepciones al *Means Principle*

Como todo principio razonable, el *Means Principle* no es un principio absoluto¹²², sino que establece varias excepciones al límite que propone. Como ya se ha mencionado, el *Means Principle* rechaza principalmente la utilización del cuerpo, el trabajo o el talento de una persona sin su consentimiento. Por consiguiente, la primera excepción es precisamente el caso en que la persona ha consentido en ser utilizada como medio¹²³. En principio, tal excepción¹²⁴ no plantea problemas en las constelaciones de casos aquí analizados.

La segunda excepción se da en el caso de relaciones jurídicas especiales, como padres, policías o bomberos que han asumido un cargo especial¹²⁵. Esto se ilustra en el siguiente caso¹²⁶:

¹²⁰ SCANLON, *Moral Dimensions. Permissibility, Meaning, Blame*, 2008, pp. 113 ss.

¹²¹ HARDWIG, GA, 1965, p. 169.

¹²² Compárese, por ejemplo, a este principio con las soluciones absolutistas a las que se llega desde la perspectiva de la «imponderabilidad de la vida humana». Sobre este último tema, véase la perspectiva favorable a dicha imponderabilidad, pero reconociendo los resultados absurdos a los que llega WILENMANN, «Imponderabilidad de la vida humana y situaciones trágicas de necesidad», *InDret*, (1), 2016, pp. 28 ss. Cf. también MOLINA FERNÁNDEZ, *RDPC*, (1), 2000, p. 216, sobre la posibilidad de relativizar el principio de la dignidad humana, entendiéndolo que no hay una protección absoluta.

¹²³ ALEXANDER, en FERZAN/MORSE (eds.), *Legal, Moral, and Metaphysical Truths: The Philosophy of Michael S. Moore*, 2016, p. 253; QUONG, *The Morality of Defensive Force*, 2020, p. 182; SCALON, *Moral Dimensions*, 2008, p. 91. JOERDEN también se acerca a estas ideas. Señala que una operación sin el consentimiento de la persona constituye una instrumentalización del paciente, ya que se realiza en contra de la voluntad de la persona. Incluso explica que la fórmula de la instrumentalización puede aplicarse fácilmente a la relación médico-paciente, ya que el paciente enfermo se encuentra en una situación de desigualdad frente al médico sano. Justamente esta situación puede dar lugar a abusos y permitir que el médico realice intervenciones curativas que también favorecen al paciente, lo que constituye una instrumentalización del paciente. Véase JOERDEN, en HILGENDORF/JOERDEN (eds.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, 2021, p. 367.

¹²⁴ El término «excepción» es utilizado de un modo relativamente libre, en el sentido de casos en los que no se aplica la regla a pesar de que podría ser aplicable a primera vista, y no en un sentido técnico. Por eso, la cuestión de si el consentimiento en estos casos es verdaderamente una excepción o si ya de por sí no es aplicable el *Means Principle* porque no se cumplen sus requisitos previos es, al menos en este contexto de discusión filosófica básica, meramente terminológica.

¹²⁵ Véase el análisis de este caso en COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho Penal*, 2016, pp. 365 ss. Además, esto podría interpretarse como algo similar a lo que regula el art. 20.5, inc. 3, CP.

¹²⁶ COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho Penal*, 2016, p. 368.

Padre: El niño *X* es víctima de un accidente y necesita urgentemente sangre con una caracterización muy específica de un grupo sanguíneo poco frecuente. Su padre *P*, que tiene el grupo sanguíneo necesario, también se encuentra en el hospital. Pero el padre del niño se niega a donar sangre para salvarle la vida, aunque es el único que tiene el grupo sanguíneo requerido. No obstante, el médico realiza la extracción a la fuerza contra *P* y salva a *X*.

La negativa de un padre a salvar la vida de su hijo donando sangre es una violación de su deber especial de salvamento como garante y, por tanto, una conducta punible por omisión (impropia)¹²⁷. La fundamentación de esta restricción del derecho a no ser tratado como un medio es la misma que la de la restricción del derecho general a la libertad que se produce con la imposición de una posición de garante en estos casos, por lo que puede dejarse de lado aquí.¹²⁸ Con independencia de ello, parece claro que, en este caso, el padre está obligado a permitir que se utilice su cuerpo para salvar a su hijo y que la conducta del médico de extraerle sangre sería lícita¹²⁹. En consecuencia, utilizar aquí a este padre para salvar a su hijo no viola el *Means Principle* y es, entonces, permisible.

Una tercera excepción, mucho más controvertida, sería el caso en el que el autor que ya es punible por su conducta debido a que pone en peligro a terceros, puede ser utilizado como medio para obtener buenas consecuencias. Un ejemplo extremo sería el controvertido caso de torturar a un autor que ha secuestrado a unas personas con el fin de conocer el escondite de estos rehenes. En ese sentido, algunos autores consideran que el torturado es moralmente responsable de ser torturado si es el único medio para obtener información¹³⁰ y se lo podría obligar lícitamente a evitar ese peligro sin violar el *Means Principle*. Esto no significa que la tortura sea ética o jurídicamente permisible, ni siquiera en situaciones extremas. Simplemente significa que el *Means Principle* no se habría violado en tales casos. Pero el *Means Principle* no pretende ser la *única* restricción deontológica. En este sentido, la inaplicabilidad del estado de necesidad agresivo justificante o de otra causa de justificación en estos casos podría basarse en una interpretación específica de la dignidad humana distinta de la prohibición de instrumentalización, o en otra razón que no sea necesariamente de naturaleza deontológica, como el problema de demostrar la culpabilidad de la persona sospechosa, el argumento de la «pendiente resbaladiza» que surgiría si se permitiera tal conducta, o incluso la ruptura de un tabú¹³¹.

¹²⁷ A favor, RENGIER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 13ª ed., 2021, § 19/61; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, nm 441, 486, 496.

¹²⁸ Uno podría preguntarse si esta excepción también sería aplicable a casos en los que el garante es sometido forzosamente a una intervención masiva para salvar a la persona a la que debía proteger. Piénsese en el caso de un garante que ha sido sometido a una extracción forzada de un riñón para salvar a su hijo, debido a que se negó a realizar la donación (asúmase que el garante podía, y pudo, seguir viviendo una vida larga y próspera con un solo riñón). La respuesta depende, entre otras cosas, de cuáles son los límites a nuestros deberes de salvamento en casos de deberes especiales de garante. No puedo abordar esta cuestión aquí pero le agradezco a uno de los árbitros por haber señalado esta cuestión. Véase, empero, la siguiente nota al pie.

¹²⁹ Dejaremos de lado aquí la cuestión de qué límites se derivarían de esta posición de garante. En concreto, si un padre debe dejarse morir para salvar a su hijo. Al respecto, COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho Penal*, 2016, pp. 367–368, donde expresamente se aclara que este deber no se extiende de forma ilimitada.

¹³⁰ Véase el caso de la tortura en la doctrina española, con recurso a la legítima defensa, LLOBET ANGLÍ, «¿Es posible torturar en legítima defensa de terceros?», *InDret*, (3, 2010, p. 37. Véase la discusión en EDMONDS, *Would You Kill the Fat Man?*, 2015, pp. 44 ss. Para más detalles sobre las distintas soluciones deontológicas, véase, EL MISMO, p. 49. Más referencias, también en SCHÜNEMANN, *GA*, (167-1), 2020, p. 4 ss.; TADROS, *The Ends of Harm*, 2013, p. 129.

¹³¹ Sobre los argumentos que podrían justificar una prohibición absoluta de la tortura, en detalle GRECO, «Die Regeln hinter der Ausnahme. Gedanken zur Folter in sog. ticking time bomb-Konstellationen», *Goldammer's*

Finalmente, la última posible excepción, bastante relevante para el caso *Donación*, es la que entra en consideración cuando se supera un determinado umbral ético¹³²: incluso si la ética deontológica establece límites razonables, parece haber acuerdo en que ciertos casos extremos permiten una relajación de estos criterios. De lo contrario, se producirían resultados contraintuitivos y, por tanto, muy difíciles de sostener¹³³. Por ejemplo, si sacrificar a una persona salvara mil millones de vidas¹³⁴ o si la persona utilizada solo tuviera que tolerar una intervención mínima para salvar una vida. Lo último se demuestra más claramente en el caso de la *Donación* forzada de sangre para salvar a una persona gravemente herida. Aunque la persona afectada no haya dado su consentimiento, tal intervención es una posibilidad inocua. Por consiguiente, no se vulneraría, excepcionalmente, el *Means Principle*. En este caso, la restricción deontológica se desplaza en favor de las buenas consecuencias o incluso de la solidaridad¹³⁵ y, excepcionalmente, deja de ser aplicable. Esto es defendido por una parte de la literatura¹³⁶.

Como ya se ha subrayado, el *Means Principle* es un principio deontológico, cuyo núcleo son también los derechos, en especial los derechos de libertad del individuo. Esto nos permite ser independientes de los demás, lo que significa que cada individuo es valioso y ninguno tiene, en principio, más valor que otro, como también exige el principio deontológico de la separación de las personas. Al mismo tiempo, les permite a los seres humanos la oportunidad de desarrollar su propio proyecto de vida sin ataduras paternalistas. De este modo, cada persona recibe una distribución justa de los recursos, al menos idealmente. Pero, por supuesto, esta justicia en la distribución también exige que hagamos un reparto equitativo en el mundo real. Porque, si bien tenemos derecho a no ser utilizados como medio y, a la inversa, los demás no tienen derecho a utilizarnos como objeto, hay casos en los que nuestro *deber positivo de ayudar a los demás*¹³⁷ es primordial si podemos salvar a alguien con un costo mínimo para nosotros mismos. En tales

Archiv für Strafrecht, (154-11), 2007, pp. 628 ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, «La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema: ¿es justificable la tortura?», en ALCÁ CER GUIRAO/CUERDA RIEZU (eds.), *La respuesta del derecho penal*, 2006, pp. 267 ss. También HILGENDORF, «Folter im Rechtsstaat?», *JuristenZeitung*, (59), 2004, pp. 331 ss. Véase también, recientemente, HOVEN, «¿Tortura como legítima defensa de terceros?», *En Letra: Derecho Penal*, (13), 2022, pp. 36 ss.

¹³² ALEXANDER, en FERZAN/MORSE (eds.), *Legal, Moral, and Metaphysical Truths: The Philosophy of Michael S. Moore*, 2016, p. 257; EDMONDS, *Would You Kill the Fat Man?*, 2015, p. 50.

¹³³ Tendencialmente a favor de no hacer excepciones a las reglas deontológicas, por ejemplo y entre otros, GRECO, «Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las ticking time bombs», *InDret*, (2), 2007, pp. 10 ss., con referencias adicionales.

¹³⁴ En detalle sobre esta excepción TADROS, *The Ends of Harm*, 2013, p. 128. También FROWE, *The Philosophical Quarterly*, (68), 2018, pp. 460 ss. Incluso una parte de la doctrina española, en el marco de la discusión sobre el derribo de aviones, ha sostenido que podría pensarse en un «principio de la evitación por el Estado de masacres y catástrofes masivas», de forma que el Estado puede intervenir para evitar el mal mayor. En este sentido, SÁNCHEZ DAFAUCE, *InDret*, (4), 2014, pp. 8 ss. También se considera una causa de justificación del «estado de necesidad del Estado», aunque con un alcance mucho más restrictivo, pues esto solo es aplicable a casos en los que se encuentra en juego la existencia de la comunidad constituida en Estado. Véase SILVA SÁNCHEZ, «Asesinatos selectivos», *InDret*, (1), 2017, p. 15 con más referencias.

¹³⁵ Fundamenta esta permisión desde la solidaridad KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 8ª ed., 2017, nm 172.

¹³⁶ ALEXANDER, en FERZAN/MORSE (eds.), *Legal, Moral, and Metaphysical Truths: The Philosophy of Michael S. Moore*, 2016, p. 257, 262. Parte de la literatura alemana llega a la misma conclusión, pero sin una fundamentación detallada. Véase ROXIN/GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, § 16 nm 48. No obstante, esta solución es muy discutida en la literatura. Por ejemplo, ENGLÄNDER, «§ 34», *StGB*, 2ª ed., 2020, nm 34, llega a la conclusión de que, en el caso *Trasplante*, nunca puede invocarse la justificación del § 34 StGB, pero en el caso de *Donación* sí. También BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARRÉ, *Manual de Derecho Penal*, 1994, p. 362; JOERDEN, en HILGENDORF/KUDLICH/VALERIUS (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, t. II, 2019, § 39 nm 56; KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 8ª ed., 2017, nm 169 ss.; RENGIER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 13ª ed., 2021, § 19/60.

¹³⁷ KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 8ª ed., 2017, nm 172; QUONG, *The Morality of Defensive Force*, 2020, p. 208; TADROS, *The Ends of Harm*, 2013, pp. 129.

circunstancias, uno pierde la pretensión de no ser utilizado como medio, porque esto supondría un daño mucho mayor para otra persona, como consecuencia de este deber positivo¹³⁸. Si bien estas excepciones merecen un tratamiento en detalle, el objetivo de este breve apartado fue exponer cuáles son las excepciones que han sido desarrolladas en la discusión filosófica sobre el *Means Principle* y que brindan un amplio espacio de posible debate científico a futuro.

4.3. Solución del caso *Trasplante*

Mediante la restricción deontológica del *Means Principle* y las respectivas excepciones, se muestra vívidamente la posible interacción entre el consecuencialismo, característica de las posturas éticas modernas no absolutistas, y la ética deontológica. También queda demostrada la relación de un principio de solidaridad deontológico con el *Means Principle* al funcionar como límite a aquel. Es decir, ciertos principios deontológicos tienen límites igualmente deontológicos que se les imponen. Sin embargo, la pretensión de no utilización no siempre es absoluta, sino que debe sopesarse con otras circunstancias, como en el caso de la *Donación*. El hecho de que se dañe (mínimamente) a la víctima de la intervención para salvar la vida del accidentado no debe bloquear todas las consecuencias positivas que podrían ser logradas por medio del hecho o el alcance del deber de solidaridad¹³⁹. En consecuencia, el médico estaría justificado en virtud del art. 20.5 CP y § 34 del StGB. No corre la misma suerte el caso *Trasplante*: aquí no se trata de una intervención mínima, sino que se le ha quitado a un paciente sin su consentimiento uno de sus órganos. Se lo ha instrumentalizado ilícitamente porque ha habido sobre él una instrumentalización *oportunist*: sin esa extracción del riñón el médico no habría podido salvar al otro paciente, ni se salvarían las otras vidas futuras. Si bien la lesión a la integridad corporal es un mal (esencialmente) menor, debemos considerar que el medio por el cual se ha generado el salvamento de esa vida es inadecuado. Por lo tanto, debe concluirse que una lesión corporal como tal (según el art. 147 CP) no puede justificarse por un estado de necesidad agresivo justificante según el 20.5 CP ni tampoco el § 34 StGB. Nuestro médico *M* es, entonces, punible.

5. Conclusión

La cláusula de adecuación está incorporada al ordenamiento jurídico español por interpretación del estado de necesidad agresivo justificante, independientemente de que el art. 20.5 CP no haga una mención expresa. Al contrario, esta última cuestión no es ningún óbice para entender que la cláusula existe y debe ser atendida como una prohibición de instrumentalización como derivado de la idea de dignidad humana, tal cual señala gran parte de la doctrina española. El caso *Trasplante* muestra que la fundamentación de la solución no puede darse simple ni rápidamente con meras referencias a conceptos indeterminados como «dignidad humana» o «instrumentalización». Para poder brindar una respuesta a estos últimos dos conceptos, que realmente han sido dos interrogantes en la dogmática penal, hay que hacer un esfuerzo que permita responder la pregunta ¿qué es una instrumentalización, como derivado de la dignidad humana? En este trabajo se ha demostrado que es posible una alternativa con bases deontológicas para concretar la cláusula de adecuación, que está vinculada, pero difiere del tan criticado recurso a la dignidad humana y la prohibición de instrumentalización: el *Means Principle*. También ha quedado demostrado lo fructífero que puede ser el diálogo con otras disciplinas fuera del Derecho como lo es la filosofía moral. Pues aquella puede ayudar a la

¹³⁸ EDMONDS, *Would You Kill the Fat Man?*, 2015, p. 34; QUONG, *The Morality of Defensive Force*, 2020, pp. 185 s.

¹³⁹ QUONG, *The Morality of Defensive Force*, 2020, pp. 184 s.

dogmática penal a encontrar nuevas discusiones para dar soluciones a casos complejos¹⁴⁰. Ciertamente, aún queda mucho camino por recorrer, pero al menos se ha intentado dar un primer paso para replantear esta cuestión, que eventualmente puede ser aplicable no solo a casos de estado de necesidad agresivo justificante.

6. Bibliografía

ALEXANDER/FERZAN, *Reflections on Crime and Culpability. Problems and Puzzles*, Cambridge University Press, Cambridge, New York, 2018.

ALEXANDER, «The Means Principle», en FERZAN/MORSE (eds.), *Legal, Moral, and Metaphysical Truths: The Philosophy of Michael S. Moore*, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 251-264.

ALEXANDER/MOORE, «Deontological Ethics», en ZALTA, (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2007.

ALONSO ÁLAMO, «Derecho Penal y dignidad humana. De la no intervención contraria a la dignidad a los delitos contra la dignidad», en ÁLVAREZ GARCÍA/COBOS GÓMEZ DE LINARES/GÓMEZ PAVÓN/MANJÓN-CABEZA OLMEDA/MARTÍNEZ GUERRA (coord.), *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 249-307.

BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

———, *Principios de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., Akal Ediciones, Madrid, 1997.

BAJO FERNÁNDEZ, «La intervención médica contra la voluntad del paciente», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (32), 1979, pp. 491-500.

BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa. Un estudio sobre las "situaciones de necesidad" de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda*, BdF, Barcelona, 1993.

BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARRÉ, *Manual de Derecho Penal*, 4ª ed., PPU, Barcelona, 1994.

CEREZO MIR, *Derecho Penal. Parte General*, BdF, Buenos Aires, 2008.

———, «La regulación del estado de necesidad en el Código Penal español», en *Estudios Penales y Criminológicos*, (10), 1987, pp. 53-118.

CHIESA, «Caso la Mignonette», en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ (ed.), *Casos que hicieron doctrina en el derecho penal*, 2ª ed., La Ley, Madrid, 2011, pp. 95-110.

CHOCANO RODRÍGUEZ, «Situaciones de necesidad de las que derivan causas de justificación: estado de necesidad agresivo y defensivo», en TIEDEMANN/HURTADO POZO, et al. (eds.), *Problemas fundamentales de la parte general del Código*, Fondo Editorial, Lima, 2009, pp. 277-302.

COCA VILA, «On the Necessity Defense in a Democratic Welfare State: Leaving Pandora's Box Ajar», *Criminal Law and Philosophy*, 2023.

¹⁴⁰ Esto es señalado ya por MERKEL, «La Filosofía, ¿"convidado de piedra" en el debate del Derecho penal? Sobre la desatención de la dogmática penal a los argumentos filosóficos», en ROMEO CASABONA (dir.), *La insostenible situación del derecho penal*, 2000, pp. 183 ss.

———, «Ocupación pacífica de la vivienda en estado de necesidad», en OROZCO LÓPEZ/REYES ALVARADO/RUIZ LÓPEZ (eds.), *Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, Externado, Bogotá, 2022, pp. 553-577.

———, «Triaje y colisión de deberes jurídico-penal. Una crítica al giro utilitarista», *InDret*, (1), 2021, pp. 166-202.

———, *La colisión de deberes en Derecho Penal*, Atelier, Barcelona, 2016.

CÓRDOBA RODA, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, Publicaciones del Instituto de Estudios Jurídicos, Oviedo, 1966.

DIEZ RIPOLLÉS, *Política Criminal y Derecho penal. Estudios*, 3ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.

DOMÉNECH PASCUAL, «¿Puede el Estado abatir un avión con inocentes a bordo para impedir un atentado kamikaze?», *Revista de Administración Pública*, (170), 2006, pp. 389-425.

DÖRR, *Dogmatische Aspekte der Rechtfertigung bei Binnenkollision von Rechtsgütern*, Duncker & Humblot, Berlin, 2016.

DUTTGE, «§ 34», en DÖLLIG/DUTTGE/RÖSSNER (eds.), *Gesamtes Strafrecht. Handkommentar*, 2ª ed., C.H. Beck, München, 2011.

EDMONDS, *Would You Kill The Fat Man? The Trolley Problem and What Your Answer Tells Us about Right and Wrong*, Princeton University Press, Princeton, 2015.

ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Liebmann, Berlin, 1930.

ENGLÄNDER, «§ 34», en MATT/RENNIKOWSKI (eds.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 2ª ed., 2020.

———, «Die Rechtfertigung des rechtfertigenden Aggressivnotstands», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (164-5), 2017, pp. 242-253.

———, «Die Anwendbarkeit von § 34 StGB auf intrapersonale Interessenkollisionen», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (157-1), 2010, pp. 15-26.

FARALDO CABANA, «Artículo 20.5», en CUERDA ARNAU (ed.), *Comentarios al Código Penal*, t. 1, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 262-265.

FREELAND, *El estado de necesidad agresivo justificante: una propuesta liberal*, tesis doctoral, Universidad Austral de Buenos Aires, 2020.

FROWE, «Lesser-Evil Justifications for Harming: Why We're Required to Turn the Trolley», *The Philosophical Quarterly*, (68), 2018, pp. 460-480.

GALLAS, «Pflichtkollision als Schuldausschließungsgrund», en ENGISCH (ed.), *Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag*, C.H. Beck, München, 1954, pp. 311-334.

GIMBERNAT ORDEIG, «De nuevo sobre el caso Haidar», *El Mundo*, 15.12.2009.

GÓMEZ MARTÍN, «Tema 3: Delitos contra la salud individual», en: CORCOY BIDASOLO (dir.), *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, t. I, 3ª ed., 2023, pp. 101-116.

GRECO, «Conveniencia y respeto: sobre lo hipotético y lo categórico en la fundamentación del Derecho penal», *InDret*, (4), 2010, pp. 1-35.

———, «Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las ticking time bombs», *InDret*, (2), 2007, pp. 1-28.

———, «Die Regeln hinter der Ausnahme. Gedanken zur Folter in sog. ticking time bomb-Konstellationen», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (154-11), 2007, pp. 628-643.

HAMMERTON, «Patient-Relativity in Morality», *Ethics*, (127), 2016, pp. 6-26.

HARDWIG, «Betrachtung zur Frage des Heileingriffes», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1965, pp. 161-173.

HILGENDORF, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3ª ed., C.H. Beck, München, 2022.

———, «The Abuse of Human Dignity – Difficulties in Using the Human Dignity Topos Taking the Bio-Ethics Debate as an Example», en HILGENDORF/KREMNITZER (eds.), *Dignity and Criminal Law: Würzburg Conference on Human Dignity, Human Rights and Criminal Law in Israel and Germany, July 20-22 2015*, Duncker & Humblot, Berlin, 2018, pp. 39-60.

———, «Folter im Rechtsstaat?», *JuristenZeitung*, (59), 2004, pp. 331-339.

HÖRNLE, «Matar para salvar muchas vidas. Casos difíciles de estado de necesidad desde la perspectiva filosófico-moral y jurídico-penal», *InDret*, (3), 2010, pp. 1-31.

HOVEN, «¿Tortura como legítima defensa de terceros?», *En Letra: Derecho Penal*, (13), 2022, pp. 36-51.

HRUSCHKA, «Rettungspflichten in Notstandssituationen», *Juristische Schulung*, (6), 1979, pp. 385-393.

HUBNER, *Einführung in die philosophische Ethik*, 3ª ed., UTB, Stuttgart, 2021.

JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch*, 2ª ed., De Gruyter, Berlín, 1991.

JESCHECK/WEIGEND, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1996.

JOERDEN, «Medizin und Strafrecht», en HILGENDORF/JOERDEN (eds.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, 2ª ed., J. B. Metzler, Stuttgart, 2021, pp. 327-335.

———, «Rechtfertigender Notstand», en HILGENDORF/KUDLICH/VALERIUS (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, t. II, C. H. Beck, München, 2019, pp. 525-570.

———, «§ 34, Satz 2 und das Prinzip der Verallgemeinerung», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1991, pp. 411-425.

KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 10ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2022.

KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 8ª ed., Vahlen, München, 2017.

LAZAR, *Sparing Civilians*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

LERMAN, «Estado de necesidad justificante, cláusula de adecuación y necesidades vinculadas a la exclusión social», *Derecho Penal y Criminología*, (45-119), 2024, pp. 15-27.

LLOBET ANGLÍ, «¿Es posible torturar en legítima defensa de terceros?», *InDret*, (3), 2010, pp. 1-44.

LUMER, «Utilitarismus», en GOSEPATH/HINSCH/ROSSLER (eds.), *Handbuch der Politischen Philosophie und Sozialphilosophie*, t. II, Walter de Gruyter, Berlin, 2008, pp. 1380-1387.

LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho Penal*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

MADRID RAMÍREZ/GUERRA ESPINOSA, «Universos éticos y la metarregla del doble efecto en el estado de necesidad», *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, (14), 2020, pp. 247-283.

MARTÍNEZ CANTÓN, *La ponderación en el estado de necesidad*, Universidad de León. Secretariado de Publicaciones, León, 2006.

MEISNER, *Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB)*, Duncker & Humblot, Berlin, 1988.

MERKEL, «La Filosofía, ¿"convidado de piedra" en el debate del Derecho penal? Sobre la desatención de la dogmática penal a los argumentos filosóficos», en ROMEO CASABONA (dir.), *La insostenible situación del derecho penal*, Comares, Albarote (Granada), 2000, pp. 181-212.

MERKEL/AUGSBERG, «Die Tragik der Triage», *Juristen Zeitung*, (75), 2020, pp. 704-714.

MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed., Reppertor, Barcelona, 2011.

MIR PUIG/GÓMEZ MARTÍN, «Art. 20», en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (eds.), *Comentarios al Código Penal*, Tirant Lo Blanch, 2015, pp. 97-123.

MOLINA FERNÁNDEZ, «Estado de necesidad, colisión de deberes y la navaja de Ockham», en DE VICENTE REMESAL/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/PAREDES CASTAÑON et. al (eds.), *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña*, Reus, 2020, pp. 805-839.

———, «La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema: ¿es justificable la tortura?», en ALCÁ CER GUIRAO, RAFAEL/ CUERDA RIEZU, ANTONIO, *La respuesta del derecho penal 2006*, pp. 265-284.

———, «El estado de necesidad como ley general. (Aproximación a un sistema de causas de justificación)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (1), 2000, pp. 199-260.

MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 11ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

NESTLER, «Sonderopfer und Solidarität der Rechtsgemeinschaft als Grundlage für erlaubte Rechtsverletzungen», *Juristische Ausbildung*, 2020, pp. 695-702.

NEUMANN, «§34», en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN/SALIGER (eds.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. I, 6ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2023.

———, «Die Tyrannei der Würde», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, (84/2), 1998, pp. 153-166.

———, «Die Moral des Rechts: Deontologische und konsequentialistische Argumentationen», *Jahrbuch für Recht und Ethik/Annual Review of Law and Ethics*, (2), 1994, pp. 81-94.

ORTS BERENQUER/GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio del Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

OTTO, Harro, *Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre*, 7ª ed., de Gruyter, Berlin, 2004.

PANTALEÓN DÍAZ, Marta, «Justificación penal, sacrificio y unas abejas», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (75/1), 2022, pp. 589-683.

———, «Responsabilidad penal y civil médica por defectos de consentimiento informado», en CANCIO MELIÁ/MARAVÉR GÓMEZ/FAKHOURI GÓMEZ *et al.* (coords.), *Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, Universidad Autónoma de Madrid, Servicio de Publicaciones, Madrid, 2019, pp. 683-696.

PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, de Gruyter, Berlin, 2002.

PERRON, «§ 34», en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, 30ª ed., C.H. Beck, München, 2019.

QUONG, *The Morality of Defensive Force*, Oxford University Press, Oxford, 2020.

RACHELS, *Introducción a la filosofía moral*, Fondo de Cultura Económica, México D. F., 2006.

RENGIER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 13ª ed., C.H. Beck, München, 2021.

RIVERA LÓPEZ, «Utilitarismo», en GONZÁLEZ RICOY/QUERALT (eds.), *Razones Públicas*, Ariel, Barcelona, 2021, pp. 53-74.

ROBLES PLANAS, «Deberes de solidaridad», *InDret*, (1), 2012, pp. 1-3

ROSENAU, «§34», en SATZGER/ SCHLUCKEBIER/ GUNTER (eds.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 5ª ed., Wolters Kluwer, Colonia, 2021.

ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, tomo I, 5ª ed., C. H. Beck, München, 2020.

———, «60 Jahre Grundgesetz aus der Sicht des Strafrechts», en HÄBERLE (ed.), *60 Jahre deutsches Grundgesetz: Beiträge aus dem Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Jahre 2009-2011*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, pp. 65-92.

SÁNCHEZ DAFUACE, «El conflicto entre vidas en derecho penal», *Nuevo Foro Penal*, (95), 2020, pp. 31-65.

———, «El abatimiento de un avión secuestrado», *InDret*, (4), 2014, pp. 1-35.

SATZGER, «Gesetzlichkeitsprinzip und Rechtfertigungsgründe», *Juristische Ausbildung (JURA)*, 2016, pp. 154-162.

SCANLON, *Moral Dimensions. Permissibility, Meaning, Blame*, Belknap Press of Harvard University, Cambridge, Massachusetts, London, 2008.

SCHÜNEMANN, «Kritische Anmerkungen zum tragischen Dilemma im Strafrecht», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (167-1), 2020, pp. 1-13.

SILVA SÁNCHEZ, «Asesinatos selectivos en la “guerra punitiva” contra el terrorismo», *InDret*, (1), 2017, pp. 1-17.

———, «Aspectos de la discusión alemana sobre el estado de necesidad disculpante: una observación», en HORMAZÁBAL MALARÉE (coord.), *Estudios de Derecho Penal en memoria del Prof. Juan José Bustos Ramírez*, Ubijus, México D. F., 2011, pp. 215-234.

———, «Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia», *Revista Discusiones*, (7), 2007, pp. 25-56.

———, «Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (35), 1982, pp. 663-691.

SILVA SÁNCHEZ/BALDÓ LAVILLA/CORCOY BIDASOLO, *Casos de la jurisprudencia con comentarios doctrinales: Parte General*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997.

SOTOMAYOR ACOSTA/TOMAYO ARBOLEDA, «Dignidad humana y derecho penal: una difícil convergencia. Aproximación al contenido constitucional de la norma rectora del artículo 1 del Código Penal colombiano», *Revista de Derecho*, (4), 2017, pp. 21-53.

TADROS, *The Ends of Harm. The Moral Foundations of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

THOMSON, «The Trolley Problem», *The Yale Law Journal*, (94), 1985, pp. 1395-1415.

———, «Killing, Letting Die, and the Trolley Problem», *The Monist*, (59), 1976, pp. 204-217.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, «El estado de necesidad», en: QUINTERO OLIVARES/CARBONELL MATEU/MORALES PRATS *et al.* (eds.), *Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena*, 4ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 153-159.

———, «La dignidad humana y sus consecuencias normativas en la argumentación jurídica ¿Un concepto útil?», *Revista Española de Derecho Constitucional*, (102), 2014, pp. 167-208.

———, «El efecto oclusivo entre las causas de justificación», en BAJO FERNÁNDEZ/JORGE BARREIRO/SUAREZ GONZÁLEZ (eds.), *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson Civitas, Madrid, 2005, pp. 1039-1066.

VALLE MUÑIZ, «Fundamento, alcance y función de las causas de justificación incompletas en el Código Penal español», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (45-2), 1992, pp. 561-612.

WALEN, «Transcending The Means Principle», *Law and Philosophy*, (33), 2014, pp. 427-464.

WELZEL, «Zum Notstandsproblem», *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, (63), 1951, pp. 47-56.

WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 52ª ed., C. F. Müller, Heidelberg, 2022.

WILENMANN, *La justificación de un delito en estado de necesidad*, Marcial Pons, Barcelona, 2017.

———, «Imponderabilidad de la vida humana y situaciones trágicas de necesidad», *InDret*, (1), 2016, pp. 1-54.

———, «El fundamento del estado de necesidad justificante en el derecho penal chileno. Al mismo tiempo, introducción al problema de la dogmática del estado de necesidad en Chile», *Revista de Derecho (Valdivia)*, (27), 2014, pp. 213-244.

ZIESCHANG, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7^a ed., Boorberg, Stuttgart, 2023.

———, «§ 34», en CIRENER/GABRIELE, RÖNNAU *et al.* (eds.), *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. III, 13^a ed, C.H. Beck, München, 2019.

ZIMMERMANN, *Rettungstötungen. Untersuchungen zur strafrechtlichen Beurteilung von Tötungshandlungen im Lebensnotstand*, Nomos, Baden-Baden, 2009.

Marta Martí Barrachina
Profesora colaboradora de la
Universitat Oberta de
Catalunya

Un pie en la calle y otro en prisión

La experiencia de cumplir condena en semilibertad en una prisión abierta

Sumario

-
El presente artículo analiza la experiencia del cumplimiento de la pena de prisión en prisiones abiertas, donde se tiene un régimen de semilibertad. Para ello se realizaron entrevistas a 18 personas presas en tres centros abiertos de Cataluña. En línea con la literatura comparada, los hallazgos sugieren que el cumplimiento en semilibertad tiene capacidad para suavizar la experiencia del encarcelamiento, aunque, al mismo tiempo, sigue infligiendo en los presos una serie de penalidades, las cuales se agrupan en cinco categorías: las derivadas de la obligación de regresar por la noche, las derivadas de la obligación de tener un trabajo, la mayor responsabilidad que se exige a los presos en semilibertad, la intromisión de la supervisión en la esfera personal y el miedo a la regresión. Se concluye que el cumplimiento en las prisiones abiertas se suele experimentar de forma ambivalente o agri dulce, si bien es posible identificar personas con discursos predominantemente positivos y otras con discursos predominantemente negativos. Por último, se defiende la necesidad de comprender la experiencia de las personas en prisiones abiertas más allá de la perspectiva de la reinserción y se exponen una serie de implicaciones a nivel académico y práctico.

Abstract

-
This article analyzes the experience of serving a sentence in open prisons, where prisoners have a semi-liberty regime. To do this, interviews were conducted with 18 incarcerated people in three Catalan open prisons. In line with international literature, the findings suggest that open prisons have the potential to soften the experience of imprisonment, although at the same time, it continues to impose a series of pains on the prisoners, which can be grouped into five categories: those arising from the obligation to return home at night, those stemming from the obligation to have a job, the increased responsibility demanded of prisoners in semi-liberty, the intrusion of supervision into their personal sphere, and the fear of regression. Thus, it is concluded that serving a sentence in open prisons is often experienced as something ambivalent or bittersweet, but at the same time it is possible to identify people with a predominantly positive discourse and others with a predominantly negative discourse. Finally, the need to understand the experience in open prisons beyond the perspective of rehabilitation is advocated, and a series of academic and practical implications are presented.

Title: *One foot in, one foot out. The experience of serving a prison sentence in an open prison*

-
Palabras clave: Prisiones abiertas, Semilibertad, Experiencia del encarcelamiento, Penalidades

Keywords: *Open prisons, semi-freedom, experience of imprisonment, pains of imprisonment*

-
DOI: 10.31009/InDret.2024.i3.10

3.2024

Recepción

12/10/2023

-

Aceptación

08/03/2024

-

Índice

-

1. Introducción

2. Prisiones abiertas y semilibertad

2.1. La experiencia en prisiones abiertas

2.2. Las prisiones abiertas en España y Cataluña

3. Método de investigación

4. Resultados

4.1. Un pie en la calle: la prisión abierta como algo liberador

4.2. Un pie en prisión: las penalidades de la prisión abierta

a. La obligación de volver por la noche

b. La obligación de tener un trabajo: tenerlo y no tenerlo

c. El control de 'mi vida personal'

d. La responsabilidad de no fallar(se)

e. La amenaza de la regresión

4.3. Un pie en la calle y otro en prisión: la ambivalencia de las prisiones abiertas

5. Últimas reflexiones

6. Bibliografía

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-

No Comercial 4.0 Internacional 

1. Introducción*

Las prisiones abiertas son centros penitenciarios de mínima seguridad donde los presos¹ tienen más autonomía y un contacto más frecuente con el exterior. Existen diferentes modelos de prisiones abiertas en el mundo, pudiendo coexistir varios de ellos en un mismo país². En algunos modelos, los presos pasan el día en la comunidad, fuera del establecimiento penitenciario, como en España³. En otros, se facilita el contacto con el exterior a través del acceso a internet y el uso del móvil (como en Islandia⁴), y en otros se da una amplia autonomía para moverse por el establecimiento y se permite practicar deporte en los alrededores (p.ej. en Noruega⁵). En todos los casos, las prisiones abiertas buscan que el cumplimiento de la pena se desarrolle en unas condiciones más normalizadas, esto es, lo más parecido posible a la vida en libertad, y facilitar la reinserción de las personas presas.

En los últimos años, entre los criminólogos ha crecido el interés por conocer cómo se experimentan este tipo de prisiones, o, dicho de otro modo, cómo se experimenta el encarcelamiento en semilibertad, aunque sigue siendo una cuestión poco explorada⁶. Los estudios realizados hasta el momento destacan dos cuestiones principales. La primera es que las prisiones abiertas tienen capacidad para suavizar la experiencia del encarcelamiento y que, en comparación con las prisiones cerradas, la semilibertad se vive de forma menos intensa y dolorosa⁷. En segundo lugar, no obstante, varios estudios ponen de manifiesto que los presos en prisiones abiertas siguen experimentando una serie de penalidades, como una mayor sensación de autoexigencia y la confusión entre lo que se puede hacer y lo que no. Por este motivo, algunos autores describen la experiencia de los presos en prisiones abiertas como ‘ambivalente’ o ‘agridulce’⁸.

En el contexto español, no existen estudios que analicen la experiencia de las personas que están en prisiones abiertas, las cuales se conocen como ‘Centros de Inserción Social’ en la Administración General del Estado (AGE) y ‘Centros abiertos’ en Cataluña, y se enmarcan en el denominado ‘régimen penitenciario abierto’. En nuestro país, la literatura criminológica sobre

* Autora de contacto: Marta Martí Barrachina (mmartibarr@uoc.edu). Este artículo tiene origen en mi tesis doctoral, la cual fue dirigida por la Dra. Elena Larrauri (Universidad Pompeu Fabra). Quisiera agradecer los consejos y enseñanzas que me dio a lo largo de esos años, que trato de reflejar en este y todos mis trabajos.

¹ En este artículo se hace uso del masculino genérico. En el caso de que en algún momento se haga una referencia que es aplicable únicamente a los presos hombres, se precisará de forma explícita.

² Véase, por ejemplo, el caso de la India en CHAKRABURTTY, *The Open Prisons of Rajasthan*, Rajasthan State Legal Services Authority, 2017; o el de España en MARTÍ, «La ejecución del régimen penitenciario abierto», *Cuadernos de Política Criminal, Segunda Época*, núm. 127, 2019, pp. 203-236.

³ GARCÍA MATEOS, *La ejecución de la pena privative de Libertad en el medio social abierto*, Tesis Doctoral, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2004.

⁴ PAKES, «The shallow end: Understanding the prisoner experience in Iceland’s open prisons», *Incarceration*, núm. 4, 2023, pp. 1-16.

⁵ SHAMMAS, «The pains of freedom: Assessing the ambiguity of Scandinavian penal exceptionalism on Norway’s Prison Island», *Punishment & Society*, núm. 16(1), 2014, pp. 104-123.

⁶ MARDER, *et al.*, «Empirical research on the impact and experience of open prisons: state of the field and future directions», *Prison Service Journal*, núm. 256, 2021, pp. 3-9.

⁷ PAKES, «The shallow end: Understanding the prisoner experience in Iceland’s open prisons», *Incarceration*, núm. 4, 2023, pp. 1-16.

⁸ SHAMMAS, «The pains of freedom: Assessing the ambiguity of Scandinavian penal exceptionalism on Norway’s Prison Island», *Punishment & Society*, núm. 16(1), 2014, pp. 104-123.

este tipo de encarcelamiento ha puesto el enfoque en su rol como herramienta clave para la reinserción y ha analizado principalmente dos temas: los factores que favorecen u obstaculizan el acceso a este régimen⁹ y en qué medida el paso por el mismo favorece la prevención de la reincidencia¹⁰.

Este artículo analiza la experiencia de las personas que cumplen condena en prisiones abiertas más allá de su relación con la reinserción. El interés se pone en conocer cuál es la percepción de los presos sobre el cumplimiento de la pena en este tipo de prisiones y en identificar qué aspectos valoran de forma positiva y qué aspectos valoran de forma negativa (esto es, como penalidades). Para ello, se entrevistó a 18 personas que cumplían condena en tres centros abiertos de Cataluña, quienes tienen un régimen de semilibertad completa, es decir, pasan todo el día en la comunidad y solo vuelven al centro abierto para pasar la noche.

El artículo se estructura de la siguiente manera. En primer lugar, se hace una revisión de la literatura criminológica sobre la experiencia en las prisiones abiertas y, a continuación, se explican las características de estas prisiones en el contexto español y catalán. En segundo lugar, se explica el método utilizado en la investigación. En tercer lugar, se describen y se analizan las entrevistas realizadas a personas en semilibertad, dividiendo los resultados en tres partes: los aspectos de las prisiones abiertas que se valoran de forma positiva, aquellos que se valoran de forma negativa y una breve discusión final. Por último, se desarrollan unas reflexiones a modo de conclusión y las implicaciones del estudio.

2. Prisiones abiertas y semilibertad

2.1. La experiencia en prisiones abiertas

La literatura criminológica sobre la experiencia del encarcelamiento es abundante en relación con las prisiones cerradas. Es común destacar el trabajo de SYKES en 1958, quien puso de manifiesto la capacidad de las prisiones para producir dolor y acuñó el concepto de '*pains of imprisonment*' (penalidades del encarcelamiento) para describir las privaciones que caracterizaban, en ese momento, la vida en prisión: la privación de libertad de movimiento, de bienes y servicios, de relaciones heterosexuales, de autonomía y de seguridad¹¹. Posteriormente, numerosos autores han revisado y ampliado estas penalidades de acuerdo con las características de los diferentes sistemas penitenciarios de hoy en día¹².

⁹ Por ejemplo, CAPDEVILA *et al.*, *La libertad condicional en Cataluña*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 2014; IBÁÑEZ y CID, *La reinserción de las personas que finalizan la condena en régimen ordinario*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 2016; IBÁÑEZ, «Progresar hacia el régimen abierto: la visión de los profesionales». *Revista Española de Investigación Criminológica*, núm. 7(17), 2019, pp. 1-28; PEDROSA, «¿A quién dejamos atrás? Explorando los obstáculos de la progresión penitenciaria», *Revista Electrónica de Investigación Criminológica*, núm. 2(17), 2019, pp. 1-24.

¹⁰ CAPDEVILA *et al.*, *Tasa de reincidencia penitenciaria 2020*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 2023; SGIP [SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS], *Estudio de reincidencia penitenciaria 2009-2019*, Ministerio del Interior, Madrid, 2023.

¹¹ SYKES, Gresham M., *The Society of captives: a study of a maximum security prison*. Princeton University Press, Princeton, NJ, 2007 [1958].

¹² Véase una revisión en HAGGERTY y BUCERIUS, «The proliferating pains of imprisonment», *Incarceration*, núm. 1, 2020.

Los estudios sobre la experiencia del encarcelamiento con respecto a las prisiones abiertas son más escasos, pero en los últimos años han aumentado considerablemente¹³. Por ejemplo, PAKES¹⁴ realiza una etnografía en dos prisiones abiertas de Islandia, y utiliza el concepto de ‘shallowness’ (no profundo, superficial) para describir cómo experimentan los presos el cumplimiento de la pena en estas prisiones y resaltar su capacidad para suavizar o aliviar la experiencia tan dolorosa propia de las prisiones cerradas. Esta ‘poca profundidad’ de la experiencia en las prisiones abiertas islandesas estaría asociada a la arquitectura de los centros -que es poco carcelaria-, a la gran autonomía que tienen los internos y, sobre todo, a la permeabilidad del mundo exterior a través del uso de los móviles y el internet. Aun así, PAKES menciona que, si bien esta percepción es compartida por la mayoría de los presos, también suelen experimentar frustración por la falta de oportunidades, y aquellos más vulnerables muestran experiencias menos positivas.

Otras investigaciones muestran que los presos en prisiones abiertas tienen menores niveles de estrés y que las relaciones con el personal son más cercanas y se desarrollan desde una perspectiva más terapéutica que en las prisiones cerradas¹⁵. Por su parte, ARESTI y DARKE¹⁶ también señalan que la mayor cercanía e informalidad de las relaciones entre los funcionarios y los presos en prisiones abiertas son una muestra de que en estas hay menos tensión y de que el ambiente es más relajado.

MJALAND *et al.*¹⁷ comparan la experiencia de personas presas en prisiones abiertas y cerradas de Inglaterra y Gales con Noruega, destacando que, en ambos países, se tienen experiencias más positivas en las instituciones abiertas que en las cerradas. No obstante, revelan que los presos en prisiones abiertas experimentan penalidades similares a las que experimentan los presos que están en prisiones cerradas, si bien en las primeras se perciben de forma menos severa y se pueden gestionar de una mejor manera.

En esta línea, existen una serie de estudios que se enfocan en las penalidades que sufren los presos en prisiones abiertas. Probablemente, el trabajo más conocido sobre esta cuestión es el de SHAMMAS¹⁸, quien llevó a cabo una etnografía en una prisión abierta noruega ubicada en una isla. Este autor acuñó el concepto de ‘the pains of freedom’ (las penalidades de la libertad) para referirse a las penalidades que experimentan los presos en semilibertad, jugando con el concepto originalmente propuesto por SYKES. La idea es que, a diferencia de lo que ocurre en las prisiones cerradas, donde las penalidades emergen del contexto de encierro absoluto, en las prisiones abiertas, es la libertad con límites la que genera una serie de penalidades. En concreto, clasifica las ‘penalidades de la libertad’ en cinco categorías: a) la confusión que se crea en la persona por vivir a caballo entre dos mundos (la prisión y el exterior) con normas y expectativas diferentes;

¹³ Véase la revisión de MARDER *et al.*, «Empirical research on the impact and experience of open prisons: state of the field and future directions». *Prison Service Journal*, núm. 256, 2021, pp. 3-9.

¹⁴ PAKES, «The shallow end: Understanding the prisoner experience in Iceland’s open prisons», *Incarceration*, núm. 4, 2023, pp. 1-16.

¹⁵ VANHOOREN, LEIJSSSEN y DEZUTTER, «Loss of Meaning as a Predictor of Distress in Prison», *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 2015, pp. 1-22.

¹⁶ ARESTI y DRAKE, «Open prisons: An ex-prisoner perspective», *Prison Service Journal*, núm. 217, 2015, pp. 14-15.

¹⁷ MJALAND *et al.*, «Contrasts in freedom: Comparing the experiences of imprisonment in open and closed prisons in England and Wales and Norway», *European Journal of Criminology*, 2021, 1-22.

¹⁸ SHAMMAS, «The pains of freedom: Assessing the ambiguity of Scandinavian penal exceptionalism on Norway’s Prison Island», *Punishment & Society*, núm. 16(1), 2014, pp. 104-123.

b) la ansiedad y la sensación de que no hay límites, que se da especialmente durante la adaptación del contexto cerrado al contexto de semilibertad; c) la ambigüedad que se siente por tener libertad pero con límites; d) la sensación de agravio que se siente al compararse con la población libre; y e) el aumento de la autorresponsabilidad que se exige a los presos en semilibertad.

Por último, NEUMANN¹⁹ también desarrolla su investigación en una prisión abierta en Noruega, en este caso, de mujeres. Esta autora enfatiza dos ideas. La primera es que las buenas condiciones materiales de las prisiones abiertas (habitaciones espaciosas, bonitas vistas, grandes jardines...) no necesariamente determinan que se experimente el cumplimiento de forma positiva, ya que siguen imponiéndose restricciones importantes. La segunda consiste en que las personas en prisiones abiertas deben realizar un autocontrol tan fuerte que puede llegar a convertir el cumplimiento en algo 'extremadamente desafiante'. Así, destaca el estrés que les causa a las mujeres entrevistadas saber que pueden salir de la prisión por la mañana y nunca regresar, por lo que construyen unas 'barreras internas' que les recuerdan constantemente las consecuencias de dejar la prisión. Por esto, NEUMANN defiende que este tipo de prisiones son una forma de 'encarcelar el alma'²⁰.

2.2. Las prisiones abiertas en España y Cataluña

En España, las prisiones abiertas se inscriben en el marco del régimen penitenciario abierto, en el que los presos tienen un régimen de semilibertad²¹. Para acceder al régimen abierto, la persona tiene que estar clasificada en tercer grado penitenciario (art. 72.2 LOGP²²)²³, lo que puede suceder tanto al inicio de la condena (clasificación inicial) como en etapas más avanzadas (progresión de grado), a excepción de los casos más graves en los que se exige cumplir la mitad de la condena en segundo grado antes de acceder a la semilibertad²⁴.

En la práctica, la mayoría de personas que acceden al tercer grado en España lo hacen después de haber cumplido una parte de la pena en segundo grado, es decir, de haber estado en una prisión cerrada (un centro penitenciario ordinario), si bien la tendencia en los últimos años indica un aumento de las clasificaciones iniciales²⁵. Actualmente, tanto en la AGE como en

¹⁹ NEUMANN, «Imprisoning the soul», pp. 139-155 en *Penal Exceptionalism? Nordic Prison Policy and Practice*, editado por T. UGELVIK y J. DULLUM, Routledge, London, 2012.

²⁰ NEUMANN, «Imprisoning the soul», pp. 139-155 en *Penal Exceptionalism? Nordic Prison Policy and Practice*, editado por T. UGELVIK y J. DULLUM, Routledge, London, 2012.

²¹ Sobre el régimen abierto en España, véase RODRÍGUEZ YAGÜE, *La pena de prisión en medio abierto: Un recorrido por el régimen abierto, las salidas tratamentales y el principio de flexibilidad*, Ed. Reus, Madrid, 2021.

²² Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria. «BOE», núm. 239, de 5 de octubre de 1979.

²³ También se puede disfrutar de un régimen de semilibertad restringido estando clasificando en segundo grado con la aplicación del art. 100.2 del Reglamento Penitenciario, el cual permite combinar aspectos de diferentes regímenes penitenciarios. Sin embargo, son muy pocos los internos que están bajo esta modalidad.

²⁴ Esto se conoce como 'periodo de seguridad' (art. 36.2 Código Penal), el cual se puede aplicar a las condenas privativas de libertad de más de cinco años, aunque para algunos delitos su aplicación es obligatoria, como los delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal. Para más detalle, véase FUENTES OSORIO, «Sistema de clasificación penitenciaria y el 'periodo de seguridad' del art. 36.2 CP». *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2011, pp. 1-28; y RODRÍGUEZ YAGÜE, *La ejecución de las penas de prisión permanente revisable y de larga duración*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 1-238.

²⁵ Tanto la AGE como Cataluña han impulsado las clasificaciones iniciales en tercer grado a través de Instrucciones: la Instrucción 6/2020, «Protocolo de acceso directo al medio abierto» de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, 17 de diciembre de 2020, y la Instrucció 5/2020, sobre l'aplicació del «Protocol

Cataluña, alrededor del 43% de las clasificaciones en tercer grado son por clasificación inicial y el 57%, por progresión de grado²⁶. Aun así, con respecto al total de la población penitenciaria, las personas en régimen abierto siguen siendo una minoría: en la AGE representan el 18,9% de la población penada y en Cataluña, el 21,2%²⁷.

Existen diferentes tipos de establecimientos en los que se puede cumplir el régimen abierto en España, pero el concepto de ‘prisión abierta’ corresponde a los denominados Centros de Inserción Social (CIS) en la AGE y los centros abiertos en Cataluña. Estos se caracterizan, en primer lugar, por ser centros penitenciarios *independientes arquitectónicamente*, es decir, no son una sección o un módulo de un centro penitenciario ordinario. En segundo lugar, mantienen rasgos de una *arquitectura penitenciaria*, como la presencia de funcionarios de vigilancia y los controles de seguridad. De hecho, varios CIS y centros abiertos se ubican en la infraestructura de antiguas prisiones cerradas, por lo que mantienen los altos muros, las torres de vigilancia y la distribución interna de este tipo de prisiones. En tercer lugar, algunos CIS y todos los centros abiertos en Cataluña tienen *independencia orgánica y funcional* con respecto a los centros penitenciarios ordinarios²⁸, de manera que tienen sus propios órganos de dirección. Por último, las personas presas que cumplen condena en estos centros tienen un *régimen de semilibertad*, que consiste en salidas al exterior durante el día y la obligación de pasar la noche en prisión²⁹.

La frecuencia y duración de las salidas al exterior es variable, existiendo dos modalidades principales: la *modalidad plena* (art. 83 RP³⁰), en la que los internos pasan todo el día en el exterior y regresan por la noche a dormir en prisión; y la *modalidad restringida* (art. 82 RP), en la que la

d'ingrés i classificació en centres oberts de Catalunya» de la Secretaría de Mesures Penals Alternatives i Atenció a la Víctima, 21 de noviembre de 2020. Sobre esta cuestión, véase MATA y MARTÍN, «Tercer grado, ¿sin clasificación?, ¿sin reinserción?, ¿sin ley? La ejecución penal sin ingreso en centro penitenciario», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, LXXV, pp. 29-80, 2023, y LACAL y SOLAR, «El régimen abierto como régimen ordinario», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 34, 2020.

²⁶ En la AGE, en el año 2021, hubo 9.934 clasificaciones en tercer grado, de las cuales el 57% fueron progresiones y el 43% clasificaciones iniciales, mientras que en el 2018 los porcentajes fueron del 68,3% y del 31,7% respectivamente. Por su parte, en Cataluña hubo 1.488 clasificaciones en el año 2022, de las cuales el 56,3% fueron progresiones de grado y el 43,7% fueron clasificaciones iniciales. Los datos relativos a la AGE se han extraído del Informe anual del 2018 y del 2021 (SGIP, 2019; SGIP 2022). Los datos sobre Cataluña se han obtenido de los Estadísticos descriptivos disponibles en el Portal estadístico de la SMPRAV.

²⁷ Datos a diciembre del 2021 en el caso de la AGE y del 2022 en Cataluña. Los datos de la AGE se han obtenido de la página web de Instituciones Penitenciarias y los de Cataluña de los Estadísticos descriptivos disponibles en el Portal estadístico de la SMPRAV.

²⁸ En la AGE, algunos CIS son dependientes de un centro penitenciario ordinario, aunque en Cataluña todos los Centros abiertos son independientes. La dependencia de un centro abierto con respecto a un centro ordinario puede ser problemática si no se prioriza y se especializa el tratamiento en el medio penitenciario abierto y no se destinan los recursos necesarios.

²⁹ Todas estas características diferencian los CIS y los centros abiertos del resto de instituciones de régimen abierto, las cuales no se considerarían ‘prisiones abiertas’. Por ejemplo, las Unidades dependientes son pisos o casas tuteladas por la Administración penitenciaria y, por lo tanto, no tienen una arquitectura penitenciaria ni funcionarios de vigilancia. Las Secciones abiertas son módulos de un centro penitenciario ordinario, sin la independencia de las prisiones abiertas. Por estas razones, cuando aquí se usa el término ‘prisión abierta’, nos referimos únicamente a los CIS y los centros abiertos.

³⁰ Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario. «BOE», núm. 40, de 15 de febrero de 1996.

persona ve limitadas sus salidas, por ejemplo, a dos días a la semana o a los fines de semana, y el resto del tiempo lo pasa dentro del centro abierto³¹.

En Cataluña, todas las personas que están en los centros abiertos tienen una semilibertad plena, de manera que durante el día el centro queda prácticamente vacío³², y aquellos que tienen una semilibertad restringida se ubican en las secciones abiertas, es decir, en módulos especiales de una prisión cerrada. En cambio, en la AGE, los CIS tienen internos con una modalidad de semilibertad plena e internos con una modalidad restringida. Esto conlleva que el modelo de prisión abierta en ambas Administraciones es bastante diferente, pues Cataluña mantiene un modelo de prisión abierta 'puro' o 'estricto', mientras que la AGE tiene un modelo híbrido que combina apertura con encierro³³. Este artículo analiza la experiencia de la *semilibertad completa*, por lo que algunas de las cuestiones expuestas a lo largo del trabajo pueden no ser aplicables a la realidad de aquellas personas con una semilibertad restringida.

La rutina de las personas que cumplen condena con una semilibertad completa consiste en salir del centro abierto por la mañana (p.ej. a las 7 o las 8 horas) y pasar el día en el exterior cumpliendo sus obligaciones (p.ej. trabajar o realizar un programa de tratamiento). Al final del día, deben volver al centro abierto a la hora que tienen estipulada para pasar la noche (pudiendo variar según su horario de salida del trabajo u otras cuestiones), excepto los fines de semana, que los pasan completos en sus domicilios.

Las obligaciones que tiene cada persona se establecen en el Plan Individual de Tratamiento (PIT) y pueden estar relacionadas con diferentes ámbitos: el *formativo-laboral* (p.ej. pueden tener la obligación de trabajar, buscar un trabajo o realizar un curso de formación), el *sociofamiliar* (p.ej. pueden tener obligaciones relacionadas con la búsqueda de un domicilio o la responsabilización del cuidado de los hijos), el *ámbito personal*, que está relacionado principalmente con las conductas adictivas y el área de salud mental (una obligación, por ejemplo, sería acudir al Centro de Atención y Seguimiento de referencia o participar en un programa de adicciones) y el *ámbito de reparación*, que se refiere básicamente a la satisfacción de la responsabilidad civil en caso de tenerla.

Los centros abiertos tienen equipos de tratamiento (equipos técnicos) y funcionarios de vigilancia, como los centros penitenciarios ordinarios, si bien estos están especializados en el medio penitenciario abierto. Estos equipos llevan a cabo la supervisión y el control de los presos, lo cual tiene lugar tanto dentro del centro abierto como afuera. Cuando los internos están dentro del centro abierto tienen que cumplir con la normativa interna, los horarios de entrada y salida, y pasar por diferentes controles, como registros, cacheos y controles de drogas. Asimismo, el equipo de tratamiento también supervisa el cumplimiento de las obligaciones que se cumplen fuera del centro, por ejemplo, a través de reuniones de seguimiento, el control de justificantes y realizando llamadas o visitas a la familia o a la empresa donde trabaja la persona.

³¹ En ocasiones la restricción es tan importante que algunos autores han defendido que en estos casos no puede hablarse realmente de un régimen abierto, como, por ejemplo, CUTIÑO, «Clasificación en tercer grado y régimen abierto en el sistema penitenciario español», *Revista Penal*, núm. 36 (Julio), 2015, pp. 61-84.

³² Puede haber algún interno recién llegado que todavía no ha empezado sus salidas, alguno que trabaja en mantenimiento u otro oficio dentro del centro o alguno que tiene entrevistas con los profesionales, pero son una minoría.

³³ Véase más detalle en MARTÍ, «La ejecución del régimen penitenciario abierto», *Cuadernos de Política Criminal, Segunda Época*, núm. 127, 2019, pp. 203-236.

El incumplimiento leve de las obligaciones puede conllevar restricciones a la modalidad de vida (como una reducción de las horas de salida) o la regresión de grado si el incumplimiento es grave, con el consiguiente traslado a una prisión cerrada³⁴.

3. Método de investigación

El presente trabajo tiene como objetivo analizar la experiencia del cumplimiento de la pena privativa de libertad en las prisiones abiertas de Cataluña, que se cumple en un régimen de semilibertad completa. Así, se explora qué aspectos se valoran de forma positiva y cuáles se perciben como una penalidad.

Para ello, se entrevistó a 18 personas que estaban cumpliendo la condena en tres de las cinco prisiones abiertas de Cataluña³⁵. La selección de los entrevistados se realizó con base en un criterio de 'representatividad sustantiva', dirigido a cubrir todas las situaciones sociales de interés para la investigación más que a reproducir las características de la totalidad de la población³⁶. De este modo, el diseño de la muestra responde a una estrategia guiada por criterios teóricos³⁷, considerando las variables de sexo, edad, nacionalidad, duración de la condena y tiempo cumplido, y modalidad de régimen abierto.

Las personas entrevistadas presentan las siguientes características. En cuanto a las variables demográficas, 4 son mujeres y 14 son hombres³⁸, y tienen edades comprendidas entre los 21 y los 65 años, con un promedio de 40 años. Por otra parte, 12 personas tienen nacionalidad española y 6 son de nacionalidad extranjera.

Con respecto a las variables penitenciarias, los entrevistados tienen condenas de entre 8 meses y 20 años de prisión, con un promedio de 8 años. Al momento de la entrevista, llevaban de media 10 meses en el centro abierto y la mayoría (16) había accedido al tercer grado por progresión, habiendo cumplido 4 años y 8 meses en promedio en una prisión cerrada antes de ser progresados (7 personas habían estado encerradas más de 5 años). Por su parte, los dos presos entrevistados que habían sido clasificados inicialmente en tercer grado estuvieron los primeros tres meses en una prisión cerrada a la espera de que se resolviera su clasificación. De este modo, todos los entrevistados, independientemente del tipo de acceso al centro abierto, habían estado al menos tres meses en una prisión cerrada. Por último, 11 personas ya habían cumplido las $\frac{3}{4}$ partes de la condena y, por lo tanto, ya cumplían el criterio temporal para acceder a la libertad condicional.

En relación con las variables criminológicas, 5 personas tenían un trabajo a jornada completa, 3 a media jornada (los cuales trabajaban en el propio centro abierto), 8 estaban en búsqueda activa de trabajo y dos eran pensionistas, ambos por motivos de salud. Siete personas presentaban un historial de consumo de drogas (dos de ellos de alcohol) y un tercio tenía al menos una condena previa. Solamente dos personas consideraban que tenían recursos económicos suficientes (en

³⁴ Véase ampliamente CID y TÈBAR, *Regresión a segundo grado: causas y consecuencias*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 2013.

³⁵ Las entrevistas se llevaron a cabo entre finales de 2017 y el año 2018.

³⁶ CORBETTA, *Metodología y técnicas de investigación social*, Edición revisada, McGraw-Hill, Aravaca (Madrid), 2007.

³⁷ RAGIN y AMOROSO, *Constructing social research: the unity and diversity of method*, SAGE, Los Ángeles, 2011.

³⁸ En diciembre de 2017 el 11,7% de las personas clasificadas en tercer grado en Cataluña eran mujeres.

ambos casos tenían trabajos bien remunerados). Diez de los 18 entrevistados tenían contacto con sus familias y recibían su apoyo, mientras que el resto manifestó no tener apoyo familiar.

Todas las entrevistas se realizaron fuera de los centros abiertos, en espacios neutrales, sin relación alguna con la prisión y sin la presencia de personal penitenciario. Las entrevistas tuvieron una duración promedio de 60 minutos y fueron grabadas con el consentimiento de la persona entrevistada, lo cual, además, se especificó en los contratos de confidencialidad que se firmaron. Posteriormente, todas las entrevistas fueron transcritas y se analizaron con el programa de análisis cualitativo ATLAS.ti.

4. Resultados

Como se ha comentado anteriormente, en la percepción de la experiencia de cumplir condena en una prisión abierta, es posible identificar, por una parte, aspectos que se valoran de forma positiva, haciendo de la semilibertad algo ‘liberador’, y, por otra parte, elementos percibidos como penalidades, esto es, como algo doloroso³⁹. Por ello, los resultados de la presente investigación se presentan siguiendo esta división: primero, se exponen los elementos de las prisiones abiertas y de la semilibertad que las personas presas perciben de forma positiva y, a continuación, se presentan aquellos que se perciben como penalidades.

4.1. Un pie en la calle: la prisión abierta como algo liberador

En general, las personas entrevistadas coinciden en que estar en una prisión abierta es liberador por tres motivos principales. En primer lugar, casi de manera unánime, los entrevistados señalaron que lo más positivo de cumplir condena en una prisión abierta es *tener más libertad* en un sentido literal, es decir, tener la ‘*oportunidad de salir fuera, de estar en la calle*’ (Inma)⁴⁰. Esto es así, porque, recuérdese, en Cataluña todas las personas que cumplen condena en un centro abierto salen por la mañana (a excepción de aquellos que trabajan en la propia prisión) y generalmente no regresan hasta la noche.

En segundo lugar, los presos suelen percibir la prisión abierta como *una oportunidad para rehacer sus vidas y empezar una nueva etapa*, trabajando y estando cerca de la familia. Esta cuestión está especialmente presente en aquellas personas con condenas largas, quienes han estado muchos años encerrados en una prisión.

La relación con mi familia es diferente, porque estás con ellos sábado, domingo y lunes. Estoy más con mi hija, hay más comunicación. Me ha podido perdonar muchas cosas. He podido recuperar el tiempo perdido con mi hija. La dejé que era muy pequeñita y me he encontrado a una chica de 16 años, imagínate (Delia).

El entusiasmo por ‘ser más libre’ y por ‘recuperar el tiempo perdido’ surge sobre todo en las reflexiones que hacen los presos sobre su llegada al centro abierto. La mayoría coincide en que el principio es un momento positivo, que se vive con alegría, porque uno obtiene más libertad y deja atrás la prisión cerrada. No obstante, reconocen que, al mismo tiempo, se vive cierta

³⁹ CREWE, «Depth, weight, tightness: Revisiting the pains of imprisonment», *Punishment & Society*, núm. 13, pp. 509-529.

⁴⁰ Los nombres de las personas entrevistadas han sido modificados para conservar su anonimato.

incertidumbre por lo que van a encontrar y por si van a ser capaces de sobrellevar esta nueva etapa. Esta ambivalencia es similar a la que algunos autores observan en presos que van a ser excarcelados, los cuales muestran tanto sentimientos de ansiedad por su salida de prisión como grandes expectativas sobre 'lo diferentes que serán sus vidas esta vez'⁴¹.

A pesar de ello, las personas entrevistadas consideran que la adaptación al centro abierto y a la semilibertad no fue difícil. Por un lado, estar en una cárcel y seguir sus normas no es nuevo para ninguno de ellos, pues todos vienen de cumplir una parte de la condena en un centro cerrado. Por otro lado, tampoco es extraño 'pisar la calle', porque todos pasaron un periodo de tiempo saliendo de permiso antes de llegar a la prisión abierta, pues en la práctica suele ser un requisito que se exige para conceder el régimen abierto. En este sentido, prácticamente todos los presos que llegaron al centro abierto por progresión (especialmente aquellos que habían estado más de 4 o 5 años encerrados) describen los primeros permisos como uno de los momentos más difíciles de toda la condena, si bien defienden que fueron una gran ayuda para adaptarse al exterior y que el inicio del cumplimiento en el centro abierto fuera más fácil, lo cual refuerza la importancia de los permisos, especialmente para la reinserción⁴².

El primer permiso no se puede explicar [...]. Es algo extraño. Los semáforos, las luces, incluso, te hacen girar la vista, porque claro allí colores no hay. Allí es todo un gris o todo un verde. Pero luego sales y ves colores, y te hacen daño a los ojos (Denís).

El primer día no lo pasé nada bien, sinceramente, porque tengo ansiedad y la cabeza me daba muchas vueltas. Pero bueno, al final la prueba la superé. Porque enfrentarte, después de 9 años, tú sola en un metro... (Inma).

Por último, el cumplimiento de la pena en las prisiones abiertas es percibido como liberador porque los presos consideran que, en términos generales, la *calidad de vida es mejor*. De acuerdo con la literatura criminológica, la calidad de las relaciones que se establecen dentro de prisión - entre los presos y los profesionales, y entre los propios presos- son elementos determinantes de la calidad de vida⁴³. Esto puede explicar por qué, cuando las personas entrevistadas manifiestan que en los centros abiertos 'se está mejor', hacen referencia de manera expresa a la mejor relación que existe con parte del personal.

En concreto, numerosos entrevistados consideran que los funcionarios de vigilancia son más cercanos y comprensivos, y que el hecho de que no vayan uniformados (a diferencia de los funcionarios de las prisiones cerradas) es una muestra de que 'te tratan de tú a tú' (Adolfo)⁴⁴. En esta línea, ARESTI y DARKE⁴⁵ explican que en las prisiones abiertas inglesas los funcionarios llaman a los presos por el nombre de pila, y no por el apellido o el número de identificación como sucede

⁴¹ VISHNER y TRAVIS, «Transitions from Prison to Community: Understanding Individual Pathways», *Annual Review of Sociology*, núm. 29(1), 2003, pp. 89-113, p. 96.

⁴² Por ejemplo, ROVIRA, LARRAURI y ALARACÓN, «La concesión de permisos penitenciarios», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 20-02, 2018, pp. 1-26.

⁴³ LIEBLING, *Prisons and their moral performance. A study of values, quality and prison life*, Oxford University Press, Oxford, 2004.

⁴⁴ En uno de los centros los funcionarios de vigilancia sí que van uniformados, aunque los presos comparten la opinión de que el trato es diferente.

⁴⁵ ARESTI y DRAKE, «Open prisons: An ex-prisoner perspective», *Prison Service Journal*, núm. 217, 2015, pp. 14-15.

en las prisiones cerradas, y ello es representativo de que en las primeras hay menos tensión y de que las informalidades hacen que el ambiente sea más relajado.

¿Notaste diferencia [entre los funcionarios de la prisión cerrada y los de la prisión abierta]?

Uf, sí, mucha. Hay algunos allí [en la prisión cerrada] que son muy estrictos. Pero aquí... Como si los conocieras de toda la vida. [...]. A veces te van hablando, te encuentran y te preguntan '¿qué tal estás?' Allí no te decían eso (Javier).

Adicionalmente, la percepción general de que la calidad de vida en los centros abiertos es mejor tiene que ver con que se considera que la convivencia entre presos es buena y que existen pocos conflictos, por lo que el ambiente es más tranquilo, especialmente en los centros abiertos más pequeños, donde las celdas son ocupadas por un máximo de dos personas. Los presos entrevistados creen que la menor conflictividad de los centros abiertos se explica porque comparten pocas horas al día (gran parte para dormir) y, sobre todo, porque todos tienen mucho que perder y quieren evitar problemas. En palabras de Denís, '*Aquí tiene que haber más tranquilidad, porque aquí se pierde mucho. Allí [en la prisión cerrada] no se puede perder nada, ya estás en prisión*'.

En definitiva, se valora positivamente la posibilidad de salir fuera del centro durante el día, la oportunidad de empezar de nuevo y la mejor calidad de vida de los centros abiertos, la cual estaría relacionada principalmente con la mejor relación con el personal y con el resto de internos.

4.2. Un pie en prisión: las penalidades de las prisiones abiertas

Tal y como se expuso al inicio de esta sección, aparte de los aspectos percibidos de forma positiva, se identifican distintas penalidades en la experiencia de cumplir condena en semilibertad en una prisión abierta. A continuación, se presentan estas penalidades agrupadas en cinco categorías.

a) La obligación de volver por la noche

La penalidad más evidente en cualquier prisión es *la privación física de libertad*⁴⁶, lo cual aplica también en las prisiones abiertas. En estas, la obligación principal que tienen las personas presas es la de dormir en prisión o, dicho de otro modo, la de estar privadas físicamente de libertad durante un mínimo de 8 horas al día en una cárcel, lo que para muchos constituye la parte más difícil del cumplimiento⁴⁷.

Lo más difícil es la noche. Cuando me meto en la cama siempre pienso en mi familia y en cómo estarán. Siempre estaba con ellos, ¿me entiendes? Eso me cuesta, la noche. Durante el día vas haciendo, pero la noche hace pensar (Mounir).

Dormir en una prisión abierta es experimentado de manera muy similar a dormir en una prisión cerrada: fuera de casa, lejos de la familia, compartiendo espacio con personas desconocidas y en condiciones que muchas veces son poco confortables. De hecho, como se ha mencionado, debido

⁴⁶ SYKES, *The Society of captives: a study of a maximum security prison*. Princeton University Press, Princeton, NJ, 2007 [1958].

⁴⁷ Es el Reglamento Penitenciario el que establece el mínimo mencionado (art. 86).

a que los centros abiertos catalanes son antiguos, algunos presos creen que las condiciones de las celdas son peores que las que tenían en las prisiones cerradas^{48 49}.

En relación con la obligación de pernoctar, muchos de los entrevistados señalan que, en realidad, lo más difícil es gestionar la idea de *tener que regresar por la noche*, un pensamiento que los acompaña gran parte del día.

A las 3 de la tarde ya estoy pensando que tengo que regresar. Y esto pues ya te corta el rollo, y estoy desanimado. Cuando estoy fuera y tengo que volver, pienso ‘joder, otra vez’ (Denís).

En este sentido, BIRK⁵⁰ señala que las personas que cumplen condena en prisiones abiertas están en una posición diferente a las que están en prisiones cerradas, porque las primeras son materialmente capaces de escapar de la prisión, mientras que las segundas solo pueden ‘fantasear con la evasión’. En este contexto, como veremos más adelante, en las prisiones abiertas el concepto de autodisciplina es muy importante, pues, al fin y al cabo, ser privado de libertad es una decisión que las personas toman cada día. Omar, uno de los presos entrevistados, dice que estar en una prisión abierta es como si te hubieran dado ‘*un patio muy grande*’ en el que ‘*ya no hay un muro que te diga que tienes que volver para atrás, ahora es el reloj el que te dice que tienes que llegar a tu hora*’.

Además, para muchas personas, es difícil identificar un contenido rehabilitador en la imposición de pernoctar en prisión, y consideran que esta obligación no les proporciona ningún beneficio, a diferencia de otras como trabajar o realizar un tratamiento. Posiblemente, ello contribuye a que la obligación de pernoctar en prisión se experimente como algo pesado y que no tiene sentido, y constituya así el componente más punitivo de las prisiones abiertas.

b) La obligación de tener un trabajo: tenerlo y no tenerlo

Otra serie de penalidades que se experimentan en las prisiones abiertas están relacionadas con la obligación de trabajar que tienen una mayoría de presos, pues el área laboral es el área principal de intervención tratamental en régimen abierto (si la persona no tiene un trabajo, la obligación normalmente es buscarlo).

Entre aquellos que tienen un trabajo en el exterior de la prisión (por ejemplo, en un hospital, un restaurante o una fábrica), algunos tienen dificultades para compaginar los horarios de la prisión y los del trabajo, lo cual lleva a que estas personas vivan en una situación de estrés y agobio por el miedo a las consecuencias que puede tener llegar tarde, tanto al trabajo como al centro abierto.

Es preciso tener en cuenta que los centros abiertos están ubicados en las capitales de provincia, pero muchas personas tienen sus domicilios y/o trabajos en otros municipios, complicando algunas rutinas. Los entrevistados exponen que el personal del centro abierto tiende a ser

⁴⁸ Con respecto a la AGE, ver también GARCÍA MATEOS, *La ejecución de la pena privativa de Libertad en el medio social abierto*, Tesis Doctoral, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2004.

⁴⁹ Al momento de realizar las entrevistas, todos los centros abiertos de Cataluña ocupaban instalaciones de antiguas prisiones cerradas. Sin embargo, en 2023 se inauguró el centro abierto de Tarragona con unas instalaciones nuevas.

⁵⁰ BIRK, «Open prisons – will they last?», *Danish Institute for Study Abroad*, 2011, pp. 1-11, p. 7.

comprensivo y dar flexibilidad para ajustar los horarios e intentar evitar situaciones de estrés, pero el Reglamento Penitenciario exige que la persona permanezca un mínimo de 8 horas en el centro y este es un límite que debe respetarse en todo caso.

Me cogió un poquito de ansiedad, porque tenía unos horarios para salir... Me tenía que desplazar de una punta a otra, trabajaba de un lado para otro. Se me fue de las manos un poco. No era por el trabajo, era por los desplazamientos (Inma).

Por otra parte, la obligación de trabajar deriva en una serie de penalidades cuando la persona no tiene un empleo. Disponer de un trabajo es una de las necesidades principales que la mayoría de presos dicen tener cuando salen de prisión⁵¹. Las personas presas en prisiones abiertas no solo consideran el trabajo como algo necesario para tener recursos económicos, sino que también lo perciben como algo positivo para el cumplimiento de la condena, pues, por ejemplo, creen que tener un trabajo aumenta las posibilidades de progresar a la libertad condicional, al ser una circunstancia que las Juntas de Tratamiento y los Jueces valoran positivamente.

Allí en el centro cerrado, bueno, hacían hacerte cursos, pero no eran tan estrictos. Aquí en el tema de buscar trabajo son muy estrictos, porque si no encuentras trabajo, es muy difícil que te den una condicional y que salgas. Si no encuentras trabajo puede que te quedes toda la condena en el centro abierto (Javier).

En esta línea, los presos defienden que, cuando trabajan, el personal deposita en ellos más confianza y les da más libertad, pero cuando no trabajan les 'están muy encima' para que encuentren un empleo. Incluso, los entrevistados de uno de los centros abiertos comentaron que es habitual que las personas que no tienen trabajo tengan un horario de salidas más restringido y pasan más horas dentro del centro. De este modo, tener trabajo se experimenta frecuentemente como un medio para tener más libertad, lo cual puede ayudar a entender por qué algunos presos mienten sobre su situación laboral si se quedan sin empleo⁵², pues piensan que perder el trabajo conlleva perder libertad.

Tener trabajo es, así, una preocupación primordial, pero dada la vulnerabilidad de una parte importante de la población penitenciaria y de la situación económica en muchos contextos, cumplir con esta obligación no es algo fácil⁵³. En particular, se identifican dos problemas adicionales para las personas presas en los centros abiertos.

En primer lugar, no todos los trabajos son válidos, pues desde la prisión se les exige que tengan un contrato de trabajo, excluyendo así los trabajos 'irregulares', propios de los sectores más excluidos de la sociedad, a los cuales pertenece una gran parte de la población presa.

⁵¹ ERICKSON *et al.*, *Paroled but not free: Ex-offenders look at what they need to make it outside*, Behavioral Publications, New York, 1973, citado por LEBEL y MARUNA, «Life on the Outside: Transitioning from Prison to the Community», pp. 657-682 en *The Oxford Handbook of Sentencing and Corrections*, editado por J. PETERSILIA y K. R. REITZ, Oxford University Press, New York, 2012; VISHER y LATTIMORE, «Major Study Examines Prisoners' Reentry Needs», *NIJ Journal*, núm. 258, 2007, pp. 30-33.

⁵² CID y TÉBAR, *Regresión a segundo grado: causas y consecuencias*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 2013.

⁵³ SCHEIRS, BEYENS y SNACKEN, «Mixed system: Belgium. Who is in charge? Conditional release in Belgium as a complex bifurcation practice», pp. 151-166 en *Offender release and supervision: The role of Courts and the use of discretion*, editado por M. HERZOG-EVANS, Wolf Legal Publishers (WLP), Oisterwijk, 2014.

El motivo que dicen [para no conceder la libertad condicional] es que no tengo el contrato fijo de un año. Es que, si tuviera un trabajo fijo, yo ya estaría fuera. Entonces yo le hice la pregunta ‘¿conoces a mucha gente hoy en día que lo tenga?’. [...] Si no lo consigues tú que estás en la calle, ¿cómo pretendes que lo consiga una persona que sale de estar 5 años en prisión? (David).

Además, haber estado encerrado durante muchos años, haberse dedicado principalmente a actividades delictivas, no tener una trayectoria laboral convencional y tener antecedentes penales dificulta todavía más encontrar un trabajo en la economía regular.

En segundo lugar, algunas personas ponen de manifiesto que es difícil compatibilizar los horarios del centro abierto con los del trabajo, de manera que la semilibertad es percibida como un obstáculo en sí misma porque entorpece los planes de vida, impidiendo, por ejemplo, que una persona pueda mudarse a otra provincia para trabajar. En este sentido, el ‘rol de preso’ y el ‘rol de ciudadano’ entran en conflicto en las prisiones abiertas⁵⁴, pues por un lado se permite (y exige) a los presos trabajar y tener un rol activo en la familia, pero por otro lado su vida sigue condicionada a las exigencias de la condena, sobre todo, la de acudir al centro cada noche.⁵⁵

Cuando acabo a las 10 de la noche de mi trabajo, me gustaría poder trabajar en la hostelería 3 horas. Son 3 horas que cada día vas sumando y al final de mes puedes hacer frente a tus gastos. Pero no lo puedo hacer porque a las 10 tengo que estar allí [en el centro abierto] (Keita).

Por último, cabe destacar que existe una situación en la que la ausencia de trabajo (o tener un trabajo de pocas horas al día) es especialmente problemática para los presos en centros abiertos: cuando tienen el domicilio en una ciudad diferente a la del centro abierto y tienen pocos recursos económicos, ya que los desplazamientos suponen una carga temporal y económica tan elevada que no pueden permitirse ir diariamente a sus casas y volver al centro abierto. Por ello, las personas en esta situación suelen quedarse entre semana en la ciudad donde se ubica el centro abierto y solo van a sus domicilios los fines de semana. El problema consiste en que, al estar desempleados, tienen una gran parte del día desocupada y no tienen adónde ir, puesto que en general no está permitido entrar al centro abierto antes de la hora de entrada⁵⁶, y normalmente no tienen familia ni conocidos en la ciudad porque su única relación con esta es el centro abierto. El resultado es que estas personas, una vez han hecho algunos trámites y entregado currículums, pasan el día *deambulando* por la ciudad, ‘haciendo tiempo’ hasta su hora de entrada a prisión. Para hacernos una mejor idea, podemos imaginar la situación de una persona que está desempleada y se le prohíbe estar en su casa durante durante el día.

⁵⁴ SHAMMAS, «The pains of freedom: Assessing the ambiguity of Scandinavian penal exceptionalism on Norway’s Prison Island», *Punishment & Society*, núm. 16(1), 2014, pp. 104-23.

⁵⁵ Una de las opciones que puede adoptarse en estos casos es la aplicación del art. 86.4 RP, la cual permite no acudir a dormir al centro abierto y se controla a la persona con medios electrónicos o controles personales. Sin embargo, debería analizarse con más profundidad si se aplica en todos los casos necesarios o hay situaciones en las que dicha modalidad no se concede, haciendo que la persona afectada se encuentre en la situación mencionada.

⁵⁶ En otra fase de la investigación, en la que entrevisté a trabajadores del sistema penitenciario, la dirección de una de las prisiones abiertas comentó que, cuando una persona llega antes de su hora al centro penitenciario, muestra que ‘algo no va bien’ y que ‘debe aprender a gestionar la libertad’, por lo que no se le permite la entrada.

¿Qué haces por las tardes? Me tomo un café, voy a tomar otro café, a veces voy a una churrería y cojo algo de comer. Antes aprovechaba todas las salidas porque me apunté a todas las ETT para buscar trabajo aquí. Las primeras semanas estás ocupado buscando trabajo, pero después tienes que esperar (Mauro).

A veces me faltaban tres horas para entrar y entraba antes, porque no tenía nada que hacer aquí. No tengo familia para ir a casa. ¿A dónde voy? ¿Al parque? ¿Al bar a tomar? Estoy cansado de bares, de parques, de la biblioteca... Estoy cansado de todo. Pero a veces hay funcionarios que no te dejan entrar. Me decían ‘¿qué hora es? Aún te falta’ (Abbou).

De las 18 personas entrevistadas, 7 se encontraban en esta situación y formaban el grupo con discursos claramente más negativos⁵⁷. A diferencia de aquellos que trabajan y tienen cerca su casa y su familia, estos presos tienen más dificultades para encontrarle un sentido positivo a su estancia en la prisión abierta, y la condena se percibe como una carga y un impedimento para rehacer sus vidas, convirtiéndose en un proceso pesado, aburrido y difícil de sobrellevar⁵⁸. Tal llega a ser la incomodidad y el malestar, que varias de las personas en estas circunstancias manifestaron que estarían mejor en una prisión cerrada con un régimen de semilibertad restringido, saliendo solamente los fines de semana.

[En prisión cerrada] A las 8 de la mañana tienes que estar en el patio, te puedes apuntar a talleres, a estudiar, puedes hacer deporte... Aquí, si quieres hacer deporte, como no te pongas a correr por la calle... Pero no es lo mismo, porque yo tendría que esperar a entrar para ducharme (Iván).

Esta situación es todavía más perjudicial en dos casos. Primero, en aquel en el que las personas tienen o han tenido problemas de adicción, quienes manifiestan que esta situación es peligrosa para ellos, porque deben realizar un mayor esfuerzo para evitar una recaída.

Segundo, en el caso en el que, antes de entrar a prisión, la persona vivía en una provincia o un país diferente, como las personas que cometen un delito de tráfico de drogas internacional y los detienen en un aeropuerto español. Estos presos, cuando acceden al régimen abierto, llegan a ciudades en las que generalmente no han estado nunca antes y en las que no pretenden quedarse cuando finalicen la condena, por lo que no tienen perspectivas de futuro en ese lugar. Además, la falta de contactos en la ciudad disminuye todavía más las oportunidades de encontrar trabajo e implica que el cumplimiento se vive como un proceso especialmente solitario y sin sentido.

En esta línea, en el contexto de este trabajo, las personas extranjeras generalmente presentan experiencias en las prisiones abiertas más negativas. En primer lugar, porque parece que se encuentran con mayor frecuencia en la situación ‘deambulante’ mencionada, pues tienen menor red de apoyo y están sobrerrepresentadas en los trabajos irregulares. Y, en segundo lugar, algunos tienen problemas para renovar el permiso de residencia como consecuencia de la

⁵⁷ En ningún caso puede extrapolarse esta cifra al total de las personas en régimen abierto, ya que no se trata de una muestra representativa.

⁵⁸ Los presos que habían estado mucho tiempo en una prisión cerrada y admitían tener o haber tenido problemas de adicción manifestaron que esta situación era peligrosa para ellos, porque debían realizar un mayor esfuerzo para evitar una recaída.

condena⁵⁹, a pesar de que algunos llevan muchos años en España y tienen aquí sus familias y sus proyectos de vida, lo cual, además del desgaste emocional, supone una mayor carga económica porque deben buscar apoyo jurídico.

c) El control de ‘mi vida personal’

En las prisiones abiertas, parte de la supervisión penal tiene lugar en la comunidad (en un contexto de ‘libertad’), lo que produce un cambio en la naturaleza de algunas de las obligaciones impuestas a los presos con respecto a las prisiones cerradas. En estas últimas, existen numerosas normas relacionadas con la vida en prisión, y el tratamiento está más relacionado con la conducta delictiva en un sentido estricto (el control de la impulsividad, comportamientos relacionados con la conducta sexual, el consumo de drogas...). Así, la relación con la familia o amigos y el hogar no suelen ser objeto directo de intervención. En las prisiones abiertas, en cambio, las obligaciones que tienen los presos se extienden a cuestiones de carácter más social, como el trabajo y las responsabilidades socioeconómicas y familiares, las cuales se pueden relacionar de manera más directa con el área personal y menos con la conducta delictiva (‘mi trabajo’, ‘mi familia’, ‘mi ocio’, en definitiva, al estilo de vida de cada uno).

La aceptación de este tipo de obligaciones por parte de la persona presa puede resultar más difícil, en primer lugar, porque se produce en un momento en el que muchos ya han cumplido varios años en una prisión cerrada y sienten que han sufrido y se han esforzado por llegar al régimen abierto, y ahora esperan más libertad y menos control. En segundo lugar, no siempre ven una relación clara entre estas obligaciones y sus delitos. Por ejemplo, pueden estar dispuestos a participar en un programa de control de la ira debido al impacto que tuvo el maltrato que protagonizaron en su entorno, pero pueden sentir resistencia a aceptar restricciones a sus elecciones laborales, a recibir críticas sobre sus amistades o parejas y la presencia del personal en sus hogares.

Me dijeron que mi novio es una mala influencia y en realidad es el que me está ayudando a poder soportar todo. Pero la psicóloga habla de tu hija, de la madre, del padre... Perdona, pero mi vida es mi vida. El educador quiere controlar el dinero. Digo ‘a ver, ¿qué te importa lo que gane o deje de ganar? Es mi dinero’. La trabajadora social es buena, aunque también se mete mucho en tu vida personal, de la familia, va a tu casa... Entrevistas... (Delia).

Esto, además, se agudiza en el caso de las personas que utilizan recursos de los servicios sociales, porque los profesionales de los mismos suelen estar en contacto directo con el centro abierto. Por ejemplo, aquellos que los fines de semana duermen en pisos de alguna entidad del tercer sector a los cuales han llegado a través del centro abierto, trabajan para el CIRE o deben acudir al CAS expresan que en el centro abierto ‘saben todo lo que hacen’, porque los profesionales están en contacto entre ellos.

Por otra parte, la extensión de las obligaciones al estilo de vida es problemática porque la supervisión del personal tiene lugar en estos espacios personales, a veces, de forma literal, por ejemplo, cuando el personal hace visitas al domicilio o al lugar de trabajo.

⁵⁹ Véase LARRAURI, «Antecedentes penales y expulsión de personas inmigrantes». *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2016.

Me preguntan por la situación familiar, cómo lo llevo, que si el niño, si cuantos años tiene el niño. Me hicieron venir con mi chica aquí y presentársela, dar el número de teléfono, de qué trabajaba... Para asegurarse de que no es un paripé. Y dos veces que han ido a ver a mis padres sin que yo estuviera en casa (David).

Ser controlado en estos espacios, aparte de ser algo molesto e invasivo, puede ser problemático para el 'rol de ciudadano', porque algunos manifiestan que la intervención de los profesionales les ha causado problemas en el trabajo (porque el jefe les recrimina la presencia del tutor, por ejemplo) y en la familia (porque han informado de algo que el interno no deseaba compartir). Además, algunos manifiestan que tener que estar disponibles para el personal mientras están en el trabajo (ya sea para responder a una llamada o recibir una visita) los desconcentra y les provoca estrés.

Si estoy en el trabajo y no contesto, me preguntan que por qué no he contestado, ¿entiendes? Si estoy trabajando, no puedo contestar. A veces me dicen espérate allí, y digo '¿qué pasa?, me estáis estresando'. Ya les dije que hacemos mudanzas, que recogemos muebles, y pueden ir a la tienda y a lo mejor no estoy porque estoy montando muebles (Keita).

En el caso de que una persona decida no contar su situación a su entorno laboral o a su familia, el personal penitenciario lo respeta y busca formas de control que no la comprometan, como ir a tomar un café al bar donde trabaja. Si bien esta forma de supervisar no pone en problemas a la persona, no deja de vivirse como una intromisión al espacio personal ('me están controlando en mi trabajo') y en algunos casos favorece el miedo a ser 'descubierto' y rechazado por su entorno.

Todo lo anterior hace que la intervención de los profesionales se experimente, en cierto modo, como más intrusiva que en las prisiones cerradas. Es cierto que la intromisión del tratamiento penitenciario en la persona presa es una cuestión general en los sistemas penitenciarios, tanto abiertos como cerrados, la cual ha sido debatida ampliamente⁶⁰. Lo que aquí se argumenta es que debido a la naturaleza de la semilibertad y del tipo de obligaciones impuestas en la persona presa y la forma de supervisarlas, esta intromisión es más visible y tiene lugar en un momento en el que no se espera tanto control, por lo que puede experimentarse de manera más intensa e intrusiva.

Me llamó mi madre y me dijo 'mira, que ha venido la trabajadora social, ha estado por aquí y me ha preguntado que cómo es que no estabas tú por aquí'. Digo 'hombre, te presentas a las 11.30 de la mañana en mi casa, pues ¿qué se supone que tenía que estar en casa? ¿Ahí tumbado viendo la tele? Pues estaré buscándome la vida'. Encima se extrañó porque no estaba en mi casa, ¿sabes? (David).

d) La responsabilidad de no fallar(se)

Una de las penalidades más comentadas en las investigaciones internacionales sobre la prisión es la privación de autonomía que sufre la persona al quedar sujeta a una multitud de normas y

⁶⁰ Por ejemplo, CREWE, «Depth, weight, tightness: Revisiting the pains of imprisonment», *Punishment & Society*, núm. 13, pp. 509-529.

reglas dirigidas a controlar su comportamiento. De acuerdo con CREWE⁶¹, en los sistemas penitenciarios tradicionales, las penalidades del encarcelamiento se relacionan con la pérdida de autonomía que provocan las restricciones materiales (muros, cacheos...), las órdenes de los funcionarios y el rigor del régimen de vida. Sin embargo, en los sistemas penitenciarios más modernos, las personas presas también hacen referencia a la privación de la autonomía aun cuando no hay la presencia de un funcionario o de un muro físico.

Así, según este autor, en los sistemas penitenciarios actuales, el poder penal habría cambiado hacia un 'poder blando', que se caracteriza por ser menos autoritario y por ejercerse mediante formas menos despóticas⁶². De este modo, aparecen una serie de penalidades que ya no son consecuencia, por ejemplo, del abuso de poder, sino de estas políticas y prácticas institucionales 'blandas'⁶³, donde se encontrarían las prisiones abiertas.

En este contexto, los presos en semilibertad entrevistados defienden que se sienten menos vigilados que en las prisiones cerradas y que ahora tienen más libertad, pero manifiestan que sus actividades siguen estando controladas -como vimos en el apartado anterior-, aunque a veces este control también se ejerce de manera 'discreta' e 'invisible'. En palabras de un preso, el personal actúa incluso '*cuando no los ves*' (Carlos).

Nosotros no nos enteramos, ¿sabes? Pero de vez en cuando va como un espía a ver si estás trabajando, a ver qué estás haciendo. Y yo siempre digo, habrán ido algún día a verme, habrán visto que estaba allí trabajando y nunca me han dicho nada (Iván).

Según CREWE⁶⁴, la obligación de someterse a controles de drogas, el sistema de amenazas e incentivos (como la regresión y la libertad condicional) y otras formas de poder psicológico hacen que la vigilancia personal directa no sea necesaria para que los presos sean disciplinados y cumplan las normas. De este modo, 'ahora, al preso se le da más autonomía (de manera limitada y controlada) pero en este proceso se le hace responsable de un mayor número de decisiones', produciéndose así una 'transferencia de responsabilidad'⁶⁵ de los funcionarios a los propios internos.

¿Alguna vez se te ha pasado por la cabeza no regresar?

Sí, cada domingo me pasa eso. Cada domingo estoy allí en casa y digo 'buf, tengo que volver otra vez'. Pero tienes que volver. Sí o sí. Si no, te llevan para arriba (Abbou).

⁶¹ CREWE, «Depth, weight, tightness: Revisiting the pains of imprisonment», *Punishment & Society*, núm. 13, pp. 509-529.

⁶² CREWE, «Soft power in prison: Implications for staff-prisoner relationships, liberty and legitimacy», *European Journal of Criminology*, núm. 8(6), 2011b, pp. 455-468.

⁶³ CREWE, «Depth, weight, tightness: Revisiting the pains of imprisonment», *Punishment & Society*, núm. 13, pp. 509-529.

⁶⁴ CREWE, «Depth, weight, tightness: Revisiting the pains of imprisonment», *Punishment & Society*, núm. 13, pp. 509-529.

⁶⁵ CREWE, «Depth, weight, tightness: Revisiting the pains of imprisonment», *Punishment & Society*, núm. 13, pp. 509-529, p. 519.

En contraposición a las formas directas de poder infligidas en el cuerpo del individuo, las formas indirectas se producen a través de la autodisciplina⁶⁶ y la responsabilización⁶⁷. Las formas indirectas de control constituyen un elemento central de las prisiones abiertas, pues, a diferencia de las prisiones cerradas, estas fundamentan su intervención en la atenuación de las medidas de control y en el aumento de la ‘autorresponsabilidad’ de los presos. La semilibertad se basa precisamente en que una parte del cumplimiento tiene lugar en el exterior, donde la persona pasa momentos sin ningún tipo de vigilancia material ni personal. Así, en palabras de BIRK⁶⁸, en las prisiones abiertas ‘es el propio preso quien ejerce su propia vigilancia y disciplina’, lo que, de acuerdo con algunos autores, convierte el encarcelamiento en la prisión abierta en un proceso que, en cierto sentido, es más exigente⁶⁹.

En contraposición a las personas que se encuentran en prisiones cerradas, las cuales tienen la opción de ‘no hacer nada’ y cumplir la condena ‘simplemente’ estando en el patio, en las prisiones abiertas los presos están obligados a esforzarse y a ‘autosuperarse’^{70 71}. En cierto modo, se requiere un cumplimiento más activo y la persona tiene la obligación de *llevar a cabo* una serie de acciones.

El mensaje que te dan es que desde el momento que estás en una prisión abierta es para comprobar si tú estás preparada para hacer la vida en la calle, el día a día en el centro. Y entonces aquí te tienes que buscar la vida buscando trabajo, las dificultades te las tienes que saltar tú y las soluciones las tienes que buscar tú (Irene).

La idea de la responsabilización, junto con el hecho de que la prisión abierta se percibe como una oportunidad⁷², lleva a que algunos presos sientan que estar en un centro abierto es algo que deben aprovechar. Además, al concedérsele un mayor grado de decisión en favor de la responsabilización (esto es, debe tomar más decisiones al ser responsable del cumplimiento), aumentan las posibilidades de equivocarse y la presión por no fallarse a uno mismo y a los profesionales que ‘han permitido’ su acceso a la semilibertad.

El centro abierto es una oportunidad que te dan. Yo lo veo una oportunidad que depende de ti. Cuando me dijeron que iba a salir, yo pensé que tenía que aprovecharlo. No todo el mundo lo aprovecha, porque lo primero que hace la gente cuando está en prisión abierta es siempre la misma mierda, ¿no? La droga, las borracheras... (Adolfo).

⁶⁶ FOUCAULT, *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2003 [1976].

⁶⁷ HANNAH-MOFFAT, «Prisons that empower», *British Journal of Criminology*, núm. 40(3), 2018, pp. 510-531.

⁶⁸ BIRK, «Open prisons – will they last?», *Danish Institute for Study Abroad*, 2011, pp. 1-11, p. 7.

⁶⁹ NEUMANN, «Imprisoning the soul», pp. 139-155 en *Penal Exceptionalism? Nordic Prison Policy and Practice*, editado por T. UGELVIK y J. DULLUM, Routledge, London, 2012.

⁷⁰ SHAMMAS, «The pains of freedom: Assessing the ambiguity of Scandinavian penal exceptionalism on Norway’s Prison Island», *Punishment & Society*, núm. 16(1), 2014, pp. 104-23, p. 117.

⁷¹ Por supuesto, la ‘opcionalidad’ de los internos en prisiones cerradas en torno, por ejemplo, a participar en los programas de tratamiento es muy cuestionable, pues si una persona decide no hacer nada las posibilidades de obtener permisos y de acceder al tercer grado son muy limitadas. La comparación que se hace aquí debe entenderse en el sentido de que la permanencia de un interno en una prisión abierta, en gran parte, *depende de* este cumplimiento activo, mientras que no sucede lo mismo con las personas que están en prisiones cerradas.

⁷² SHAMMAS, «The pains of freedom: Assessing the ambiguity of Scandinavian penal exceptionalism on Norway’s Prison Island», *Punishment & Society*, núm. 16(1), 2014, pp. 104-23.

En este contexto de responsabilización, los presos que tienen problemas de adicciones e impulsividad reconocen que en la prisión abierta deben tener más autocontrol que en el medio cerrado, porque en semilibertad las tentaciones aumentan y la (auto)contención se hace más difícil de mantener, especialmente para aquellos presos en la ‘situación deambulante’, antes explicada. Así, en las prisiones abiertas, los ‘seductores frutos de la libertad’, como la posibilidad de tomar alcohol, drogas o de desarrollar ciertas relaciones, se convierten, en palabras de CREWE, en ‘tentadoras trampas’, que suponen una carga que oprime a la persona y le traspasan la responsabilidad de autorregular sus deseos⁷³.

Tienes tentaciones por todos los laos. Imagínate que te dejan salir a la calle y uno está acostumbrado a robar, pues mira si hay tiendas y cosas... Y piensas no puedo hacer esto porque luego tengo que ir a dormir allí... O el que se drogue. En realidad, te sueltan a tu tentación, a ver si caes o no (Iván).

e) La amenaza de la regresión

Como se ha podido ver a lo largo de este trabajo, las referencias a la prisión cerrada por parte de las personas que están en las prisiones abiertas son constantes. En este contexto, es difícil comprender la experiencia de una persona en una prisión abierta sin considerar el miedo a la regresión que tienen prácticamente todos los presos, que deriva en el último grupo de penalidades aquí analizadas.

Algunas personas entrevistadas sienten que no pueden permitirse cometer errores, ya que perciben que las consecuencias son extremadamente perjudiciales. A pesar de esforzarse y cumplir con las obligaciones impuestas, creen que una sola equivocación puede tener un costo muy elevado. Como menciona Carlos, sienten que ‘*todo lo que luchas, lo pierdes en un momento*’. Esta percepción lleva a que las personas en centros abiertos, aunque disfrutan de cierta libertad, experimentan una sensación de que ‘hay poca libertad para cometer errores’, porque la amenaza de ser regresadas siempre está presente. Esto plantea la cuestión de si lo que experimentan es realmente libertad o más bien una ‘ilusión de libertad’, como sugieren VAN GINNEKEN y HAYES⁷⁴.

En las prisiones abiertas, el control por parte de los profesionales es necesario para tomar decisiones sobre la persona (como proponerla para la libertad condicional o acordar una regresión), de manera que ser controlado no siempre es percibido como algo negativo por parte de los presos, sino que algunos lo aceptan precisamente porque es una manera de que la Junta de Tratamiento vea que ‘estás cumpliendo’. Así, no ser observado puede experimentarse incluso como un problema, de modo que, paradójicamente, la ausencia de control, en ocasiones, provoca miedo e inseguridad y lleva a que los presos adopten en sus rutinas mecanismos para demostrar su cumplimiento. Por ejemplo, uno de los entrevistados mencionó que trataba de pasar por lugares con cámaras de videovigilancia para demostrar su localización siempre que fuera posible. Asimismo, otro contó la siguiente situación:

⁷³ CREWE, «Inside the belly of the penal beast: Understanding the experience of imprisonment», *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy*, núm. 4(1), 2015, pp. 50-65, p. 56.

⁷⁴ VAN GINNEKEN y HAYES, «Just’ punishment? Offenders’ views on the meaning and severity of punishment», *Criminology and Criminal Justice*, núm. 17(1), 2017, pp. 62-78, p. 73.

Un día salí de trabajar y no había buses. Al final cogí uno 2 horas y media más tarde de la hora que tenía que entrar. Y va, y se rompe el autobús. ¡Llegué a las 4 de la mañana! Lo grabé todo, claro, porque pensé ‘llegaré allí a la cárcel con esta película y pensarán que los trato como tontos’, pero era todo verdad (Iván).

Por otra parte, en coherencia con la idea de que la supervisión (y el poder) de la prisión abierta se extiende a todos los rincones, es común percibir que la amenaza de la regresión planea tanto dentro como fuera de prisión. Por un lado, varias personas expresan que cuando están en el centro abierto tienen que controlar lo que dicen, y no pueden quejarse o manifestar sus opiniones a los miembros del equipo técnico y de la Junta de Tratamiento por miedo a que ello tenga consecuencias para sus condenas.

Por otro lado, se percibe que la amenaza se extiende más allá de las obligaciones que figuran en el programa de tratamiento, y los presos admiten controlarse en situaciones cotidianas. Así, una idea muy repetida es que ‘tomarse dos cervezas’ es suficiente para meterse en problemas, pues tienen miedo de ser detenidos por la policía en un control y que los regresen de grado. En definitiva, la sensación en general es que ellos *no tienen el control* de la situación, que el *poder no está en sus manos*.

Tienes que estar mucho con pies de plomo, porque si no, no sabes por dónde te va a venir cualquier cosa. Aunque tú no quieras hacer nada, siempre puede pasar algo (Iván).

Hay que estar alerta de todo, ya no por ti misma, sino por el resto de personas que te pueden complicar la vida. Entonces, es siempre aquella inquietud de hacer las cosas como se tienen que hacer, de forma adecuada. Y a veces, aun haciendo las cosas de manera adecuada, no tienen por qué salirte bien (Irene).

La ‘falta de control’ es todavía más evidente en el hecho de que muchos internos comentan que tienen miedo de ser regresados por lo que *otras personas* puedan hacerles a ellos o por situaciones en las que puedan verse involucrados accidentalmente, y no por lo que *ellos mismos* hagan, ya que saben que están cumpliendo correctamente con las condiciones que les han impuesto. De forma similar a la última cita expuesta (de Irene), en la siguiente se puede ver como uno de los entrevistados se siente intranquilo por si alguien quiere robarle o hacerle daño y tuviera que defenderse:

Yo no tengo miedo a la regresión porque no hago cosas malas. Siempre [estoy] muy tranquilo. Pero sí pienso, sobre todo, si viene alguien a molestar, si te tocan de atrás o alguien me roba la cartera o algo, yo no puedo defenderme porque es buscarme un problema, ¿me entiendes? Eso es lo que me da miedo. Por mí no, estoy tranquilo. Pero me da miedo que alguien me haga algo (Mounir).

En este sentido, es interesante ver cómo la prisión cerrada sigue condicionando la experiencia en las prisiones abiertas y contribuye a asegurar el cumplimiento de la pena mediante la amenaza de la regresión a segundo grado. Al momento de realizar el trabajo de campo, todas las personas que cumplían condena en una prisión abierta habían pasado por una prisión cerrada, por lo menos, tres meses a la espera de su primera clasificación de grado. En la actualidad, tanto Cataluña como la AGE tienen protocolos para evitar este periodo de encarcelamiento de las personas que son clasificadas inicialmente en tercer grado y minimizar las consecuencias que

puede tener para la persona que va a cumplir la condena en semilibertad, como la pérdida de un trabajo⁷⁵. Es posible que este cambio también modifique la forma en la que los presos en semilibertad experimentan la prisión abierta y el miedo a la regresión, pero ello tendrá que analizarse en futuras investigaciones.

4.3. Un pie en la calle y otro en prisión: la ambivalencia de las prisiones abiertas

Tal y como se ha expuesto en los apartados anteriores, hay una serie de elementos que los personas presas en prisiones abiertas valoran de forma positiva sobre las mismas: la posibilidad de tener más libertad, tener una segunda oportunidad para ‘empezar de nuevo’ y la mayor calidad de vida que hay en los centros abiertos –principalmente, por la mejor relación con los funcionarios y entre los propios presos. En mayor o menor medida, todas las personas entrevistadas reconocen estos elementos y consideran que su situación ahora es mejor que cuando estaban en las prisiones cerradas.

Al mismo tiempo, en línea con la literatura comparada, se han expuesto una serie de penalidades que, de nuevo, en mayor o menor medida, están presentes en la mayoría de los entrevistados. Por este motivo, varias personas remarcan que, a pesar de todos los aspectos positivos, estar en una prisión abierta no es sinónimo de estar en libertad y recuerdan que siguen cumpliendo una condena. Por ello, algunos describieron la experiencia de la semilibertad como tener ‘un pie en la calle y otro en prisión’.

Estás todo el día en la calle, pero no estás en libertad. Porque si estuvieras en libertad, tú harías lo que quisieras ¿no? Y tú sabes que en una prisión abierta depende de qué cosas no puedes hacer, porque a la mínima te regresan. Estás, no estás con libertad, estás con un pie dentro y un pie fuera (Rosario).

Esta dicotomía entre ‘lo bueno’ de la prisión abierta y sus penalidades está presente en todas las personas entrevistadas, de manera que es posible reconocer el concepto de ‘ambivalencia’ con el que otros autores han descrito la experiencia de la semilibertad⁷⁶. Sin embargo, en paralelo a esta ambivalencia, es posible identificar dos grupos de internos diferentes: uno con discursos predominantemente positivos sobre la experiencia en los centros abiertos y otro con discursos predominantemente negativos.

Con respecto al grupo con discursos generalmente positivos, es preciso señalar que es heterogéneo: hay personas que tienen un trabajo y tienen el día ocupado, aunque también las hay que están en búsqueda de empleo. Asimismo, hay personas nacionales y extranjeras, y personas con condenas largas y otras con condenas cortas. Un aspecto que tienen en común es que en sus discursos suelen comparar con frecuencia su situación actual con su paso por la prisión cerrada. Los siguientes fragmentos de las entrevistas a dos presos con este tipo de discurso ilustran de forma más clara esta cuestión:

[Para] una persona que lleva nueve años y vas al centro abierto es un regalo. Es la oportunidad de estar en la calle. En el otro lado, estás entre cuatro paredes (Inma).

⁷⁵ Véase nota al pie número 25.

⁷⁶ SHAMMAS, «The pains of freedom: Assessing the ambiguity of Scandinavian penal exceptionalism on Norway’s Prison Island», *Punishment & Society*, núm. 16(1), 2014, pp. 104-23.

Cuando veo algo malo, yo siempre pienso en atrás. Mira, aquí, gracias a Dios, mejor que en el centro cerrado. Más o menos puedo salir, hay libertad. Siempre vuelvo la memoria atrás, en la imaginación del centro cerrado. Gracias a Dios, aquí mejor, ¿me entiendes? Si no hubiera entrado en el centro cerrado, podría pasar algo, pero ya he visto cómo es la cárcel y para mí está bien estar aquí (Mounir).

Así, estas personas experimentan la prisión abierta como algo positivo, como una oportunidad (incluso como un ‘regalo’) porque asumen que la alternativa es estar en una prisión cerrada. A pesar de experimentar algunas de las penalidades descritas en este trabajo, estas personas enfatizan la parte positiva de las prisiones abiertas e, incluso, prefieren usar el término ‘centro’ en vez de prisión para diferenciar los centros abiertos de las prisiones cerradas y resaltar la menor dureza de los primeros. En este sentido, estas personas se aproximan de forma más clara a la experiencia descrita por PAKES⁷⁷, que resalta la menor profundidad (dolor) del encarcelamiento en semilibertad.

Por otro lado, el segundo grupo de personas muestran discursos sobre la experiencia en la prisión abierta predominantemente negativos. Estas personas enfatizan más la parte dolorosa de la semilibertad, y resaltan que el centro abierto sigue siendo *una prisión*, independientemente de que la experiencia en semilibertad pueda ser más llevadera que el encierro absoluto. En este grupo se encuentran todas las personas que están en una situación ‘deambulante’, es decir, sin un trabajo y sin un hogar cerca del centro abierto, aunque también las hay que están trabajando. Varias de estas personas realizan comparaciones de su situación con un posible cumplimiento en libertad condicional, el cual les otorgaría todavía mayor libertad. Es posible identificar así, lo que SHAMMAS⁷⁸ denomina ‘privación relativa’ para referirse a las penalidades que sienten los presos en semilibertad al compararse, no con las personas que están en prisiones cerradas, sino con las que están en libertad.

Por último, cabe destacar que, más allá de las cuestiones propias de cada persona, se identifican una serie de elementos de los centros abiertos que hacen que la percepción de que las prisiones abiertas siguen siendo prisiones (o sean solo ‘centros’) sea más o menos intensa. Por ejemplo, en una de las prisiones abiertas los funcionarios van uniformados y ello es interpretado como un recordatorio de que las prisiones abiertas *son* prisiones y de que hay unas normas a seguir. En cambio, en los otros dos centros abiertos, como ya se ha comentado, los funcionarios no van uniformados y varias personas señalaron este hecho como una muestra de que las prisiones abiertas ‘no son como las prisiones cerradas’.

De igual manera, en uno de los centros abiertos no se hacen recuentos, y algunos de los presos lo mencionaron como algo positivo, algo que demuestra que las prisiones abiertas tienen un régimen más relajado, mientras que los internos de los centros abiertos que sí hacen recuentos se refirieron a esta práctica como una muestra de que ‘una prisión abierta sigue siendo una prisión’.

⁷⁷ PAKES, «The shallow end: Understanding the prisoner experience in Iceland’s open prisons», *Incarceration*, núm. 4, 2023, pp. 1-16.

⁷⁸ SHAMMAS, «The pains of freedom: Assessing the ambiguity of Scandinavian penal exceptionalism on Norway’s Prison Island», *Punishment & Society*, núm. 16(1), 2014, pp. 104-23.

5. Últimas reflexiones

El presente artículo analiza la experiencia del cumplimiento de la pena privativa de libertad en las prisiones abiertas de Cataluña, donde las personas presas pasan el día en el exterior y solo regresan a la prisión a dormir. A diferencia de la mayoría de estudios realizados sobre el régimen abierto en España, que lo analizan enfocándose en su rol en el proceso de reinserción, este trabajo se ha abordado con una perspectiva más amplia y ha pretendido identificar qué aspectos sobre el cumplimiento en las prisiones abiertas se valoran de forma positiva y cuáles se perciben como una penalidad. El interés se ha puesto, así, en conocer la experiencia en sí misma, la cual nos aproxima mejor al contenido subjetivo de esta forma de ejecutar la pena de prisión.

Los resultados muestran que, en línea con la literatura comparada, *la semilibertad en las prisiones abiertas se vive generalmente de forma ambivalente, como teniendo 'un pie en la calle y otro en prisión'*. Por una parte, se valoran varios aspectos de forma positiva, especialmente en comparación con las prisiones cerradas. Estos aspectos son tener mayor libertad y pasar una parte del día en la comunidad, tener la oportunidad de rehacer sus vidas o empezar de nuevo - especialmente entre aquellos con largas condenas que han pasado mucho tiempo encerrados-, y la mayor calidad de vida de los centros abiertos en comparación con las prisiones cerradas, destacando el trato más amable y cercano del personal y la buena convivencia entre los presos. De este modo, este trabajo coincide con los estudios comparados que resaltan la capacidad de las prisiones abiertas para suavizar, al menos en términos generales, la experiencia del encarcelamiento.

Por otra parte, se identifican una serie de penalidades, que se han agrupado en cinco categorías: la obligación de volver a dormir entre semana al centro abierto; la obligación de trabajar, que puede presentar problemas tanto cuando uno tiene un empleo (principalmente por el estrés de compaginar los horarios del trabajo con los del centro abierto) como cuando no se tiene (sobre todo para aquellos que tienen el domicilio lejos del centro penitenciario, los cuales pasan gran parte del día deambulando por la ciudad sin un propósito); el control de la vida personal, que se vive de forma especialmente invasiva en el régimen abierto por tener lugar en espacios íntimos y en un momento generalmente avanzado de la condena; la mayor responsabilidad que tienen los presos en el cumplimiento de la pena y la autoexigencia que ello conlleva; y la amenaza de ser regresado a segundo grado, que parece estar siempre presente, aunque la persona tenga un buen comportamiento. Todo ello debe servir para darle la entidad necesaria al régimen abierto, esto es, no menospreciar su contenido punitivo y abordar las problemáticas que implica para las personas presas.

A pesar de que la ambivalencia está presente en todas las personas entrevistadas, se identifica un grupo de personas con un discurso sobre la prisión abierta predominantemente positivo y otro grupo con un discurso predominantemente negativo. La presente investigación, de naturaleza exploratoria cualitativa, no tiene capacidad para establecer qué factores determinan la pertenencia a uno u otro grupo, por lo que se recomienda que futuros estudios puedan profundizar en esta cuestión y así diseñar estrategias que amplíen el número de personas que tienen experiencias más positivas. Asimismo, este trabajo no compara las prisiones abiertas con otro tipo de instituciones abiertas, como las unidades dependientes, por lo que no es posible

saber si la experiencia de la semilibertad aquí mostrada es igual en el resto de instituciones abiertas o difiere significativamente. Sería interesante que futuras investigaciones exploren este tema.

Este trabajo tiene diferentes implicaciones para el estudio y la ejecución de las prisiones abiertas. En primer lugar, confirma la *necesidad de ampliar el estudio de los centros abiertos, así como el resto de instituciones de régimen abierto, desde una perspectiva que aborde la experiencia de las personas más allá del proceso de reinserción*. Esto permitirá identificar problemáticas que no están relacionadas directamente con la reinserción, pero que pueden ser igual de importantes para entender y mejorar la experiencia en el medio penitenciario abierto. Por ejemplo, se ha visto que algunos presos viven de forma excesivamente invasiva la supervisión que ejerce el personal. Ello no tiene una relación directa con la reinserción, pero tratar de buscar acuerdos entre los presos y el personal para encontrar formas de supervisión menos invasivas podría mejorar la experiencia de la persona y disminuir su estrés y malestar, e incluso las probabilidades de una regresión.

En segundo lugar, *es destacable la situación de las personas ‘deambulantes’, quienes tienen experiencias de semilibertad muy negativas y llegan incluso a desear estar en una prisión cerrada*. Es necesario que la Administración penitenciaria trabaje para ofrecer alternativas a estas personas el tiempo en el que se encuentren en estas condiciones, por ejemplo, permitiéndoles más entradas al centro abierto o flexibilizando más sus horarios de entrada y salida.

En tercer lugar, *los centros abiertos han tendido a recibir menos atención y menos inversión que los centros penitenciarios cerrados*, quizás de forma justificada si se considera que estos últimos albergan a la mayoría de la población presa y tienen mayores implicaciones a todos los niveles. Sin embargo, esto tiene consecuencias para el desarrollo del medio penitenciario abierto, pues, por ejemplo, los centros abiertos actuales no han sido diseñados para la ejecución en régimen abierto y los espacios no están adaptados a las necesidades de este régimen, como se ha visto. Parece, no obstante, que hay una voluntad por mejorar esta cuestión y, recientemente, en el año 2023 se ha inaugurado un nuevo centro abierto en Tarragona, y se prevé la inauguración de otro centro abierto en Barcelona en 2025, si bien esta ya se ha visto pospuesta anteriormente.

Por último, la literatura criminológica ha mostrado con respecto a las prisiones cerradas que no es correcto hablar de ‘la prisión’, como si todas las prisiones fueran iguales, sino que la experiencia del encarcelamiento puede ser muy diferente en función del centro penitenciario en el que se cumple condena⁷⁹. En este trabajo, se ha visto que las prisiones abiertas parecen seguir esta misma idea, y que hay prácticas que tienen un impacto en la percepción de la calidad de vida que tienen los internos en cada centro (la rigidez de los horarios de entrada y salida, la realización de cacheos, el uniforme del personal...). Dicho de otro modo, *hay prácticas que intensifican o suavizan la percepción de que ‘una prisión abierta es una prisión’, o al contrario, de que una prisión abierta es más bien ‘un centro’*. Sería recomendable que la Administración penitenciaria incorpore estos hallazgos en las Instrucciones y Protocolos que regulan la vida en los centros abiertos para hacerla más llevadera y homogeneizar las buenas prácticas. Asimismo, futuros estudios

⁷⁹ En España, RODRIGUEZ, LARRAURI y GÜERRI, «Percepción de la calidad de vida en prisión. La importancia de una buena organización y un trato digno», *Revista Internacional de Sociología*, núm. 76-02, 2018, pp. 1-20.

criminológicos deberían explorar con mayor profundidad qué factores determinan la calidad de vida en las prisiones abiertas, ya que la naturaleza de la semilibertad puede requerir incorporar o modificar variables con respecto a los análisis que se han llevado a cabo hasta el momento, generalmente, en prisiones cerradas.

Evaluar las prisiones abiertas y analizar de cerca las experiencias de las personas en los centros abiertos es necesario para conocer aquello que funciona y los posibles puntos de mejora. Solo así es posible conformar un medio penitenciario abierto que se base en la evidencia, robustecer su funcionamiento y tener un sistema penitenciario con un mayor porcentaje de personas en semilibertad.

6. Bibliografía

ARESTI, Andy y DRAKE, Sacha, «Open prisons: An ex-prisoner perspective», *Prison Service Journal*, núm. 217, 2015, pp. 14-15.

BIRK, Anne Okkels, «Open prisons – will they last?», *Danish Institute for Study Abroad*, , 2011, pp. 1-11.

CAPDEVILA, Manel *et al.*, *Tasa de reincidencia penitenciaria 2020*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 2023.

CAPDEVILA, Manel *et al.*, *La libertad condicional en Catalunya*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 2014.

CHAKRABURTTY, Smita, *The Open Prisons of Rajasthan*, Rajasthan State Legal Services Authority, 2017.

CID, José y TÉBAR, Beatriz, *Regresión a segundo grado: causas y consecuencias*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 2013.

CORBETTA, Piergiorgio, *Metodología y técnicas de investigación social*, Edición revisada, McGraw-Hill, Aravaca (Madrid), 2007.

CREWE, Ben, «Inside the belly of the penal beast: Understanding the experience of imprisonment», *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy*, núm. 4(1), 2015, pp. 50-65.

CREWE, Ben, «Depth, weight, tightness: Revisiting the pains of imprisonment», *Punishment & Society*, núm. 13, pp. 509-529.

CREWE, Ben, «Soft power in prison: Implications for staff-prisoner relationships, liberty and legitimacy», *European Journal of Criminology*, núm. 8(6), 2011b, pp. 455-468.

CUTIÑO, Salvador, «Clasificación en tercer grado y régimen abierto en el sistema penitenciario español», *Revista Penal*, núm. 36(Julio), 2015, pp. 61-84.

ERICKSON, Rosemary *et al.*, *Paroled but not free: Ex-offenders look at what they need to make it outside*, Behavioral Publications, New York, 1973.

FOUCAULT, Michael, *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2003 [1976].

FUENTES OSORIO, Juan Luis, «Sistema de clasificación penitenciaria y el ‘periodo de seguridad’ del art. 36.2 CP». *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2011, pp. 1-28.

GARCÍA MATEOS, María Purificación, *La ejecución de la pena privative de Libertad en el medio social abierto*, Tesis Doctoral, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2004.

HAGGERTY, Kevin D. y BUCERIUS, Sandra, «The proliferating pains of imprisonment», *Incarceration*, núm. 1, 2020.

HANNAH-MOFFAT, Kelly, «Prisons that empower», *British Journal of Criminology*, núm. 40(3), 2018, pp. 510-531.

IBÀÑEZ, Aina, «Progresar hacia el régimen abierto: la visión de los profesionales». *Revista Española de Investigación Criminológica*, núm. 7(17), 2019, pp. 1-28.

IBÀÑEZ, Aina y CID, José, *La reinserción de las personas que finalizan la condena en régimen ordinario*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 2016.

LACAL, Pedro y SOLAR, M^a Puerto, «El régimen abierto como régimen ordinario», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 34, 2020.

LARRAURI, Elena, «Antecedentes penales y expulsión de personas inmigrantes». *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2016.

LEBEL, Thomas P. y MARUNA, Shadd, «Life on the Outside: Transitioning from Prison to the Community», pp. 657-682 en *The Oxford Handbook of Sentencing and Corrections*, editado por J. PETERSILIA y K. R. REITZ, Oxford University Press, New York, 2012.

LIEBLING, Alison, *Prisons and their moral performance. A study of values, quality and prison life*, Oxford University Press, Oxford, 2004.

MARDER, Ian D *et al.*, «Empirical research on the impact and experience of open prisons: state of the field and future directions», *Prison Service Journal*, núm. 256, 2021, pp. 3-9.

MARTÍ, Marta, «La ejecución del régimen penitenciario abierto», *Cuadernos de Política Criminal, Segunda Época*, núm. 127, 2019, pp. 203-236.

MATA y MARTÍN, Ricardo, «Tercer grado, ¿sin clasificación?, ¿sin reinserción?, ¿sin ley? La ejecución penal sin ingreso en centro penitenciario», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. LXXV, 2023, pp. 29-80.

MJALAND, Kristian *et al.*, «Contrasts in freedom: Comparing the experiences of imprisonment in open and closed prisons in England and Wales and Norway», *European Journal of Criminology*, 2021, 1-22.

NEUMANN, Cecilie B., «Imprisoning the soul», pp. 139-155 en *Penal Exceptionalism? Nordic Prison Policy and Practice*, editado por T. UGELVIK y J. DULLUM, Routledge, London, 2012.

PAKES, Francis, «The shallow end: Understanding the prisoner experience in Iceland's open prisons», *Incarceration*, núm 4, 2023, pp. 1-16.

PEDROSA, Albert, «¿A quién dejamos atrás? Explorando los obstáculos de la progresión penitenciaria», *Revista Electrónica de Investigación Criminológica*, núm. 2(17), 2019, pp. 1-24.

RAGIN, Charles C. y AMOROSO, Lisa M, *Constructing social research: the unity and diversity of method*, SAGE, Los Ángeles, 2011.

RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina, *La ejecución de las penas de prisión permanente revisable y de larga duración*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 1-238.

RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina, *La pena de prisión en medio abierto: Un recorrido por el régimen abierto, las salidas treatmentales y el principio de flexibilidad*, Ed. Reus, Madrid, 2021.

RODRIGUEZ, Jorge, LARRAURI, Elena y GÜERRI, Cristina, «Percepción de la calidad de vida en prisión. La importancia de una buena organización y un trato digno», *Revista Internacional de Sociología*, núm. 76-02, 2018, pp. 1-20.

ROVIRA, Martí, LARRAURI, Elena y ALARACÓN, Pau, «La concesión de permisos penitenciarios», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 20-02, 2018, pp. 1-26.

SCHEIRS, Veerle, BEYENS, Kristel y SNACKEN, Sonja, «Mixed system: Belgium. Who is in charge? Conditional release in Belgium as a complex bifurcation practice», pp. 151-166 en *Offender release and supervision: The role of Courts and the use of discretion*, editado por M. HERZOG-EVANS, Wolf Legal Publishers (WLP), Oisterwijk, 2014.

SGIP [SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS], *Estudio de reincidencia penitenciaria 2009-2019*, Ministerio del Interior, Madrid, 2023.

SGIP [SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS], *Informe General 2021*, Ministerio del Interior, Madrid, 2022.

SGIP [SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS], *Informe General 2018*, Ministerio del Interior, Madrid, 2019.

SHAMMAS, Victor L., «The pains of freedom: Assessing the ambiguity of Scandinavian penal exceptionalism on Norway's Prison Island», *Punishment & Society*, núm. 16(1), 2014, pp. 104-23.

SYKES, Gresham M., *The Society of captives: a study of a maximum security prison*. Princeton University Press, Princeton, NJ, 2007 [1958].

VANHOOREN, Siebrecht, LEIJSEN, Mia y DEZUTTER, Jessie, «Loss of Meaning as a Predictor of Distress in Prison», *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 2015, pp. 1-22.

VAN GINNEKEN, Esther F. J. C. y HAYES, David, «Just' punishment? Offenders' views on the meaning and severity of punishment», *Criminology and Criminal Justice*, núm. 17(1), 2017, pp. 62-78.

VISHER, Christy A. y LATTIMORE, Pamela, «Major Study Examines Prisoners' Reentry Needs», *NIJ Journal*, núm. 258, 2007, pp. 30-33.

VISHER, Christy A. y TRAVIS, Jeremy, «Transitions from Prison to Community: Understanding Individual Pathways », *Annual Review of Sociology*, núm. 29(1), 2003, pp. 89-113.

Ana Safranoff
Centro de Estudios de Población
(CENEP) / Consejo Nacional de
Investigaciones
Científicas y Técnicas (CONICET)

Jorge Rodríguez Menés
Universidad Pompeu Fabra
(UPF)

Violencia machista en el entorno laboral del sistema penal

Factores de riesgo de las mujeres trabajadoras

Sumario

-
A partir del análisis de una encuesta realizada a las profesionales de distintos colectivos del ámbito de la ejecución penal del Departament de Justícia, Drets i Memòria de la Generalitat de Catalunya (2022), se busca identificar qué factores de riesgo aumentan la probabilidad de que las mujeres sean objeto de discriminación, abuso psicológico y violencia física y sexual en el ámbito laboral, tanto por parte de colegas hombres como de los usuarios con los que tratan en su servicio. El factor que más aumenta los riesgos es el contacto con hombres privados de libertad, especialmente en lo relativo a la violencia física y sexual. Las cárceles son espacios especialmente peligrosos para las mujeres que trabajan en ellas. Otro factor relevante que incrementa los riesgos resulta las limitaciones de la vida diaria por motivos de salud. Además, las mujeres trabajadoras más jóvenes, con mayores niveles educativos, mayor antigüedad laboral y/o que tienen la condición de funcionarias tienen una mayor probabilidad de sufrir determinados tipos de violencia. Una hipótesis posible para explicar esto, y que las mujeres que tienen actitudes menos paternalistas y machistas sufran más violencia psicológica sexual por parte de sus compañeros profesionales, es que son las mujeres que cuentan con mayores recursos cognitivos, culturales o socioeconómicos las que más se percatan de las conductas machistas y más las sufren como represalia.

Abstract

-
From the analysis of a survey conducted on professionals from different groups in the field of criminal enforcement by the Department of Justice, Rights, and Memory of the Government of Catalonia (2022), the aim is to identify which risk factors increase the likelihood of women being subjected to discrimination, psychological abuse, and physical and sexual violence in the workplace, both by male colleagues and by the users they deal with in their service. The factor that most increases the risks is contact with male inmates, especially regarding physical and sexual violence. Prisons are particularly dangerous spaces for women who work in them. Other factors that increase risks are health problems. In addition, younger women, with higher education, longer work experience and/or who have the status of civil servants have a greater probability of suffering certain types of violence. A possible hypothesis to explain this, along with the fact that women who have less paternalistic and sexist attitudes suffer more sexual psychological violence by male colleagues, is that those women with greater cognitive, cultural, or socioeconomic resources are the ones most aware of sexist behaviors and suffer them more as retaliation.

Title: Gender-based violence in the workplace of the penal system: risk factors of female workers.

-
Palabras clave: machismo, discriminación, violencia física y sexual, factores de riesgo, ámbito laboral, sistema penal

Keywords: sexism, discrimination, physical and sexual violence, risk factors, workplace, penal system

-
DOI: 10.31009/InDret.2024.i3.11

3.2024

Recepción
28/03/2024

-

Aceptación
19/07/2024

-

Índice

-

1. Introducción

2. Revisión de antecedentes

2.1 Factores de riesgo asociados a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo

2.2. Violencia machista laboral

3. Datos y Técnicas de Análisis

3.1. Variables de Resultado

a. Indicadores de victimización por parte de hombres profesionales

b. Indicadores de victimización por parte de usuarios

3.2. Variables de Exposición/Factores de Riesgo

4. Resultados

4.1. Las cifras de la violencia

4.2. Características de las mujeres que han sido victimizadas por parte de otro profesional hombre

4.3. Características de las mujeres que han sido victimizadas por parte de un usuario

5. Discusión

6. Conclusiones

7. Bibliografía

8. Anexo

-

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

1. Introducción*

La violencia y el acoso en el mundo del trabajo constituyen una realidad extendida a nivel mundial, y están presentes en las más diversas ocupaciones y sectores de actividad¹. Todas las personas pueden sufrirlos en algún momento de su trayectoria laboral, independientemente de su sexo y posición jerárquica, aunque son las mujeres las que los padecen en mayores proporciones, especialmente en lo que concierne al acoso y a la violencia sexual, lo que atenta contra su participación paritaria en el mercado de trabajo². Los múltiples y graves impactos que la violencia y el acoso tienen en las personas que los experimentan, así como en los grupos de trabajo y la sociedad en su conjunto, convierten a esta problemática en incompatible con el trabajo digno y los derechos humanos.

Este estudio parte de la definición de violencia machista incluida en la Ley 5/2008. Allí se la define como una «violación de los derechos humanos a través de la violencia que se ejerce contra las mujeres como manifestación de la discriminación y de la situación de desigualdad en el marco de un sistema de relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres y que, producida por medios físicos, económicos o psicológicos, incluidas las amenazas, las intimidaciones y las coacciones, tiene como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico, tanto si se produce en el ámbito público como en el privado». Dentro de los ámbitos de violencia recogidos en la Ley, este estudio se circunscribe al ámbito laboral, y a sus manifestaciones en forma de violencia física, sexual, económica, digital o psicológica en el ámbito público o privado durante la jornada de trabajo, o fuera del centro y del horario establecido si tiene relación con el trabajo.

La violencia y el acoso laboral afecta a todas las profesiones y sus respectivos sectores profesionales³. No obstante, existen ciertas ocupaciones y sectores en donde los/as trabajadores/as presentan un mayor riesgo de ser objeto de violencia⁴. Por ejemplo, en España, el estudio de la violencia y el acoso laboral en el sector sanitario se ha convertido en los últimos años en una problemática de vital importancia y con ello se han incrementado los estudios que se centran en explorarla⁵. Por el contrario, en el ámbito de la justicia son escasas las investigaciones que buscan ahondar en esta problemática, si bien diversos estudios muestran

*Autora de contacto: Ana Safranoff (anasafranoff@cenep.org.ar). Este artículo tiene origen en un estudio que ha sido encargado por la Comissió Tècnica per a la igualtat de gènere i prevenció de violències masclistes en l'execució penal (Secretaria de Mesures Penals, Reinserció i Atenció a la Víctima) y el Observatori Català de la Justícia en Violència Masclista. Los autores agradecen a ambas instituciones y a todas las personas que se implicaron a lo largo del proyecto. Asimismo, los autores agradecen especialmente la colaboración de Elena Larrauri Pijoan, por sus consejos en el diseño del cuestionario y de Sabina Bercovich por su apoyo en el tratamiento de los datos.

¹ CHAPPELL/DI MARTINO, *Violence at work*, 1998

² ELA/NODOS, *Visibilicemos el acoso laboral. Encuesta sobre experiencias de acoso laboral por género en Argentina*, 2019.

³ DILLON, «Workplace violence: impact, causes, and prevention», *Work*, vol. 42, núm. 1, 2012, pp. 15-20.

⁴ HEISKANEN, «Violence at work in Finland; Trends, contents, and prevention», *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention*, vol. 8, núm. 1, 2007, pp. 22-40; SERRANO VICENTE et al., «Agresiones a profesionales del sector sanitario en España, revisión sistemática», *Revista Española de Salud Pública*, vol. 93, 2019.

⁵ SERRANO VICENTE et al., *Revista Española de Salud Pública*, vol. 93, 2019.

que los profesionales de los servicios de seguridad pública⁶, los policías, guardias de prisión y de seguridad⁷ están especialmente expuestos a la violencia y el acoso en el lugar de trabajo.

En este marco, este artículo presenta los resultados de una encuesta auto-administrada online realizada a los trabajadores y las trabajadoras de distintos colectivos profesionales de la Secretaria de mesures penals, reparació i atenció a la víctima del ámbito de la ejecución penal del Departament de Justícia, Drets i Memòria de la Generalitat de Catalunya. A partir de estos datos, se propone contribuir al conocimiento sobre la violencia machista en el trabajo. Más específicamente se pretende identificar los factores de riesgo que hacen más vulnerables hacia distintos tipos de violencia a determinados grupos de mujeres en el ámbito laboral de la ejecución penal. El artículo ahonda en las situaciones de maltrato que suceden tanto en las relaciones jerárquicas como en las que ocurren entre pares o que proceden de «usuarios», en este caso, de hombres sometidos a medidas cautelares, o privados de libertad y/u otros usuarios en el ámbito de la ejecución penal. Se espera que los resultados de la investigación contribuyan a expandir el conocimiento sobre la violencia hacia las mujeres en el trabajo, así como también constituyan insumos relevantes para la promoción de programas y políticas tendientes a la prevención de la misma.

2. Revisión de antecedentes

2.1. Factores de riesgo asociados a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo

A grandes rasgos, resulta posible distinguir dos grandes enfoques de estudios que buscan identificar los factores de riesgo asociados a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. Por un lado, un primer enfoque se centra en las características demográficas o de personalidad de las víctimas como predictores; y, por otro lado, un segundo grupo se focaliza en las condiciones del ambiente de trabajo⁸.

En todo caso, es importante destacar que la literatura general sobre violencia en el trabajo, da cuenta de su carácter multideterminado: aún cuando varios artículos se focalizan únicamente en algunos factores determinantes, se evidencia un alto grado de transversalidad y se destaca la multicausalidad del fenómeno⁹. Básicamente, se subraya que los factores determinantes en la violencia laboral son variados, transversales y multidimensionales¹⁰. Asimismo, es importante señalar que, si bien la presencia de determinados factores de riesgo - y, sobre todo, de varios de ellos combinados entre sí - aumenta la probabilidad de que se produzcan actos de violencia, no hay ningún factor de riesgo ni ninguna combinación de factores que permite asegurar que esto siempre sucederá¹¹.

⁶ OSHA, *Guidelines for Preventing Workplace Violence for Healthcare and Social Service Workers*, Department of Labor Occupational Safety and Health Administration, 2016

⁷ HEISKANEN, *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention*, vol. 8, núm. 1, 2007, pp. 22-40.

⁸ TORO/GÓMEZ-RUBIO, «Factores facilitadores de la violencia laboral: Una revisión de la evidencia científica en América Latina», *Ciencia & trabajo*, vol. 18, núm. 56, 2016, pp. 110-116.

⁹ FONTES et al., «Factors associated with bullying at nurses' workplaces», *Revista latino-americana de enfermagem*, vol. 21, 2013, pp. 758-764.

¹⁰ FONTES et al., *Revista latino-americana de enfermagem*, vol. 21, 2013, pp. 758-764.

¹¹ OIT, *Acabar con la violencia y el acoso contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo*, Informe V(1), Oficina Internacional del Trabajo, 2018.

El primer enfoque, referido a variables individuales, señala que existen ciertas características de vulnerabilidad en los/as trabajadores/as que los exponen a un mayor riesgo de sufrir violencia y acoso laboral. En este grupo se encuentran quienes resaltan la importancia de variables sociodemográficas o laborales tales como la edad, el sexo, la tenencia de hijos/as, el tipo de contratación laboral y la experiencia, entre otras.

Gran parte de estos estudios que se centran en las características individuales de las víctimas identifican a las mujeres como las víctimas más frecuentes y, por ello, se han focalizado únicamente en la violencia y acoso en el mundo del trabajo hacia ellas¹². El sector sanitario ha sido uno de los más explorados: por ejemplo, en lo que respecta a las enfermeras, diversos estudios señalan que las más jóvenes, con poca experiencia laboral y/o contrataciones temporales son más vulnerables al acoso¹³. En contraposición, el nivel educativo se destaca como un factor protector, evidenciándose una asociación negativa con la violencia y el acoso laboral¹⁴. La antigüedad laboral también se presenta como un factor relevante¹⁵. En esta línea, CRUZ-ARROYO Y CASIQUE¹⁶ señalan que la antigüedad en la empresa muestra una asociación negativa con el riesgo de acoso de género, disminuyendo la razón de probabilidad en un siete por ciento por cada año adicional de trabajo de la mujer en la empresa.

Otros estudios también identifican como variables individuales asociadas a la victimización el hecho de tener hijos¹⁷ y el estado civil¹⁸. En relación a este último factor, CRUZ-ARROYO Y CASIQUE¹⁹ evidencian que, en México, el riesgo de violencia laboral psicológica para las mujeres casadas o unidas es menor que para las mujeres solteras. En la misma dirección, un estudio realizado entre trabajadores del Departamento de Salud Mental de un Hospital de Jordania²⁰ revela que no estar casado se asocia con una mayor incidencia de violencia en el lugar de trabajo. También vinculado al ámbito familiar, la ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO²¹ indica que los datos recogidos a nivel mundial muestran que las trabajadoras embarazadas, así como las mujeres y los hombres que regresan de una licencia de maternidad o paternidad o de una licencia parental, pueden sufrir acoso por parte de sus compañeros de trabajo, sus subalternos o sus superiores. En la misma dirección, se señala que la presentación de solicitudes para obtener pausas por lactancia materna u otras facilidades para conciliar las responsabilidades familiares

¹² CRUZ/KLINGER, *Gender-based Violence in the World of Work. Overview and selected annotated bibliography*, International Labour Office, 2011.

¹³ CHILD/MENTES, «Violence against women: the phenomenon of workplace violence against nurses», *Issues in mental health nursing*, vol. 31, núm. 2, 2010, pp. 89-95; CRUZ/KLINGER, *Gender-based Violence in the World of Work. Overview and selected annotated bibliography*, International Labour Office, 2011; FLANNERY et al., «Characteristics of staff victims of psychiatric patient assaults: 20-year analysis of the Assaulted Staff Action Program», *Psychiatric quarterly*, vol. 82, 2011, pp. 11-21.

¹⁴ LITTLE, «Risk factors for assaults on nursing staff: childhood abuse and education level», *The Journal of Nursing Administration*, vol. 29, núm. 12, 1999, pp. 22-29.

¹⁵ FONTES et al., *Revista latino-americana de enfermagem*, vol. 21, 2013, pp. 758-764; CRUZ ARROYO/CASIQUE, «Violencia laboral. Análisis de los factores de riesgo y consecuencias en la vida de las mujeres trabajadoras en la Ciudad de México», *Papeles de población*, vol. 25, núm. 102, 2019, pp. 51-79.

¹⁶ CRUZ ARROYO/CASIQUE, *Papeles de población*, vol. 25, núm. 102, 2019, pp. 51-79.

¹⁷ FONTES et al., *Revista latino-americana de enfermagem*, vol. 21, 2013, pp. 758-764

¹⁸ CRUZ ARROYO/CASIQUE, *Papeles de población*, vol. 25, núm. 102, 2019, pp. 51-79.

¹⁹ CRUZ ARROYO/CASIQUE, *Papeles de población*, vol. 25, núm. 102, 2019, pp. 51-79.

²⁰ AL-AZZAM et al., «Prevalence and Risk Factors of Workplace Violence toward Mental Health Staff Departments in Jordanian Hospitals», *Issues in mental health nursing*, vol. 38, núm. 5, 2017, pp. 435-442.

²¹ OIT, *Las mujeres en el trabajo - Tendencias de 2016*, Oficina Internacional del Trabajo, 2016.

también pueden dar lugar a reacciones humillantes, abuso emocional e incluso la reubicación del puesto de trabajo y otras medidas de presión orientadas a aislar a los trabajadores y forzarlos a dimitir²².

Las discapacidad también ha sido señalada como un factor de riesgo dentro de este primer enfoque centrado en las características individuales. La ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO²³ indica que las personas con discapacidad son afectadas por niveles relativamente más altos de violencia y acoso en el lugar de trabajo que las personas sin discapacidad. Los datos del Reino Unido indican que la probabilidad de señalar actos de discriminación, intimidación o acoso en su contra en el lugar de trabajo es dos veces mayor entre las personas con discapacidad y las personas con enfermedades de larga duración que entre los demás trabajadores²⁴. En la misma dirección, los trabajadores migrantes, en particular los que se encuentran en situación irregular, son también más vulnerables a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo²⁵.

Finalmente, una última vertiente de estudios de este primer enfoque individual subraya la importancia de determinadas características de personalidad, tal como, la baja autoestima, la elevada ansiedad como factores de riesgo que exponen al acoso²⁶. En este mismo marco, hay estudios que examinan la relación entre la inteligencia emocional y la victimización en el trabajo, evidenciando que quienes gestionan mejor sus emociones están menos expuestos a la violencia²⁷.

Por otro lado, en relación al segundo enfoque, abundante evidencia señala la importancia de los factores del contexto organizacional en la facilitación de la emergencia del acoso, identificando distintos aspectos de la organización del trabajo, de las formas de gestión, los valores y la cultura organizacional como elementos relevantes²⁸. Algunos estudios focalizados en las características organizacionales identifican como factores de riesgo asociados al acoso la mayor ambigüedad, el conflicto de rol y la sobrecarga de tareas, así como también el predominio de valores tales como la competitividad, eficacia y el rendimiento²⁹. En la misma dirección, VIDAL-MARTÍ Y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ³⁰ destacan cuatro factores de riesgo institucional: la falta de medidas y planes de prevención³¹, la ausencia de programas de apoyo institucional para el impacto emocional de la

²² OIT, *Acabar con la violencia y el acoso contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo*, Informe V(1), Oficina Internacional del Trabajo, 2018.

²³ OIT, *Acabar con la violencia y el acoso contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo*, Informe V(1), Oficina Internacional del Trabajo, 2018.

²⁴ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS E IGUALDAD, *Hidden in plain sight: Inquiry into disability-related harassment*, Equality and Human Rights Commission, 2011.

²⁵ OIT, *Acabar con la violencia y el acoso contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo*, Informe V(1), Oficina Internacional del Trabajo, 2018

²⁶ TORO/GÓMEZ-RUBIO, *Ciencia & trabajo*, vol. 18, núm. 56, 2016, pp. 110-116.

²⁷ BAŞOĞUL et al., «Emotional intelligence and personality characteristics of psychiatric nurses and their situations of exposure to violence», *Perspectives in psychiatric care*, vol. 55, núm. 2, 2019, pp. 255-261.

²⁸ TORO/GÓMEZ-RUBIO, *Ciencia & trabajo*, vol. 18, núm. 56, 2016, pp. 110-116.

²⁹ TORO/GÓMEZ-RUBIO, *Ciencia & trabajo*, vol. 18, núm. 56, 2016, pp. 110-116.

³⁰ VIDAL MARTÍ/RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, «La violencia laboral en el ámbito de la educación social: una revisión sistemática», *Acciones e investigaciones sociales*, núm. 44, 2023, p. 104.

³¹ PÉREZ-TARRÉS, *Violencia, trabajo y salud. Reproducción de la violencia en ambientes donde se trabaja para erradicarla*, Tesis doctoral, Universitat Autònoma de Barcelona, 2019; SOLANES/MENESES, «La gestión de las agresiones en el ejercicio profesional: una visión desde la práctica de la educación social», *Revista d'intervenció socioeducativa*, núm. 77, 2021, pp. 127-143.

violencia laboral³², la alta carga de trabajo y los escasos beneficios para el desarrollo del desempeño profesional³³. Otras condiciones de la organización operan como factores protectores frente al acoso laboral, tales como la orientación a la justicia organizacional o la existencia de sindicatos³⁴.

Por último, el Informe V de la ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO³⁵ destaca determinadas circunstancias que pueden exponer a los/as trabajadores/as a la violencia y el acoso, ya sea por sí solas o combinadas: trabajar en contacto con el público, con personas en situación difícil, con objetos de valor, en entornos con recursos limitados, en horarios de difícil conciliación con la vida social, en solitario o en un aislamiento relativo, o en lugares remotos, tener poder para denegar la prestación de servicios y/o trabajar en zonas de conflicto, entre otras.

2.2. Violencia machista laboral

Los factores de riesgo anteriormente presentados podrían considerarse propios tanto de la violencia laboral general como de la violencia machista laboral. La diferencia principal radica en que el primero no apunta a las víctimas debido a su sexo, sino que surge de las relaciones jerárquicas de poder y luchas por el poder en el lugar de trabajo³⁶. La violencia machista es generalmente definida como un comportamiento que viola, menosprecia, degrada o humilla a una persona según su sexo. En el mundo del trabajo, no es simplemente una consecuencia orgánica de la jerarquía o relaciones de poder en una organización, sino que está conectada con una forma de estratificación social más amplia – el género – basada en sexo.

Entre las distintas manifestaciones de la violencia machista en el trabajo, la literatura mayormente ha incidido en el acoso sexual³⁷. El acoso sexual es uno más entre una variedad de formas abusivas o conductas ilícitas en el trabajo, pero tiene como eje central las relaciones de poder jerárquicas entre hombres y mujeres³⁸. Igual que otras formas más generales de acoso en el trabajo, busca degradar la dignidad del otro para proteger o elevar el estatus e identidad

³² PÉREZ-TARRÉS, *Violencia, trabajo y salud. Reproducción de la violencia en ambientes donde se trabaja para erradicarla*, Tesis doctoral, Universitat Autònoma de Barcelona, 2019.

³³ HELIZ LLOPIS et al., «Análisis de factores de riesgo de la profesión de educador en diferentes contextos residenciales de la provincia de Alicante», *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, núm. 9, 2015, pp. 47-59.

³⁴ CRUZ/KLINGER, *Gender-based Violence in the World of Work. Overview and selected annotated bibliography*, International Labour Office, 2011; TORO/GÓMEZ-RUBIO, *Ciencia & trabajo*, vol. 18, núm. 56, 2016, pp. 110-116.

³⁵ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO-OIT, *Acabar con la violencia y el acoso contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo*, Informe V(1), Oficina Internacional del Trabajo, 2018

³⁶ LOPEZ et al., «Power, status, and abuse at work: General and sexual harassment compared», *The Sociological Quarterly*, vol. 50, núm. 1, 2009, pp. 3-27.

³⁷ LOPEZ et al., *The Sociological Quarterly*, vol. 50, núm. 1, 2009, pp. 3-27.; McDONALD, «Workplace sexual harassment 30 years on: A review of the literature», *International Journal of Management Reviews*, vol. 14, núm. 1, 2012, pp. 1-17.; McLAUGHLIN et al., «Sexual harassment, workplace authority, and the paradox of power», *American sociological review*, vol. 77, núm. 4, 2012, pp. 625-647.

³⁸ WALKER/ZELDITCH, «Power, legitimacy, and the stability of authority: A theoretical research program», *Theoretical research programs: Studies in the growth of theory*, 1993, pp. 364-381.

propios³⁹, pero sus causas pueden no ser las mismas que las del acoso general⁴⁰ y sus consecuencias emocionales y psicológicas pueden ser devastadoras para la salud⁴¹.

Los estudios focalizados en el acoso sexual laboral han desarrollado distintas teorías para explicar este fenómeno⁴². Por un lado, hay teorías que podrían englobarse en lo que se denomina dominación masculina (*male dominance*) o el modelo de poder-amenaza (*power-threat model*), que plantean que los hombres utilizan el acoso sexual para mantener su poder en el trabajo (y en la sociedad). Las mujeres que amenazan la dominación masculina y desafían su posición subordinada en el sistema de género⁴³ son más vulnerables a sufrirlo. En este caso el acoso sexual actúa como una herramienta para vigilar las formas tradicionalmente aceptadas de «hacer género» en el lugar de trabajo⁴⁴. La idea detrás de esta teoría - en la que los hombres reaccionan a las amenazas a su masculinidad mediante la adopción de una forma extrema de masculinidad⁴⁵- ayuda a explicar por qué los hombres pueden acosar a mujeres en posiciones de autoridad o poder. MAASS et al.,⁴⁶ por ejemplo, evidencian que un grupo de hombres enviaron más imágenes pornográficas y ofensivas a mujeres que se identificaban como feministas que a mujeres que asumían roles de género más tradicionales. En una línea similar, DAS⁴⁷ concluye que las mujeres que son demasiado asertivas amenazan la jerarquía de género y son denigradas a través del acoso. Estos hallazgos sugieren que las mujeres supervisoras o en posiciones de autoridad pueden tener más probabilidades que otras mujeres trabajadoras de experimentar acoso sexual⁴⁸. Aun así, hay quienes plantean que también es posible que las supervisoras informen mayores tasas de acoso simplemente porque son más conscientes del fenómeno. La educación y capacitación avanzada de las mujeres supervisoras probablemente aumente su conciencia legal y su comprensión del acoso sexual y, por tanto, pueden tener más probabilidades de recordar interacciones sexualizadas en el lugar de trabajo y de etiquetar tales experiencias como acoso⁴⁹.

Una línea de investigación alternativa plantea que la autoridad actúa como un factor protector, resguardando a las mujeres del acoso sexual en el trabajo. Esta hipótesis, denominada de la víctima vulnerable (*vulnerable-victim hypothesis*) sugiere que los trabajadores más vulnerables — incluidas las mujeres, pero también las minorías raciales o con puestos más precarios y de menor autoridad en el lugar de trabajo— son objeto de mayor acoso. En la misma dirección, las teorías del desbordamiento de roles de género (*gender-role spillover*) sugieren que los hombres acosan a las mujeres porque están acostumbrados a tratarlas así en roles subordinados en los ámbitos

³⁹ MOLM, *Coercive power in social exchange*, Cambridge University Press, 1997.

⁴⁰ LOPEZ et al., *The Sociological Quarterly*, vol. 50, núm. 1, 2009, pp. 3-27.

⁴¹ BERDAHL, «Harassment based on sex: Protecting social status in the context of gender hierarchy», *Academy of management review*, vol. 32, núm. 2, 2007, pp. 641-658.

⁴² LOPEZ et al., *The Sociological Quarterly*, vol. 50, núm. 1, 2009, pp. 3-27; McDONALD, *International Journal of Management Reviews*, vol. 14, núm. 1, 2012, pp. 1-17.; MCLAUGHLIN et al., *American sociological review*, vol. 77, núm. 4, 2012, pp. 625-647.

⁴³ MCLAUGHLIN et al., *American sociological review*, vol. 77, núm. 4, 2012, pp. 625-647.

⁴⁴ WEST/ZIMMERMAN, «Doing gender», *Gender & society*, vol. 1, núm. 2, 1987, pp. 125-151.

⁴⁵ WILLER et al., «Overdoing gender: A test of the masculine overcompensation thesis», *American journal of sociology*, vol. 118, núm. 4, 2013, pp. 980-1022.

⁴⁶ MAASS, «Sexual harassment under social identity threat: The computer harassment paradigm», *Journal of personality and social psychology*, vol. 85, núm. 5, 2003, p. 853.

⁴⁷ DAS, «Sexual harassment at work in the United States», *Archives of sexual behavior*, vol. 38, 2009, pp. 909-921.

⁴⁸ MCLAUGHLIN et al., *American sociological review*, vol. 77, núm. 4, 2012, pp. 625-647.

⁴⁹ MCLAUGHLIN et al., *American sociological review*, vol. 77, núm. 4, 2012, pp. 625-647.

doméstico y social, y este comportamiento se traslada al lugar de trabajo. Así, el rol femenino subordinado, definido original y principalmente en el hogar, se traslada al lugar de trabajo⁵⁰. Si bien existe cierto desacuerdo, la evidencia ha encontrado mayor apoyo para los modelos de la dominación masculina (*male dominance*) y de poder-amenaza (*power-threat model*) en los que las mujeres en posiciones de autoridad tienen más probabilidades de sufrir acoso⁵¹.

Por último, un tercer enfoque sobre el acoso sexual se enmarca en una perspectiva organizacional, atribuyendo la incidencia y la forma del acoso sexual a contextos específicos del lugar de trabajo⁵². Una primera línea enfatiza el rol de la cultura laboral y el grado en que tolera el acoso sexual o lo inhibe mediante la presencia, accesibilidad y efectividad de medidas de prevención, orientación e intervención hacia el acoso⁵³. CHAMBERLAIN et al.⁵⁴ consideran que la solidaridad entre compañeros de trabajo y la armonía con los supervisores son aspectos de la cultura laboral particularmente importantes para el acoso sexual. Una cultura favorable también depende de la proporción de hombres y mujeres en el lugar de trabajo. La teoría de la dominancia numérica (*numeric dominance theories* o *sex ratio theories*) sugiere que los desequilibrios numéricos entre hombres y mujeres, cualquiera que sea su dirección, pueden producir un mayor acoso sexual porque el género se vuelve más visible en tales entornos⁵⁵. En entornos ocupacionales fuertemente feminizados, el género de las trabajadoras se destaca, lo que aumenta el potencial del acoso sexual. Pero las mujeres trabajadoras también son más visibles en entornos ocupacionales fuertemente masculinizados, y pueden ser acosadas por la amenaza potencial que representan para los trabajadores masculinos y las identidades ocupacionales⁵⁶.

3. Datos y técnicas de análisis

El artículo se basa en los datos de una encuesta auto-administrada online realizada a los trabajadores y las trabajadoras de distintos colectivos profesionales del ámbito de la ejecución penal del Departament de Justícia, Drets i Memòria de la Generalitat de Catalunya. El trabajo de campo ha sido realizado durante los meses de junio y julio de 2022.

La elaboración de la encuesta ha sido un reto, considerando la escasez de antecedentes en la materia: las encuestas sobre violencia y acoso hacia las mujeres en el mundo del trabajo son muy limitadas. Uno de los primeros desafíos fue precisamente avanzar hacia una operacionalización precisa y fiable de la discriminación, la violencia y el acoso hacia las mujeres en el ámbito laboral. En este sentido, se diseñaron varias baterías de preguntas para poder medir de forma clara y exhaustiva las distintas violencias y discriminaciones - desde las más sutiles a las más explícitas

⁵⁰ LOPEZ et al., *The Sociological Quarterly*, vol. 50, núm. 1, 2009, pp. 3-27.

⁵¹ CHAMBERLAIN et al., «Sexual harassment in organizational context», *Work and occupations*, vol. 35, núm. 3, 2008, pp. 262-295.

⁵² GRUBER, «The impact of male work environments and organizational policies on women's experiences of sexual harassment», *Gender & Society*, vol. 12, núm. 3, 1998, pp. 301-320; CHAMBERLAIN et al., *Work and occupations*, vol. 35, núm. 3, 2008, pp. 262-295; BLACKSTONE et al., «Legal consciousness and responses to sexual harassment», *Law & society review*, vol. 43, núm. 3, 2009, pp. 631-668.

⁵³ FITZGERALD et al., «Why didn't she just report him? The psychological and legal implications of women's responses to sexual harassment», *Journal of Social issues*, vol. 51, núm. 1, 1995, pp. 117-138.

⁵⁴ CHAMBERLAIN et al., *Work and occupations*, vol. 35, núm. 3, 2008, pp. 262-295.

⁵⁵ GRUBER, *Gender & Society*, vol. 12, núm. 3, 1998, pp. 301-320.

⁵⁶ DITOMASO, «Sexuality in the workplace: discrimination and harassment» en HERAN/SHEPPARD/TANCREDD-SHERIFF/BURRELL (eds.), *The Sexuality of Organization*, Sage Publications, 1989, pp. 71-90.

– que sufren las mujeres en el ámbito de la Ejecución Penal del Departamento de Justicia. Se buscó ahondar en las situaciones que suceden tanto en las relaciones jerárquicas como en las que ocurren entre pares o que proceden de «usuarios», en este caso, de hombres sometidos a medidas cautelares, o privados de libertad y/u otros usuarios en el ámbito de la ejecución penal⁵⁷. Si bien las escasas encuestas previas existentes fueron utilizadas como punto de partida, todas las preguntas fueron pensadas para poder abordar las especificidades de las labores en la Ejecución Penal, de forma tal que las personas que respondieran se sintieran identificadas con las situaciones planteadas. Esto también implicó cierta dificultad teniendo en cuenta la multiplicidad de perfiles que conforman este ámbito y la diversidad de situaciones que pueden ocurrir en él. El diseño de la encuesta ha sido realizado con ayuda del Observatori Català de la Justícia en Violència Masclista y del grupo de profesionales colaborador de la Comissió Tècnica per a la Igualtat de gènere i prevenció de violències masclistes de la Secretaria de Mesures Penals, Reinserció i Atenció a la Víctima, teniendo en cuenta su conocimiento de la realidad laboral en el sector.

El universo de la encuesta estuvo formado por todos/as los/as trabajadores/as de la «Secretaria de mesures penals, reparació i atenció a la víctima del ámbito de la ejecución penal» del «Departament de Justícia, Drets i Memòria» y de algunos de sus servicios asociados. La encuesta contó con la participación de 1518 trabajadores/as del Departamento de Justicia de la Generalitat (un 26% de la población diana), de los cuales 625 (41,2%) fueron hombres, 885 (58,3%) mujeres, y 8 personas no binarias (0,5%). La tasa de respuesta ha sido satisfactoria, en comparación a otras encuestas y a los estándares metodológicos en uso. La gran mayoría de las encuestas (72,2%, 1096) se completaron en su totalidad, si bien también nos encontramos con una proporción (27,8%, 422) de formularios incompletos (es decir, que fueron abandonados antes de alcanzar la última pregunta).

Tabla I. Número de hombres y mujeres trabajadores/as que participaron de la encuesta según el estado de avance de la misma (finalizada o no)

	Hombre	Mujer	Personas no binarias	Total
Finalizada	466	626	4	1096 (72,2%)
No finalizada	159	259	4	422 (27,8%)
Total	625 (41,2%)	885 (58,3%)	8 (0,5%)	1518 (100%)

La muestra para los análisis de este artículo se compone únicamente de las mujeres trabajadoras en tanto las preguntas de la encuesta referidas a la victimización - es decir, a si han sido víctima de distintos tipos de discriminación, acoso y violencia machista en el ámbito laboral - únicamente se les han efectuado a las mujeres. La técnica principal empleada para los análisis es la regresión logística.

⁵⁷ La violencia en el ámbito laboral puede ser ejercida por agresores que trabajan en una determinada institución o por quienes acuden a ella. Se entiende por violencia interna todo acto llevado a cabo por compañeros de trabajo, independientemente de la jerarquía que ocupen en el lugar de trabajo (subordinado, igual rango o superiores), y por violencia externa la que es cometida por personas ajenas al trabajo (clientes, usuarios, pacientes, acompañantes y/o familiares). FARÍAS et al., «Recognition of violence at work in the health sector», *Revista Cubana de Salud y Trabajo*, vol. 13, núm. 3, 2012, pp. 7-15.

Las variables de resultado son una serie de indicadores ad hoc elaborados para sintetizar la información y recoger las experiencias propias de las mujeres, buscando captar los diversos tipos de violencia y discriminación que han podido sufrir. Para cada uno de estos indicadores, se ha realizado una regresión logística para identificar los factores asociados a cada uno de ellos. Es necesario tener en cuenta que hay dos grupos de indicadores: por un lado, aquellos elaborados para captar la victimización de las mujeres por parte de hombres profesionales y, por otro lado, aquellos que buscan ahondar en la victimización por parte de usuarios del servicio. Los análisis referidos a la victimización por parte de hombres profesionales incluyen a todas las mujeres que participaron de la encuesta, mientras aquellos referidos a la victimización por parte de usuarios, sólo incluye a 494 mujeres que son quienes indicaron que tienen contacto con usuarios en el ejercicio de su trabajo (en su mayoría, sujetos condenados y/o encarcelados por haber cometido algún delito).

3.1. Variables de Resultado

a. Indicadores de victimización por parte de hombres profesionales

La encuesta incluye 17 preguntas que indagan si las mujeres han sido objeto de distintas situaciones de discriminación laboral y violencia por parte de hombres profesionales en los últimos 5 años. Las categorías de respuesta de cada una de estas preguntas son: «nunca», «raramente», «a veces» y «siempre». A partir de la agrupación de estas preguntas, de acuerdo a criterios deductivos, se generaron cuatro indicadores de discriminación laboral, violencia psicológica no sexual, violencia psicológica sexual y violencia física (sea o no de carácter sexual), cuyo proceso de construcción se describe a continuación.

Para generar el indicador de discriminación laboral se tuvieron en cuenta 6 preguntas.

- ¿La han tratado de forma paternalista y condescendiente, como si no fuera capaz de comprender lo que le decían?
- ¿La han apartado de situaciones de peligro o conflicto para poner a un hombre en su lugar?
- ¿Le han asignado tareas que requieren más empatía, como escuchar demandas o quejas, gestionar situaciones emocionalmente intensas, etc., que podría haber hecho un hombre?
- ¿Han escuchado o respetado más la opinión de un compañero varón que la suya?
- ¿Le han asignado tareas de responsabilidad inferior a las que le corresponden por su categoría profesional?
- ¿Han dado prioridad a un hombre para ascender, aunque usted tenía los mismos méritos o más?

El indicador, denominado de discriminación laboral, asigna el valor 1 a las mujeres que dicen haber experimentado «siempre» o «a veces» en los últimos 5 años al menos una de esas 6 formas de discriminación y el valor 0 a las que lo hicieron «raramente» o «nunca».

Para captar la violencia psicológica no sexual se utilizaron 4 preguntas que indagaban a las mujeres en relación a situaciones de humillación, comportamientos agresivos, exclusión o comentarios inadecuados.

- ¿Le han asignado tareas humillantes, más simples o menos importantes?
- ¿Se han comportado agresivamente o con hostilidad manifiesta hacia su persona (por ejemplo: gritándole, insultándole, amenazándole)?
- ¿La han ignorado, excluido o aislado?
- ¿Le han hecho comentarios inadecuados o que le han generado incomodidad sobre el aspecto físico o la vestimenta?

Dada la menor frecuencia de estas formas de victimización, se asignó el valor 1 a toda mujer que hubiera experimentado al menos una vez cualquiera de estas situaciones, independientemente de su frecuencia (es decir, considerando las respuestas «raramente», «a veces» y «siempre», como si fueran la misma) y con un 0 a todas las demás.

La construcción del indicador de violencia psicológica sexual se realizó a partir de las siguientes 5 preguntas:

- ¿Se han difundido rumores o se han explicado detalles sobre su vida sexual?
- ¿La han acosado?
- ¿Ha recibido o ha presenciado manifestaciones de contenido sexual que le han generado incomodidad, como comentarios, bromas, chistes o exhibición de imágenes pornográficas?
- ¿La han presionado para poder acercarse (por ejemplo, para quedar fuera del trabajo), aunque ha dejado claro que no le apetecía?
- ¿Ha tenido miedo de quedarse sola con algún compañero (con independencia de su rango)?

Al igual que para evaluar violencia psicológica no sexual, aquí también se asignó un 1 a toda mujer que hubiera experimentado cualquiera de estas victimizaciones en los últimos 5 años, independientemente de la frecuencia.

Por último, se creó un indicador para denotar aquellos casos de mujeres que refieren haber sufrido, al menos alguna vez en los últimos 5 años e independientemente de su frecuencia, cualquiera de las dos formas de violencia física sexual y no sexual que se les plantearon en la encuesta:

- ¿Han ejercido violencia física contra su persona (empujones, golpes, bofetadas, lanzamiento de objetos, etc.)?
- ¿Han cometido abusos sexuales sobre su persona o la han agredido sexualmente (acercamientos, rozamientos, insinuaciones, tocamientos indebidos, exhibicionismo etc.)?

b. Indicadores de victimización por parte de usuarios

A continuación, se describen los 3 indicadores de menosprecio, violencia psicológica y violencia física contra las mujeres trabajadoras por parte de los usuarios. Para generarlos, se han utilizado 6 preguntas de la encuesta.

Las primeras dos preguntas indagaban a las mujeres si habían sido objeto de alguna forma de menosprecio o discriminación por parte de sus usuarios o clientes por el hecho de ser mujer en los últimos 5 años:

- ¿La han tratado de forma diferente a los trabajadores varones?
- ¿Le han faltado al respecto o no han respetado su autoridad por el hecho de ser mujer?

A las mujeres que contestaron «siempre» o «a veces» a una o a las dos preguntas se les asignó el código 1, mientras que a las que contestaron «raramente» o «nunca» se les asignó un 0.

Dos han sido las preguntas de la encuesta utilizadas para generar el indicador de violencia psicológica, ya sea que esta tome cuerpo en agresiones verbales de contenido sexual, como de amenazas y humillaciones de contenido no sexual.

- ¿Le han hecho comentarios inadecuados o gestos de carácter sexual?
- ¿La han insultado, amenazado, humillado o acosado?

Toda mujer que haya experimentado al menos una vez en los últimos 5 años cualquiera de estas formas de violencia psicológica recibe un 1 en el indicador mientras las que no lo hayan hecho reciben un 0.

Por último, se creó un indicador para distinguir aquellas mujeres víctimas de violencia física, fuera o no de contenido sexual, de las que no lo han sido en los últimos 5 años. Este indicador se basó en las preguntas:

- ¿La han agredido físicamente (empujones, golpes, bofetadas, lanzamiento de objetos, etc.)?
- ¿La han abusado o la han agredido sexualmente (acercamientos, rozamientos, insinuaciones, tocamientos indebidos, exhibicionismo etc.)?

Las mujeres que dicen haber experimentado cualquiera de estas situaciones «siempre», «a veces» o «raramente» reciben un 1 en el indicador, mientras que las que no lo hicieron reciben un 0.

3.2. Variables de Exposición/Factores de Riesgo

Las variables *de exposición* se corresponden con indicadores relacionados con diversas características sociodemográficas y laborales de las mujeres, así como algunas características institucionales. Se han considerado gran parte de los factores que la literatura ha señalado como factores de riesgo de la violencia hacia las mujeres en el ámbito laboral. No obstante, el rango y concreción de estas características es menor del que originariamente se proyectó, para poder así garantizar el anonimato de las personas encuestadas, según las especificaciones del Delegado de Protección de Datos del Departamento de Justicia, Derechos y Memoria y la Comisión Institucional de Revisión Ética de Proyectos de la Universidad Pompeu Fabra. Los cambios principalmente se centraron en el bloque sociodemográfico y laboral de la encuesta. Por un lado, se eliminó cualquier pregunta que posibilitara, siquiera remotamente, la identificación de las personas encuestadas. Por otra parte, se modificaron las categorías de respuesta de varias preguntas para hacerlas más amplias y así agrupar a un mayor número de personas entrevistadas,

para hacer aún más difícil la identificación. Estos cambios han limitado el alcance y precisión de los análisis.

Las variables de exposición que se incluyen en los modelos estadísticos son: la edad (codificada de forma numérica), el estado civil (recodificado en forma binaria como estar casada o en pareja vs. no estarlo), las cargas familiares (tiene o no tiene personas a cargo), el nivel educativo (recodificado en solo dos niveles: estudios superiores universitarios de primero, segundo o tercer ciclo vs. niveles más bajos), el lugar de nacimiento (en Cataluña o fuera de Cataluña), el padecimiento de alguna enfermedad o problema de salud que limite a la persona en sus actividades diarias (lo padece vs. no lo padece), la antigüedad laboral en el trabajo (mayor o menor de 5 años), el tipo de contratación que tiene (funcionaria/o vs. no funcionaria/o), el disfrute de permisos, licencias o reducciones de jornada para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los últimos 5 años (ha disfrutado vs. no lo ha hecho), la asignación de tareas de mando o supervisión sobre otros/as trabajadores/as (tiene vs. no tiene asignadas estas tareas) y, finalmente, el contacto habitual con hombres privados de libertad (lo tiene o no lo tiene).

Asimismo, también se ha incluido como variable de exposición un indicador de actitudes machistas por parte de las mujeres, tanto hostiles benevolentes⁵⁸, construido mediante un análisis de componentes principales (ACP) a partir de preguntas de la encuesta que buscaban recabar las opiniones de los entrevistado/as⁵⁹ sobre los roles de las mujeres y los hombres en la familia y en el trabajo y sobre la impropiedad de algunos comportamientos sexistas de los hombres hacia sus compañeras en el trabajo. El segundo bloque de preguntas de la encuesta incluía 15 afirmaciones con las que los participantes debían expresar su grado de acuerdo en una escala Likert que iba del «muy de acuerdo» al «muy en desacuerdo», con dos respuestas intermedias. Para generar el indicador, se procedió primero a agrupar en las 15 preguntas las respuestas «de acuerdo» y «muy de acuerdo» en una sola, y las respuestas «en desacuerdo» y «muy en desacuerdo», en otra, para después someter a las preguntas recodificadas a un análisis de componentes principales (ACP). La Tabla AI del Anexo presenta las «cargas» o correlaciones entre las 15 preguntas recodificadas binariamente y aquella variable o dimensión subyacente extraída por la técnica de ACP que explica el mayor porcentaje de varianza de las 15 preguntas y que ordena a los individuos en una escala normalizada con media igual a 0 y desviación típica igual a 1. Las cargas ayudan a interpretar esta dimensión o escala subyacente, indicando, en nuestro caso, que estaría captando el grado de actitudes paternalistas y machistas de las mujeres entrevistadas. Efectivamente, todas las afirmaciones recodificadas en variables binarias, presentan una correlación positiva y significativa, de débil a moderada, con el indicador subyacente, indicando que las personas que están de acuerdo o muy de acuerdo con estas afirmación tienden a tener puntuaciones positivas en el indicador, mientras que aquéllas que están en desacuerdo o muy en desacuerdo tienden a tener puntuaciones negativas, siendo en las afirmaciones 4, 9 y 10 donde esta tendencia es más fuerte, como indican sus mayores cargas o correlaciones. Cuánto más se percibe a los hombres como sujetos duros y mejor cualificados para resolver situaciones de peligro y conflicto, y más críticamente se juzga a las mujeres que demandan más igualdad en el trabajo, más positivas serán las puntuaciones de las entrevistadas en el indicador de machismo elaborado.

⁵⁸ GLICK/FISKE, «Hostile and benevolent sexism: Measuring ambivalent sexist attitudes toward women», *Psychology of women quarterly*, vol. 21, núm. 1, 1997, pp. 119-135.

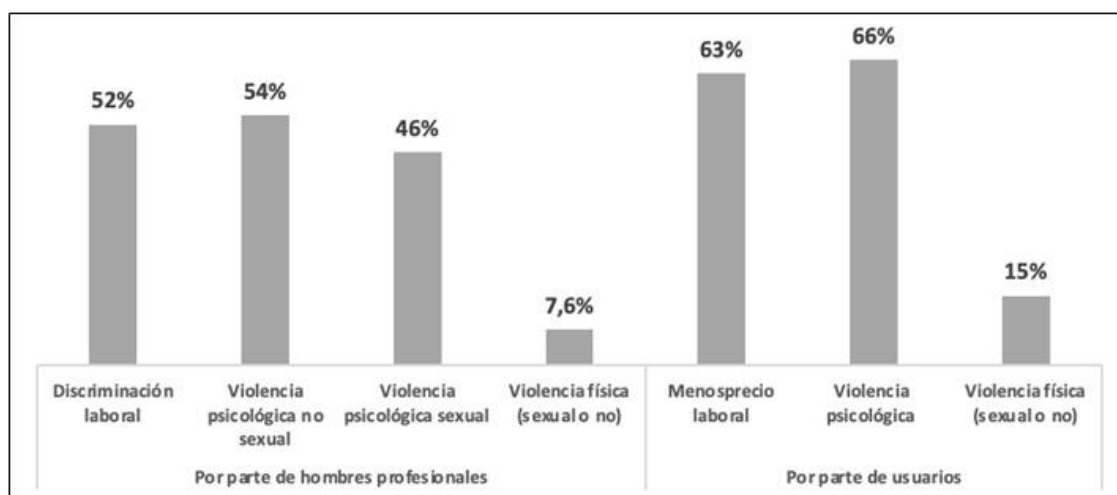
⁵⁹ Aunque el indicador fue construido a partir de las respuestas tanto de hombres como de mujeres, el que utilizamos en este trabajo solo refleja las puntuaciones de las mujeres en el indicador.

4. Resultados

4.1. Las cifras de la violencia

A partir de los indicadores de victimización construidos presentados anteriormente en la sección 3.1., se observa que un 52% de las mujeres sufrieron con frecuencia («siempre» o «a veces») al menos una forma de discriminación laboral por parte de sus colegas, jefes o subordinados hombres. En el mismo marco, también en relación a la victimización por parte de hombres profesionales, los resultados revelan que un 54% de las mujeres sufrieron al menos una vez cualquiera de las seis situaciones de violencia psicológica no sexual consideradas, mientras la prevalencia de la violencia psicológica sexual muestra valores algo más bajos, siendo el 46% de las mujeres la que la han experimentado. Por último, el 7,6% de las mujeres señala haber sido víctima, al menos una vez, de situaciones de violencia física, sea o no sexual por parte de hombres profesionales. La Figura I permite visualizar esos resultados, mostrando la proporción de mujeres que sufren discriminación y violencia por parte de hombres profesionales y por parte de usuarios.

Figura I. Proporción de mujeres que han sido victimizadas por parte de hombres profesionales y por parte de usuarios



En relación a la victimización por parte de usuarios, se distingue un 63% de mujeres encuestadas que indica haber sufrido frecuentemente alguna forma de menosprecio o discriminación por razón de su sexo y un 66% que refiere a situaciones de violencia psicológica. Por último, un 15% de las mujeres de la muestra en contacto con usuarios precisa haber sufrido violencia física, un porcentaje que es superior al que había referido ser víctima de este mismo tipo de violencia por parte de colegas.

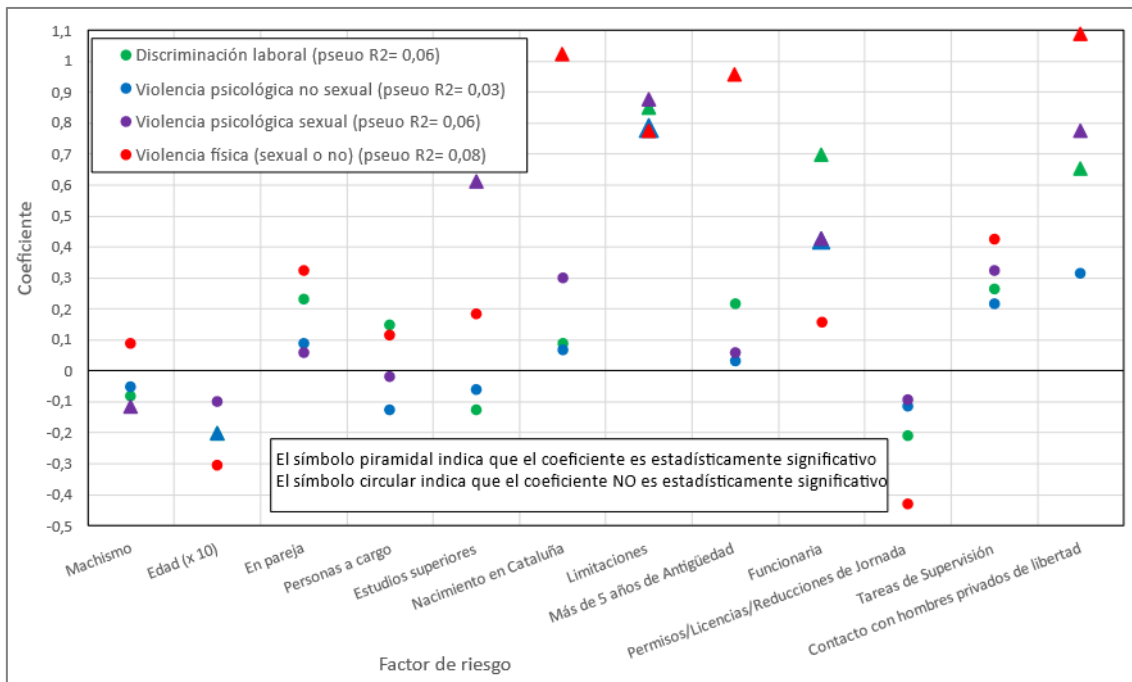
A continuación se exploran, a partir de varios análisis multivariados de regresiones logísticas, los factores de riesgo que aumentan más la probabilidad de que las mujeres sean victimizadas en el trabajo, tanto por parte de colegas hombres como de los usuarios varones con los que tratan en su servicio.

4.2. Características de las mujeres que han sido victimizadas por parte de otro profesional hombre

En el presente apartado se aplican regresiones logísticas para establecer qué características de las mujeres están asociadas con una mayor probabilidad de experimentar discriminación laboral, violencia psicológica y/o violencia física o sexual, por parte de un profesional varón, sea éste un compañero, un superior o un subordinado.

Las variables de resultado de estos análisis son los cuatro indicadores presentados anteriormente, con los que se miden: la discriminación laboral, la violencia psicológica (separadamente de acuerdo a si tiene o no connotaciones sexuales), y la violencia física (sea o no sexual). Los resultados pormenorizados de las cuatro regresiones logísticas pueden encontrarse en la Tabla AII en el Anexo. En la Figura II se presentan esos resultados gráficamente para facilitar su visualización.

Figura II. Riesgo de violencia y acoso laboral por parte de pares y jefes hombres. Resultados de la regresión logística.



En primer lugar, se observa que las mujeres que tienen alguna enfermedad o problema de salud que las limita en sus actividades diarias tienen una probabilidad significativamente más alta que las que no las tienen de sufrir todas las formas de discriminación y violencia en el trabajo consideradas en los análisis. La otra variable que también incrementa la probabilidad de sufrir todas estas formas de victimización es tener contacto con hombres privados de libertad en el servicio. Estas dos son las únicas variables que se asocian de forma significativa a las cuatro variables de resultado que captan la victimización por parte de profesionales varones.

En segundo lugar, los resultados muestran la relevancia de ser funcionaria: las mujeres que lo son tienen una probabilidad significativamente más alta de experimentar discriminación laboral y violencia psicológica, pero no violencia física (sexual o no).

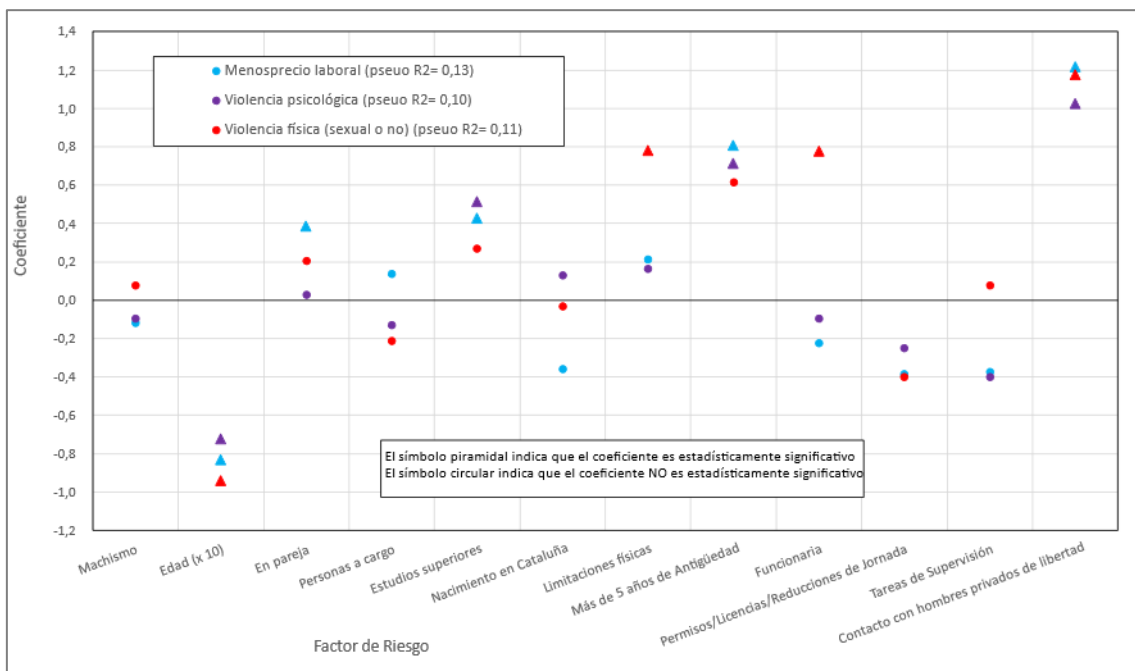
En tercer lugar, las mujeres de mayor edad se encuentran significativamente menos expuestas (y las más jóvenes, más) a sufrir discriminación laboral y todas las formas de violencia por parte de hombres profesionales, aunque significativamente solo la discriminación y la violencia física (sexual o no). También las que tienen mayor antigüedad laboral y las que han nacido en Cataluña tienen una probabilidad significativamente más alta de sufrir esta violencia. Por último, las más educadas tienen riesgos significativamente mayores que las menos educadas de sufrir violencia psicológica con motivación sexual. El indicador de machismo también se asocia significativamente con este tipo de violencia: las mujeres que tienen actitudes y/u opiniones más paternalistas y machistas tienen una probabilidad significativamente más baja de sufrirla en comparación a las que tienen actitudes menos machistas (o, lo que es lo mismo, las que menos comparten estas actitudes machistas tienen una probabilidad significativamente más alta de sufrirla).

4.3. Características de las mujeres que han sido victimizadas por parte de un usuario

A continuación, se aplican regresiones logísticas para establecer qué características de las mujeres están asociadas con una mayor probabilidad de experimentar discriminación laboral, violencia psicológica (sexual o no) y/o violencia física (sexual o no), por parte de usuarios (ya sean hombres penados a medidas cautelares, privados de libertad y/u otros usuarios del servicio).

Las variables de resultado de estos análisis son los tres indicadores presentados anteriormente, con los que se miden: el menosprecio laboral, la violencia psicológica (sexual o no), y la violencia física (sea o no sexual). Los resultados de las tres regresiones logísticas pueden visualizarse fácilmente en la Figura III. Las estimaciones pormenorizadas de los coeficientes en cada modelo pueden encontrarse en la Tabla AIII en el Anexo.

Figura III. Riesgo de violencia y menosprecio laboral por parte de presos hombres. Resultados de la regresión logística.



Los modelos referidos a la victimización por parte de usuarios (ya sean hombres sujetos a medidas cautelares, privados de libertad y/u otros usuarios del servicio) muestran la relevancia de diversos factores.

En primer lugar, se observa que la edad y el contacto con hombres privados de libertad (en comparación a otros usuarios no condenados a prisión) son las únicas dos variables que se asocian de forma significativa a las tres variables de resultado que captan la victimización: menosprecio laboral, violencia psicológica (sexual o no) y violencia física (sexual o no). Las mujeres más jóvenes y las que tienen contacto con hombres privados de libertad tienen una probabilidad significativamente más alta que otras mujeres de sufrir estas formas de victimización.

En segundo lugar, los resultados también muestran la relevancia de la educación y la antigüedad laboral. Las mujeres con educación superior y/o con más de 5 años de antigüedad laboral están más expuestas a sufrir menosprecios laborales y violencia psicológica (sexual o no) por parte de los clientes a los que atienden. Estos factores no se encuentran asociados de forma significativa a la violencia física (sexual o no).

En tercer lugar, se distinguen algunos factores que únicamente se asocian de forma significativa con uno de los tres tipos de victimización por parte de los clientes. En este sentido, en lo que se refiere al menosprecio laboral, se destaca el hecho de tener pareja: quienes la tienen presentan una probabilidad significativamente más alta de experimentarlo por parte de usuarios del servicio que los que no tienen pareja. En relación a la violencia física (sexual o no), se observa que las mujeres que tienen alguna enfermedad o problema de salud que las limita en sus actividades diarias y/o quienes son funcionarias se encuentran significativamente más expuestas a sufrirla.

5. Discusión

El artículo identifica los factores de riesgo que aumentan más la probabilidad de que las mujeres sean victimizadas en el ámbito de la ejecución penal de Cataluña, tanto por parte de colegas hombres como de los usuarios varones con los que tratan en su servicio.

Los resultados permiten identificar algunos factores que exponen a las mujeres a un mayor riesgo de victimización. Desde luego, el contacto con privados de libertad es uno de ellos, pues expone a las mujeres a sufrir todos los tipos de victimización, no solo por parte de los presos, sino también por sus colegas en el lugar de trabajo. Los resultados parecen sugerir que las cárceles son espacios especialmente vulnerables/peligrosos para las mujeres que trabajan en ellas.

Asimismo, para algunos de los tipos de victimización, se han identificado otros factores que incrementan la vulnerabilidad de las mujeres. Por un lado, aparecen la edad y las limitaciones de la vida diaria por motivos de salud. Las mujeres más jóvenes y con problemas de salud se encuentran más expuestas al riesgo de ser victimizadas en el entorno laboral. Por otro lado, las mujeres con mayores niveles educativos, con mayor antigüedad laboral y/o que tienen la condición de funcionarias tienen riesgos más altos en determinados tipos de victimización. Por último, en relación específicamente a la violencia psicológica sexual por parte de profesionales

varones, se observa que las mujeres que menos comparten actitudes machistas tienen una probabilidad significativamente más alta de sufrirla.

Explicitar con precisión los mecanismos que podrían explicar estas pautas no resulta posible con la información disponible. No obstante, a modo preliminar, se podrían considerar diferentes hipótesis explicativas plausibles - basadas en la literatura presentada anteriormente- las cuales deberían explorarse en mayor profundidad en futuras investigaciones.

En primer lugar, se observa que algunas condiciones de vulnerabilidad de las mujeres, como una menor edad o padecer alguna enfermedad o problema de salud, incrementan los riesgos que corren de ser discriminadas y de sufrir violencia machista en el trabajo, en consonancia con la literatura, expuesta previamente, que asocia al fenómeno de la interseccionalidad⁶⁰ entre el género y otras desventajas sociales un aumento de la vulnerabilidad de la mujer hacia la violencia machista. Entre estas desventajas, muchos autores han resaltado las discapacidades y los problemas de salud⁶¹, que los resultados del presente estudio parecen corroborar. La importancia de la edad también ha sido destacada en estudios sobre violencia laboral⁶². Es posible que la edad traiga aparejada consigo procesos de desarrollo personal, como una mayor experiencia o confianza en una misma, o mayores niveles de capital social (relaciones), que actúan como factores protectores frente a la victimización⁶³.

No obstante, también podría ser que las más jóvenes estuvieran más concienciadas que las mayores sobre las desigualdades e inequidades de género y la violencia machista, producto de los cambios culturales generacionales. En este caso, las más jóvenes contarían con más recursos cognitivos, lo que las llevaría a reportar con más frecuencia comportamientos discriminatorios y victimizantes en la encuesta. Esta última interpretación podría también utilizarse para explicar la asociación positiva entre ser funcionaria, tener más antigüedad laboral y/o tener más educación y algunos de los tipos de victimización. Efectivamente, esta asociación contradice a las teorías que señalan que las mujeres con más recursos personales (como, en este caso, más educación y/o mejores condiciones laborales) tienen menos riesgos de ser víctimas⁶⁴. Sin

⁶⁰ CRENSHAW, *Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics*, Feminist Legal Forum: Feminism in the law: theory, practice and criticism, University of Chicago Legal Forum, 1989; BOGRAD, «Strengthening domestic violence theories: Intersections of race, class, sexual orientation, and gender», *Journal of marital and family therapy*, vol. 25, núm. 3, 1999, pp. 275-289.

⁶¹ CAMPOS-SERNA et al., «Desigualdades de género en salud laboral en España», *Gaceta sanitaria*, vol. 26, 2012, pp. 343-351; MOODLEY/GRAHAM, «The importance of intersectionality in disability and gender studies», *Agenda*, vol. 29, núm. 2, 2015, pp. 24-33.

⁶² BUDD et al., «Correlates and consequences of workplace violence», *Journal of occupational health psychology*, vol. 1, núm. 2, 1996, pp. 197; WHITTINGTON et al., «Violence to staff in a general hospital setting», *Journal of advanced nursing*, vol. 24, núm. 2, 1996, pp. 326-333; GILLESPIE et al., «Workplace violence in healthcare settings: risk factors and protective strategies», *Rehabilitation Nursing Journal*, vol. 35, núm. 5, 2010, pp. 177-184; JANG et al., «Prevalence, associated factors and adverse outcomes of workplace violence towards nurses in psychiatric settings: A systematic review», *International journal of mental health nursing*, vol. 31, núm. 3, 2022, pp. 450-468.

⁶³ FLOOD/PEASE, «Factors influencing attitudes to violence against women», *Trauma, violence, & abuse*, vol. 10, núm. 2, 2009, pp. 125-142.

⁶⁴ GHUMAN, *Employment, Autonomy and Violence against Women in India and Pakistan*, University of Pennsylvania, Population Studies Center, Filadelfia, 2001; KOENIG et al., «Women's status and domestic violence in rural Bangladesh: individual-and community-level effects», *Demography*, vol. 40, núm. 2, 2003, pp. 269-288; KAMCHUCHAT et al., «Workplace violence directed at nursing staff at a general hospital in southern Thailand», *Journal of occupational health*, vol. 50, núm. 2, 2008, pp. 201-207; CASIQUE, «Factores de empoderamiento y protección de las mujeres contra la violencia», *Revista mexicana de sociología*, vol. 72, núm. 1, 2010, pp. 37-71;

embargo, va en consonancia con otra línea de estudios que, tal como se explicó anteriormente, plantea que las mujeres con mayor poder como, por ejemplo, las que ostentan funciones supervisoras, son también las más conscientes del fenómeno y las que más lo reportan, lo que explicaría sus mayores tasas de acoso⁶⁵. Como en el caso de las mujeres más jóvenes y con más recursos educativos, las que ostentan funciones laborales más altas serían las que tendrían más capacidad para identificar las situaciones de violencia y reportarlas en una encuesta como la llevada a cabo en este estudio. En la misma línea, en relación al efecto del indicador de machismo, es plausible que las mujeres que tienen actitudes y/u opiniones menos machistas reconozcan e identifiquen más fácilmente las situaciones en que han experimentado violencia psicológica y sexual, lo que explicaría la asociación negativa entre opiniones machistas y victimización observada en la regresión logística.

Una interpretación alternativa para explicar las mayores tasas de abuso por parte de las mujeres con mayores recursos enfatizaría, no el mayor reconocimiento e identificación de las conductas machistas por parte de estas mujeres, sino la amenaza que algunos hombres perciben en ellas hacia su estatus superior tradicional, que les llevaría a utilizar la violencia como represalia o para restaurarla. Hemos visto como las teorías de la dominación masculina (*male dominance*) y del poder-amenaza (*power-threat model*), sugieren que las mujeres con actitudes menos machistas y más conciencadas sobre las desigualdades y las inequidades de género experimentarán más violencia machista por parte de aquellos hombres que ven en ellas un desafío al orden patriarcal. Algunos de nuestros hallazgos coinciden con estas interpretaciones y con los MAASS et al.,⁶⁶ que observaron cómo las mujeres que se identificaban como feministas recibían en el trabajo más imágenes pornográficas y ofensivas que las que se adherían a roles de género más tradicionales. La «teoría de la inconsistencias de estatus» resume bien estas aproximaciones para explicar la asociación positiva entre los recursos relativos de la mujer y su victimización. Según esta teoría, la violencia hacia las mujeres puede producirse más fácilmente en situaciones en que están en posiciones de superioridad en relación al hombre. Cuando el orden patriarcal en que se fundamenta la dominación masculina se ve amenazado – lo cual sucede cuando las mujeres poseen más recursos que los varones (por ejemplo, una mayor educación o mejores condiciones laborales)-, ellos recurren más fácilmente a la violencia para restaurarlo⁶⁷. Desafortunadamente, en este estudio no se ha recabado información sobre los recursos del agresor (su nivel educativo, su antigüedad laboral y/o si es funcionario) para poder contrastar esta hipótesis, pero sí puede sugerirse como una explicación posible de algunas de las pautas observadas.

Nuestra última línea argumental se vincula con las características del ambiente de trabajo, que lo harían más o menos propicio para fomentar la discriminación y la violencia contra las mujeres. Esto podría explicar el efecto que parece tener el hecho de ser funcionaria y, sobre todo, el tener contacto con personas privadas de libertad sobre la probabilidad de ser victimizada. Las cárceles son ambientes de trabajo poblados por hombres y ello conlleva una masculinización de los espacios comunes. Es posible que este tipo de ambientes laborales, donde también predominan los funcionarios, expongan a las mujeres a ambientes más machistas, incrementando la

PAI/LEE, «Risk factors for workplace violence in clinical registered nurses in Taiwan», *Journal of clinical nursing*, vol. 20, núm. 9-10, 2011, pp. 1405-1412.

⁶⁵ McLAUGHLIN et al., *American sociological review*, vol. 77, núm. 4, 2012, pp. 625-647.

⁶⁶ MAASS, *Journal of personality and social psychology*, vol. 85, núm. 5, 2003, p. 853.

⁶⁷ O'BRIEN, «Violence in divorce prone families», *Journal of Marriage and the Family*, vol. 33, núm. 4, 1971, pp. 692-698; RODMAN, «Marital power and the theory of resources in cultural context», *Journal of comparative family studies*, vol. 3, núm. 1, 1972, pp. 50-69.

probabilidad de ser victimizadas. Las teorías vinculadas al acoso sexual que enfatizan la perspectiva organizacional podrían ser idóneas para explicar estos hallazgos, destacando el rol central de la cultura laboral de las cárceles. En este marco, la teoría de la dominancia numérica también puede ser pertinente, en tanto plantea que el desequilibrio numérico a favor de los hombres en el trabajo da mayor visibilidad a las mujeres trabajadoras y, por ello, pueden ser acosadas por la amenaza potencial que representan para los trabajadores masculinos y las identidades ocupacionales⁶⁸.

Es importante destacar que nuestro estudio tiene limitaciones. Por ejemplo, las cargas o correlaciones entre las variables originales y el indicador subyacente de machismo extraído a partir de ellas, son relativamente bajas, indicando que su capacidad para captar este concepto es limitada. Por simplicidad, procedimos a dicotomizar las variables utilizadas en la elaboración del indicador antes de aplicar la técnica de componentes principales. Otras técnicas, como las de correspondencias múltiples, pueden adaptarse mejor al tipo de variables originales del estudio – ordinales con múltiples categorías – y podrían aumentar la precisión del indicador de machismo. Sin embargo, cuando las variables están medidas a nivel ordinal, estas técnicas imponen restricciones en las puntuaciones otorgadas a las categorías de respuesta para realizar sus análisis (las categorías superiores deben ser como mínimo iguales a las categorías inferiores) para no complicar la interpretación del indicador resultante. De ahí nuestra decisión de dicotomizar las variables y aplicar el análisis de componentes principales.

El ajuste de los modelos logísticos utilizados en el trabajo también podría ser mejor, por encima de ese 10% aproximado de poder explicativo señalado por los estadísticos escogidos para reportar el ajuste en la victimización por pares y del 6% de media para la victimización por parte de usuarios. De todas formas, estos porcentajes no deben interpretarse como un fracaso. Nuestra intención no ha sido generar un modelo que permita predecir con precisión la violencia contra las mujeres en el trabajo, sino la de identificar algunos factores de riesgo significativos a los que están expuestas las mujeres trabajadoras. El fenómeno de la violencia machista es multi-facético y es difícil que un modelo estadístico pueda predecirlo de manera precisa, especialmente si el contexto laboral lo legitima, presentándolo como algo «normal», o no favorece que sea revelado por parte de las víctimas, por miedo a represalias. Aunque durante el trabajo de campo se incidió en el carácter anónimo de las respuestas y redujimos lo más posible la información socio-demográfica y laboral de los/las entrevistados/as, desconocemos hasta qué punto las respuestas se vieron afectadas por estos reparos. Sí sabemos que, al reducir la información precisa para garantizar la anonimidad, también renunciamos a emplear datos potencialmente más valiosos para predecir los riesgos de victimización.

6. Conclusiones

Los resultados del artículo han permitido distinguir determinados factores de riesgo que exponen qué mujeres están sujetas a un mayor riesgo de victimización por parte de hombres en el ámbito laboral. Es preciso visibilizar esta problemática para generar mayor concienciación de estas prácticas y tomar mejores medidas preventivas que promuevan una participación laboral de las mujeres libre de acoso y violencia. Estas medidas deberían focalizarse en determinados grupos de mujeres, las que se encuentran en una situación más desventajosa, como las más jóvenes y

⁶⁸ DITOMASO, en *The Sexuality of Organization*, Sage Publications, 1989, pp. 71-90.

con problemas de salud, pero también las que presentan recursos cognitivos y organizativos más altos, como las más educadas, las que tiene empleos estables y las que ostentan puestos de supervisión. No podemos seguir abordando a las mujeres como una categoría única sino que es necesario ahondar en las diferencias dentro de ellas, lo que favorecerá la propuesta de iniciativas y acciones más efectivas para el abordaje de la violencia machista en el trabajo.

Nuestro artículo debe entenderse como una primera aproximación al problema de la violencia machista y sus factores de riesgo en el ámbito laboral. Muchos de los temas aquí tratados deberían profundizarse en el futuro. Futuras investigaciones deberán explorar, por ejemplo, posibles interacciones entre los factores de riesgo aquí identificados, con el objetivo de investigar cuáles de estas interacciones incrementan más la vulnerabilidad de las mujeres, ahondando así en el tema de la interseccionalidad (el reforzamiento de los factores de riesgo de victimización cuando se dan simultáneamente). También convendría explorar las posibles asociaciones entre distintos tipos de violencia y las características de las mujeres que cuentan con más probabilidad de sufrirlas conjuntamente. Esto permitiría diseñar con más rigor una estrategia de intervención conjunta que permita erradicar la discriminación y la violencia en todas sus formas. Por último, habría que explorar si las manifestaciones y factores de riesgo identificados en este trabajo son extrapolables a otros contextos laborales menos masculinizados, o si por el contrario, expresan unas pautas generales características de sociedades patriarcales poco afectadas por el contexto organizativo donde se desarrolla la actividad laboral.

7. Bibliografía

AL-AZZAM, Manar/TAWALBEH, Loai/SULAIMAN, Mohammad/AL-SAGARAT, Ahmad Yahya/HARB, Eman, «Prevalence and Risk Factors of Workplace Violence toward Mental Health Staff Departments in Jordanian Hospitals», *Issues in mental health nursing*, vol. 38, núm. 5, 2017, pp. 435-442.

BAŞOĞUL, Ceyda/ARABACI, Leyla Baysan/BÜYÜKBAYRAM, Ayse/AKTAŞ, Yeliz/UZUNOĞLU, Gülçin, «Emotional intelligence and personality characteristics of psychiatric nurses and their situations of exposure to violence», *Perspectives in psychiatric care*, vol. 55, núm. 2, 2019, pp. 255-261.

BERDAHL, Jennifer L., «Harassment based on sex: Protecting social status in the context of gender hierarchy», *Academy of management review*, vol. 32, núm. 2, 2007, pp. 641-658.

BLACKSTONE, Amy/UGGEN, Christopher/MCLAUGHLIN, Heather, «Legal consciousness and responses to sexual harassment», *Law & society review*, vol. 43, núm. 3, 2009, pp. 631-668.

BOGRAD, Michele, «Strengthening domestic violence theories: Intersections of race, class, sexual orientation, and gender», *Journal of marital and family therapy*, vol. 25, núm. 3, 1999, pp. 275-289.

BUDD, John W./ARVEY, Richard D./LAWLESS, Peggy, «Correlates and consequences of workplace violence», *Journal of occupational health psychology*, vol. 1, núm. 2, 1996, pp. 197 ss.

CAMPOS-SERNA, Javier/RONDA-PÉREZ, Elena/ARTAZCOZ, Lucía/BENAVIDES, Fernando G., «Desigualdades de género en salud laboral en España», *Gaceta sanitaria*, vol. 26, 2012, pp. 343-351.

CASIQUE, Irene, «Factores de empoderamiento y protección de las mujeres contra la violencia», *Revista mexicana de sociología*, vol. 72, núm. 1, 2010, pp. 37-71.

CHAMBERLAIN, Lindsey Joyce/CROWLEY, Martha/TOPE, Daniel/HODSON, Randy, «Sexual harassment in organizational context», *Work and occupations*, vol. 35, núm. 3, 2008, pp. 262-295.

CHAPELL, Duncan/DI MARTINO, Vittorio, *Violence at work*, International Labour Office, Geneva, 1998.

CHILD, RJ Howerton/MENTES, Janet C., «Violence against women: the phenomenon of workplace violence against nurses», *Issues in mental health nursing*, vol. 31, núm. 2, 2010, pp. 89-95.

CRENSHAW, Kimberlé, *Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics*, Feminist Legal Forum: Feminism in the law: theory, practice and criticism, University of Chicago Legal Forum, 1989.

CRUZ ARROYO, Vianney Berenice/CASIQUE, Irene, «Violencia laboral. Análisis de los factores de riesgo y consecuencias en la vida de las mujeres trabajadoras en la Ciudad de México», *Papeles de población*, vol. 25, núm. 102, 2019, pp. 51-79.

CRUZ, Adrienne/KLINGER, Sabine, *Gender-based Violence in the World of Work. Overview and selected annotated bibliography*, International Labour Office, Geneva, 2011.

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS E IGUALDAD, *Hidden in plain sight: Inquiry into disability-related harassment*, Equality and Human Rights Commission, London, 2011.

DAS, Aniruddha, «Sexual harassment at work in the United States», *Archives of sexual behavior*, vol. 38, 2009, pp. 909-921.

DILLON, Bobbie L., «Workplace violence: impact, causes, and prevention», *Work*, vol. 42, núm. 1, 2012, pp. 15-20.

DITOMASO, Nancy, «Sexuality in the workplace: discrimination and harassment» en HEARN, JEFF/SHEPPARD, DEBORAH L./TANCRED-SHERIFF, PETA/BURRELL, GIBSON (eds.), *The Sexuality of Organization*, Sage Publications, 1989, pp. 71-90.

ELA/NODOS, *Visibilicemos el acoso laboral. Encuesta sobre experiencias de acoso laboral por género en Argentina*, Equipo Latinoamericano de Justicia y Género, 2019.

FARÍAS, Alejandra/SÁNCHEZ, Julieta/PETITI, Yanina/ALDERETE, Ana María/ACEVEDO, Gabriel, «Recognition of violence at work in the health sector», *Revista Cubana de Salud y Trabajo*, vol. 13, núm. 3, 2012, pp. 7-15.

FITZGERALD, Louise F./SWAN, Suzanne/FISCHER, Karla, «Why didn't she just report him? The psychological and legal implications of women's responses to sexual harassment», *Journal of Social issues*, vol. 51, núm. 1, 1995, pp. 117-138.

FLANNERY, Raymond B./LEVITRE, Valerie/REGO, Stephany/WALKER, Andrew P., «Characteristics of staff victims of psychiatric patient assaults: 20-year analysis of the Assaulted Staff Action Program», *Psychiatric quarterly*, vol. 82, 2011, pp. 11-21.

FLOOD, Michael/PEASE, Bob, «Factors influencing attitudes to violence against women», *Trauma, violence, & abuse*, vol. 10, núm. 2, 2009, pp. 125-142.

FONTES, Kátia Biagio/SANTANA, Rosangela/PELLOSO, Sandra Marisa/CARVALHO, Maria, «Factors associated with bullying at nurses' workplaces», *Revista latino-americana de enfermagem*, vol. 21, 2013, pp. 758-764.

GHUMAN, Sharon, *Employment, Autonomy and Violence against Women in India and Pakistan*, University of Pennsylvania, Population Studies Center, Filadelfia, 2001.

GILLESPIE, Gordon Lee/GATES, Donna M./MILLER, Margaret/HOWARD, Patricia K., «Workplace violence in healthcare settings: risk factors and protective strategies», *Rehabilitation Nursing Journal*, vol. 35, núm. 5, 2010, pp. 177-184.

GLICK, Peter/FISKE, Susan T., «Hostile and benevolent sexism: Measuring ambivalent sexist attitudes toward women», *Psychology of women quarterly*, vol. 21, núm. 1, 1997, pp. 119-135.

GRUBER, James E. «The impact of male work environments and organizational policies on women's experiences of sexual harassment», *Gender & Society*, vol. 12, núm. 3, 1998, pp. 301-320.

HEISKANEN, Markku, «Violence at work in Finland; Trends, contents, and prevention», *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention*, vol. 8, núm. 1, 2007, pp. 22-40.

HELIZ LLOPIS, Jorge/NAVARRO SORIA, Ignasi/TORTOSA CASADO, Noelia/JODRA JIMÉNEZ, Jesús Pablo, «Análisis de factores de riesgo de la profesión de educador en diferentes contextos residenciales de la provincia de Alicante», *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, núm. 9, 2015, pp. 47-59.

JANG, Sun Joo/SON, Youn-Jung/LEE, Haeyoung, «Prevalence, associated factors and adverse outcomes of workplace violence towards nurses in psychiatric settings: A systematic review», *International journal of mental health nursing*, vol. 31, núm. 3, 2022, pp. 450-468.

KAMCHUCHAT, Chalermrat/CHONGSUVIVATWONG, Virasakdi/ONCHEUNJIT, Suparnee/YIP, Teem Wing/SANGTHONG, Rassamee «Workplace violence directed at nursing staff at a general hospital in southern Thailand», *Journal of occupational health*, vol. 50, núm. 2, 2008, pp. 201-207.

KOENIG, Michael A./AHMED, Saifuddin/HOSSAIN, Mian Bazle/MOZUMDER, A. B. Khorshed Alam, «Women's status and domestic violence in rural Bangladesh: individual-and community-level effects», *Demography*, vol. 40, núm. 2, 2003, pp. 269-288.

LITTLE, Liza, «Risk factors for assaults on nursing staff: childhood abuse and education level», *The Journal of Nursing Administration*, vol. 29, núm. 12, 1999, pp. 22-29.

LOPEZ, Steven H./HODSON, Randy/ROSCIGNO, Vincent J., «Power, status, and abuse at work: General and sexual harassment compared», *The Sociological Quarterly*, vol. 50, núm. 1, 2009, pp. 3-27.

MAASS, Anne/CADINU, Mara/GUARNIERI, Gaia/GRASSELLI, Annalisa, «Sexual harassment under social identity threat: The computer harassment paradigm», *Journal of personality and social psychology*, vol. 85, núm. 5, 2003, pp. 853 ss.

MCDONALD, Paula, «Workplace sexual harassment 30 years on: A review of the literature», *International Journal of Management Reviews*, vol. 14, núm. 1, 2012, pp. 1-17.

MCLAUGHLIN, Heather/UGGEN, Christopher/BLACKSTONE, Amy, «Sexual harassment, workplace authority, and the paradox of power», *American sociological review*, vol. 77, núm. 4, 2012, pp. 625-647.

MOLM, Linda D., *Coercive power in social exchange*, Cambridge University Press, 1997.

MOODLEY, Jacqueline/GRAHAM, Lauren, «The importance of intersectionality in disability and gender studies», *Agenda*, vol. 29, núm. 2, 2015, pp. 24-33.

O'BRIEN, John, «Violence in divorce prone families», *Journal of Marriage and the Family*, vol. 33, núm. 4, 1971, pp. 692-698.

OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, *Combating violence against migrants: Criminal justice measures to prevent, investigate, prosecute and punish violence against migrants, migrant workers and their families and to protect victims*, United Nations Office on Drugs and Crime, Viena, 2015.

OIT, *Las mujeres en el trabajo - Tendencias de 2016*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2016.

OIT, *Acabar con la violencia y el acoso contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo*, Informe V(1), Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2018.

OCCUPATIONAL SAFETY AND HEALTH ADMINISTRATION-OSHA, *Guidelines for Preventing Workplace Violence for Healthcare and Social Service Workers*, Department of Labor Occupational Safety and Health Administration, United States of America, 2016.

PAI, Hsiang-Chu/LEE, Sheuan, «Risk factors for workplace violence in clinical registered nurses in Taiwan», *Journal of clinical nursing*, vol. 20, núm. 9-10, 2011, pp. 1405-1412.

PÉREZ-TARRÉS, Alicia, *Violencia, trabajo y salud. Reproducción de la violencia en ambientes donde se trabaja para erradicarla*, Tesis doctoral, Universitat Autònoma de Barcelona, 2019.

RODMAN, Hyman, «Marital power and the theory of resources in cultural context», *Journal of comparative family studies*, vol. 3, núm. 1, 1972, pp. 50-69.

SERRANO VICENTE, María Isabel/FERNANDEZ RODRIGO, María Teresa/SATUSTEGUI DORDA, Pedro José/URCOLA PARDO, Fernando, «Agresiones a profesionales del sector sanitario en España, revisión sistemática», *Revista Española de Salud Pública*, vol. 93, 2019.

SOLANES, Bárbara/MENESES, Julio, «La gestión de las agresiones en el ejercicio profesional: una visión desde la práctica de la educación social», *Revista d'intervenció socioeducativa*, núm. 77, 2021, pp. 127-143.

TORO, Juan Pablo/GÓMEZ-RUBIO, Constanza, «Factores facilitadores de la violencia laboral: Una revisión de la evidencia científica en América Latina», *Ciencia & trabajo*, vol. 18, núm. 56, 2016, pp. 110-116.

VIDAL MARTÍ, Cristina/RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Julio, «La violencia laboral en el ámbito de la educación social: una revisión sistemática», *Acciones e investigaciones sociales*, núm. 44, 2023, pp. 104-120.

WALKER, Henry A./ZELDITCH, Morris, «Power, legitimacy, and the stability of authority: A theoretical research program» en BERGER, JOSEPH/ZELDITCH, MORRIS (eds.), *Theoretical research programs: Studies in the growth of theory*, Stanford University Press, 1993, pp. 364-381.

WEST, Candace/ZIMMERMAN, Don H, «Doing gender», *Gender & society*, vol. 1, núm. 2, 1987, pp. 125-151.

WHITTINGTON, Richard/SHUTTLEWORTH, Stewart/HILL, Lynda, «Violence to staff in a general hospital setting», *Journal of advanced nursing*, vol. 24, núm. 2, 1996, pp. 326-333.

WILLER, Robb/ROGALIN, Christabel L./CONLON, Bridget/WOJNOWICZ, Michael T., «Overdoing gender: A test of the masculine overcompensation thesis», *American journal of sociology*, vol. 118, núm. 4, 2013, pp. 980-1022.

8. Anexo

Tabla AI. Correlaciones («cargas») entre las 15 preguntas recodificadas binariamente y la dimensión subyacente extraída por la técnica de análisis de componentes principales para generar un indicador de opiniones/actitudes machistas

PREGUNTAS	CARGAS
1. Las mujeres deben ser queridas y protegidas por los hombres.	0.3027
2. Los hombres deberían estar dispuestos a sacrificar su propio bienestar para dar bienestar económico a sus mujeres.	0.1841
3. Cuando las mujeres tienen hijos, también tienen más demandas familiares y es natural que den menos prioridad al trabajo.	0.2313
4. Los hombres son más aptos para las tareas duras del trabajo que las mujeres.	0.3752
5. A las mujeres se les dan mejor que a los hombres las labores que requieren empatía.	0.1285
6. Los hombres gestionan mejor que las mujeres las situaciones de peligro o conflicto en el trabajo.	0.2973
7. A las mujeres se les valora menos en el trabajo que a los hombres, incluso cuando tienen las mismas calificaciones.	0.2147
8. Los hombres tienen más cargos de responsabilidad porque tienen mayor capacidad de liderazgo o resolución de problemas que las mujeres.	0.1397
9. Muchas mujeres se creen que por el mero hecho de serlo deberían tener ciertos privilegios sobre los hombres en el trabajo.	0.3342
10. Las feministas están realizando demandas totalmente irracionales a los hombres.	0.3944

11. Es bueno que existan hombres y mujeres trabajando juntos, independientemente de las características del servicio.	0.1306
12. Me parece normal que se hagan comentarios con contenido sexual sobre los compañeros de trabajo del sexo opuesto, si es en tono de broma.	0.2504
13. No tiene demasiada importancia si un/a compañero/a se acerca a otro/a con la intención de flirtear, aunque no haya correspondencia manifiesta.	0.2252
14. Hay muchas mujeres que primero se insinúan sexualmente y después rechazan las proposiciones.	0.2760
15. El acoso y la violencia sexual hacia las mujeres resultan problemas frecuentes en el trabajo.	0.1891

Tabla AII. Resultados pormenorizados de las cuatro regresiones logísticas que predicen la probabilidad de las mujeres de ser víctimas de Discriminación laboral, Violencia psicológica no sexual, Violencia psicológica sexual y Violencia física (sexual o no) por parte de varones profesionales

	Discriminación laboral		Violencia psicológica no sexual		Violencia psicológica sexual		Violencia física (sexual o no)	
	O.R	E.E	O.R	E.E	O.R	E.E	O.R	E.E
Indicador de Machismo	0.92	0.0625	0.95	0.0633	0.89*	0.0604	1.09	0.1161
Edad	0.98*	0.0111	0.98*	0.011	0.99	0.0112	0.97	0.0202
En pareja	1.26	0.2326	1.09	0.1978	1.06	0.1942	1.38	0.4632
Personas a cargo	1.16	0.2281	0.88	0.1704	0.98	0.1907	1.12	0.3816
Estudios superiores	0.88	0.2086	0.94	0.2189	1.84***	0.4347	1.20	0.4895
Nacimiento en Cataluña	1.09	0.2843	1.07	0.2751	1.35	0.3507	2.78*	1.7282
Limitaciones	2.34**	0.7814	2.19**	0.7163	2.40***	0.7700	2.17*	0.9029
Más de 5 años de Antigüedad	1.24	0.2649	1.03	0.217	1.06	0.2263	2.60**	1.161
Funcionaria	2.01***	0.3783	1.52**	0.2813	1.53**	0.2852	1.17	0.3934
Permisos/Licencias/Reducciones de Jornada	0.81	0.1791	0.89	0.1939	0.91	0.1993	0.65	0.2672
Tareas de Supervisión	1.30	0.2953	1.24	0.2763	1.38	0.3091	1.53	0.5689
Contacto con hombres PPL	1.92***	0.3435	1.37*	0.2431	2.17***	0.3913	2.97***	1.1548
Constante	1.03	0.6369	2.17	1.3369	0.24**	0.1506	0.01***	0.0174

$\alpha = 0,01 = ***$; $\alpha = 0,05 = **$; $\alpha = 0,1 = *$

Tabla AIII. Resultados pormenorizados de las tres regresiones logísticas que predicen la probabilidad de las mujeres de ser víctimas de Menosprecio laboral, Violencia psicológica, y Violencia física (sexual o no) por parte de usuarios del servicio

	Menosprecio laboral	Violencia psicológica	Violencia física (sexual o no)
--	---------------------	-----------------------	--------------------------------

	O.R	E.E	O.R	E.E	O.R	E.E
Indicador de Machismo	0.89	0.0655	0.91	0.065	1.08	0.1143
Edad	0.92***	0.0117	0.93***	0.0114	0.91***	0.019
En pareja	1.47**	0.2931	1.03	0.197	1.23	0.3981
Personas a cargo	1.15	0.2412	0.88	0.1811	0.81	0.2843
Estudios superiores	1.53*	0.386	1.67**	0.4145	1.31	0.5576
Nacimiento en Cataluña	0.70	0.1966	1.14	0.3168	0.97	0.4695
Limitaciones	1.24	0.3975	1.18	0.3646	2.18*	0.9289
Más de 5 años de Antigüedad	2.24***	0.5346	2.04***	0.4739	1.85	0.7233
Funcionaria	0.80	0.1593	0.91	0.1772	2.17**	0.7399
Permisos/Licencias/Reducciones de Jornada	0.68	0.1636	0.78	0.1804	0.67	0.2844
Tareas de Supervisión	0.69	0.1746	0.67	0.164	1.08	0.4495
Contacto con hombres PPL	3.37***	0.6996	2.78***	0.5526	3.24***	1.2684
Constante	4.76**	3.1553	3.16*	2.0461	0.71	0.7878

$\alpha = 0,01 = ***$; $\alpha = 0,05 = **$; $\alpha = 0,1 = *$

La prueba en los procesos de responsabilidad civil por daños causados por sistemas de inteligencia artificial. Análisis del Derecho vigente y de las propuestas normativas de la UE

Sumario

-

La prueba en los procesos de reclamación de daños causados por la inteligencia artificial puede deparar a los perjudicados dificultades casi insuperables. Consciente de ello, el legislador europeo ha elaborado un conjunto de disposiciones dirigidas a facilitar a los perjudicados el levantamiento de la carga de la prueba. Dichas facilitaciones incluyen el establecimiento de presunciones y el rebajamiento del estándar de prueba. Además, el legislador europeo ha introducido diversos mecanismos de obtención de prueba para paliar el déficit que sobre esta clase de instrumentos padecen la mayoría de ordenamientos nacionales de la Unión Europea. El trabajo analiza dichas facilitaciones probatorias y mecanismos de obtención de prueba criticando sus deficiencias y resaltando sus beneficios respecto de la litigación en materia de IA.

Abstract

-

Claiming damages caused by AI can cause injured parties almost insurmountable evidentiary hardship. Aware of this, the European lawmakers have drawn up a set of provisions aimed at making it easier for injured parties to lift the burden of proof. Such facilitations include establishing presumptions and lowering the standard of proof. Furthermore, the European lawmaker has introduced various devices allowing disclosure of evidence to alleviate the deficit that most national legal systems of the European Union suffer from in this type of mechanisms. The work analyzes these evidentiary facilitations and devices for obtaining evidence, criticizing some deficiencies and highlighting their benefits with respect to AI litigation.

Title: Evidence in civil liability proceedings for damages caused by artificial intelligence systems. Analysis of current law and EU regulatory proposals.

-

Palabras clave: Prueba judicial; Proceso civil; Derecho de daños; responsabilidad por productos defectuosos; Inteligencia Artificial

Keywords: Evidence; Civil Procedure; Tort Law; Product liability; Artificial Intelligence.

-

DOI: 10.31009/InDret.2024.i3.12

3.2024

Recepción

06/05/2024

-

Aceptación

03/06/2024

-

Índice

-

1. Consideraciones introductorias

2. La responsabilidad civil por sistemas y productos que incorporan la IA.

Visión panorámica de los principales aspectos de derecho sustantivo

2.1. El régimen de la responsabilidad por productos en Derecho español vigente

2.2. Principales aspectos de la reforma de la responsabilidad por productos conforme a la Directiva del Parlamento y del Consejo sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (DRPD)

2.3. El régimen de la responsabilidad civil cuando los sistemas de IA no puedan definirse como componentes de un producto o como productos en sí mismos. Breve referencia

3. Facilitaciones probatorias en los procesos de responsabilidad civil por daños causados por el uso de la IA

3.1. Las especiales dificultades probatorias en los procesos relativos a la responsabilidad civil derivada de la IA y los mecanismos que cabe utilizar para mitigarlas (las así llamadas facilitaciones probatorias)

3.2. La inversión de la carga de la prueba

3.3. Las presunciones y el rebajamiento del estándar de prueba en la DRPD y en la PD-REIA

a. Cuestiones preliminares. Las presunciones como mecanismo de facilitación probatoria preferible al de la inversión de la carga de la prueba

b. La presunción del art. 4 PD-REIA sobre el nexo causal entre la culpa del demandado y los resultados producidos por el sistema de IA o la no producción de resultados por parte del sistema de IA

c. Las presunciones del art. 10 DRPD relativas al carácter defectuoso del producto y al nexo causal entre el carácter defectuoso del producto y el daño

c.1. Las presunciones relativas al carácter defectuoso del producto

c.2. Presunción relativas al nexo causal entre el carácter defectuoso del producto y el daño

c.3 Presunción del carácter defectuoso y/o del nexo causal entre el carácter defectuoso del producto y el daño cuando el demandante se enfrente a dificultades probatorias excesiva

4. Exhibición y aseguramiento de prueba en materia responsabilidad por daños derivados del uso de la IA

4.1. Consideraciones generales La cicatería de los ordenamientos jurídicos del ámbito continental europeo en materia de mecanismos de obtención de prueba e investigación de hechos. Los esfuerzos del Derecho de la UE para corregir la situación

4.2. La exhibición y aseguramiento de pruebas en la PD-REIA

a. Aspectos generales. Legitimación activa y pasiva y ámbito objetivo

b. Posibilidad de adoptar medidas prospectivas o de investigación

c. Adopción de las medidas de exhibición. La posibilidad de adoptar las medidas inaudita parte

d. Asunción de los costes de la medida e imposición de caución

e. Protección de la confidencialidad y de los secretos empresariales

f. La negativa a cumplir las órdenes de exhibición: presunción de incumplimiento de un deber de vigilancia y otras posibles consecuencias

4.3. La exhibición de prueba en la DRPD

4.4. Las medidas de aseguramiento de prueba en la PD-REIA

5. Conclusiones

6. Bibliografía

-

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



1. Consideraciones introductorias

Como en otros ámbitos de la vida humana, la IA ha supuesto una revolución sin precedentes en el mundo del Derecho. Una revolución que, por espectacular que en la actualidad pueda parecer, no es sino un tímido anticipo de lo que aún está por llegar en años próximos. No existe ámbito del Derecho que no se haya visto afectado, de modo más o menos intenso, por la irrupción de la IA, aunque, ciertamente, su impacto se prevé particularmente relevante en el ámbito administrativo y en el judicial. Cabe hablar, sin embargo, de un aspecto transversal o común, que afecta a todos los sectores del ordenamiento jurídico y que puede condicionar la mayor o menor expansión de la IA en el futuro o, como mínimo, la mayor o menor rapidez de su implantación. Se trata de la responsabilidad civil por los daños que pudiera generar su uso. El carácter novedoso de la IA unido a ciertas características que le resultan inherentes y de las que habrá ocasión de tratar más adelante, hacen que resulte preciso revisar las normas actualmente vigentes en materia de responsabilidad civil para hacer frente a nuevos problemas, entre los que destacan los relativos a la prueba judicial. El presente trabajo pretende precisamente analizar dichos problemas a la luz del Derecho vigente y de ciertas iniciativas legislativas de la UE aprobadas o cuya aprobación se prevé cercana.

Concretamente, el 13 de marzo de 2024 se ha aprobado por el Parlamento Europeo una Propuesta de Reglamento por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la unión (en adelante LIA), cuya aprobación por el Consejo Europeo se producirá en los próximos meses. Por su parte, a fecha de 12 de marzo de 2024 el Parlamento Europeo ha aprobado una Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, de 28 de octubre de 2022 (en adelante DRPD), también pendiente de su aprobación definitiva por el Consejo Europeo¹. Finalmente, existe una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial (Directiva sobre responsabilidad en materia de IA), de 28 de septiembre de 2022² (en adelante PD-REIA). La DRPD se ocupa ampliamente de cuestiones probatorias y la PD-REIA trata exclusiva e íntegramente sobre prueba. Las instituciones europeas abandonan con estas dos últimas propuestas normativas la pretensión de regular de forma unitaria la responsabilidad civil derivada de daños causados por la IA a través de un reglamento³.

Antes de abordar específicamente las cuestiones relativas a la prueba, sin embargo, es preciso hacer una sumarisíma referencia a los lineamientos básicos del régimen sustantivo de la responsabilidad civil derivada del uso de la IA en la legislación actualmente vigente y en los textos normativos elaborados por la UE.

¹ European Parliament legislative resolution of 12 March 2024 on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on liability for defective products (COM (2022)0495 –C9-0322/2022–2022/0302(COD)). Accesible en:
https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0132_EN.html

² COM (2022) 496 final. 2022/0303 (COD)

³ Sobre la evolución de los planteamientos legislativos en esta materia véase GONZÁLEZ BELUCHE, P., *La adaptación de la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio, en materia de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos a la cuarta revolución industrial*, Cuadernos de Derecho Transnacional (octubre 2023), Vol. 15, Nº 2, pp. 451 ss. Disponible en: <https://doi.org/10.20318/cdt.2023.8065>

2. La responsabilidad civil por sistemas y productos que incorporan la IA. Visión panorámica de los principales aspectos de derecho sustantivo

2.1. El régimen de la responsabilidad por productos en Derecho español vigente

Cuando un sistema de IA se incorpora a un producto, los daños que su uso pudiese generar quedan encuadrados en el ámbito de la responsabilidad por productos defectuosos. Se trata de un régimen de responsabilidad civil específico, resultante de la transposición de la Directiva 85/374/CEE, regulado en el 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), aplicable a los daños causados fundamentalmente por los productores, entendiéndose por tales los fabricantes o importadores del producto (art. 135 TRLGDCU). Pero el texto legal va más allá y somete a este régimen de responsabilidad incluso al proveedor, cuando el productor no pueda ser identificado, a menos que, dentro del plazo de tres meses, indique al dañado o perjudicado la identidad del productor o de quien le hubiera suministrado o facilitado a él dicho producto, regla que asimismo se aplica en el caso de un producto importado, si el producto no indica el nombre del importador, aun cuando se indique el nombre del fabricante (art. 138.2 TRLGDCU). Además, el proveedor del producto defectuoso responderá, como si fuera el productor, cuando haya suministrado el producto a sabiendas de la existencia del defecto (art. 146 TRLGDCU).

Los daños cuyo resarcimiento cabe exigir en virtud de este específico régimen de responsabilidad civil son los daños personales, incluida la muerte, y los daños materiales, siempre que éstos afecten a bienes o servicios objetivamente destinados al uso o consumo privados y en tal concepto hayan sido utilizados principalmente por el perjudicado, con exclusión de los daños derivados de accidentes nucleares (art. 129 TRLGDCU).

Aunque la responsabilidad por productos se encuentre en la actualidad regulada en los arts. 128 a 149 TRLGDCU, relativa a la defensa de los consumidores y usuarios, dichos preceptos se aplican también a personas físicas o jurídicas que carecen de dicha condición, aunque en el caso de los daños causados a los bienes, como sólo se indemnizan los que no sean de uso profesional o empresarial, resultará muy difícil su aplicación a quienes no actúen como consumidores⁴. Los daños corporales y los derivados de la muerte, en todo caso, se indemnizan también mediante este régimen a quienes no ostentan la condición de consumidores. Así lo ha recordado la reciente STS 4609/2023, de 2 de noviembre, donde se afirma que es correcta la aplicación del régimen de responsabilidad por productos defectuosos a los perjuicios derivados de las lesiones sufridas por el titular de un bar con ocasión de la explosión de una botella de cerveza⁵.

⁴ Cfr. ATIENZA NAVARRO, M.L., *¿Una nueva responsabilidad por productos defectuosos? Notas a la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos de 28 de septiembre de 2022 (COM/2022/495)*, InDret, n°2 2023, p. 6. Accesible en <https://indret.com/una-nueva-responsabilidad-por-productos-defectuosos/>

⁵ En la sentencia se lee que, «así, el art. 9.a) de la Directiva 85/374 considera como daños indemnizables “los daños causados por muerte o lesiones corporales”». No exige que la víctima sea un consumidor. Y, de manera coherente con el art. 9 de la Directiva, el art. 10 de la Ley 22/1994 que la incorporó a nuestro ordenamiento interno, al referirse a su «ámbito de protección», expresamente establece, sin más, que: «El régimen de responsabilidad civil previsto en esta Ley comprende los supuestos de muerte y las lesiones corporales». Y en otro momento: «En definitiva, el concepto de consumidor que define el art. 3 TRLGDCU no es aplicable al régimen de responsabilidad por productos defectuosos contenido en el Libro III del mismo texto refundido, que contiene su propia definición del ámbito de aplicación al establecer cuáles son los daños que se indemnizan con arreglo al régimen de responsabilidad que establece, de acuerdo con lo dispuesto en la Directiva 85/374/CEE».

Conforme al art. 136 TRLGDCU a los efectos de la responsabilidad civil se considera producto cualquier bien mueble, aun cuando esté unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble, así como el gas y la electricidad.

La responsabilidad derivada de productos defectuosos es de carácter objetivo, independiente de la culpa, aunque en el art. 140 TRLGDCU se establecen una serie de causas de exoneración a favor del productor, relativas a la no existencia del defecto en el momento de su puesta en circulación, que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto etc.⁶

Aparte del daño causado por productos, los arts. 147 y 148 regulan también la responsabilidad por daños causados por los prestadores de servicios, aspecto relevante para nuestro estudio, ya que afecta a los prestadores de servicios relacionados con la IA. Graba a estos prestadores una pesada carga probatoria, por cuanto el art. 147 TRLGDCU establece que serán responsables de los daños y perjuicios causados a los consumidores y usuarios, salvo que prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio. Además, el art. 148 TRLGDCU endurece el régimen de responsabilidad de los prestatarios al establecer que responderán de los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario. Y considera en todo caso, sometidos a este régimen de responsabilidad los servicios sanitarios⁷, los de reparación y mantenimiento de electrodomésticos, ascensores y vehículos de motor, servicios de rehabilitación y reparación de viviendas, servicios de revisión, instalación o similares de gas y electricidad y los relativos a medios de transporte, fijando la cantidad de 3.005.060,52 euros como límite máximo exigible bajo este régimen de responsabilidad.

⁶ Artículo 140. *Causas de exoneración de la responsabilidad.*

1. *El productor no será responsable si prueba:*

a) *Que no había puesto en circulación el producto.*

b) *Que, dadas las circunstancias del caso, es posible presumir que el defecto no existía en el momento en que se puso en circulación el producto.*

c) *Que el producto no había sido fabricado para la venta o cualquier otra forma de distribución con finalidad económica, ni fabricado, importado, suministrado o distribuido en el marco de una actividad profesional o empresarial.*

d) *Que el defecto se debió a que el producto fue elaborado conforme a normas imperativas existentes.*

e) *Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto.*

2. *El productor de una parte integrante de un producto terminado no será responsable si prueba que el defecto es imputable a la concepción del producto al que ha sido incorporado o a las instrucciones dadas por el fabricante de ese producto.*

3. *En el caso de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, los sujetos responsables, de acuerdo con este capítulo, no podrán invocar la causa de exoneración del apartado 1, letra e).*

⁷ Como recuerda la STS 822/2024, de 19 de febrero, «La doctrina jurisprudencial ha circunscrito los “servicios sanitarios” a los aspectos funcionales de los mismos; es decir, a los organizativos o de prestación, sin alcanzar a los daños imputables directamente a los actos médicos (SSTS 475/2013, de 3 de julio y 446/2019, de 18 de julio, entre otras muchas)».

Obsérvese que, en este caso, a diferencia de la responsabilidad por productos, nos hallamos ante una responsabilidad por culpa, si bien acompañada de la referida inversión de la carga de la prueba. El legislador español, siguiendo las directrices de la Directiva 85/374/CEE, considera a la responsabilidad por productos y a la derivada de daños por la prestación de servicios merecedoras de un tratamiento diferenciado⁸.

Las normas generales relativas a la responsabilidad aquiliana (art. 1902 CC), por supuesto, también amparan, de forma concurrente, a quienes hayan padecido daños causados por un producto que incorpore la IA, aunque, por lo general, el régimen de la responsabilidad por productos les resultará mucho más beneficioso, al estar concebido precisamente para superar la insuficiencia y las dificultades que planteaba a los perjudicados accionar únicamente con fundamento en las normas del Código Civil. En algunos casos, señaladamente cuando se reclamen daños no cubiertos por la Directiva 85/374/CEE o se pretenda accionar contra sujetos diferentes de los previstos en la misma, la demanda deberá fundarse necesariamente en los preceptos del Código Civil relativos a la responsabilidad aquiliana.

Cuando el daño consista en una merma de la utilidad o funcionalidad que, en virtud de cierta relación contractual, el producto de IA debe reportar a quien lo adquiera o use, cabrá reprochar al vendedor o prestador un incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato (arts. 1101 y ss. CC). Estaríamos, entonces, ante una responsabilidad civil de naturaleza contractual, sometida a un régimen jurídico diferente de la aquiliana regulada en el Código Civil y de la relativa a los productos y otros bienes y servicios, a la que acabamos de referirnos. Si el adquirente o prestatario reuniese asimismo la condición de consumidor o usuario, la exacción de responsabilidad contractual se vería, a su vez, favorecida por la específica legislación que ampara a los consumidores y usuarios, a saber, el Libro II (arts. 59 a 127) TRLGDCU.

2.2. Principales aspectos de la reforma de la responsabilidad por productos conforme a la Directiva del Parlamento y del Consejo sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (DRPD)

Tanto la Comisión Europea como la mayor parte de la doctrina parecen coincidir en la urgente necesidad de revisar el régimen de la responsabilidad civil por productos defectuosos con el objeto, entre otros, de adaptarla a los problemas que plantea la irrupción de la IA⁹. A este respecto, MARTÍN CASALS observa que los productos que incorporan sistemas de IA rompen con frecuencia los moldes clásicos de la noción de producto, ya que, una vez puestos en circulación, deben interactuar con otros sistemas, servicios o productos, sin salir completamente del control del fabricante, que debe actualizarlos o introducir nuevos datos. El autor pone asimismo de relieve otras características propias de dichos productos, tales como la vulnerabilidad frente a

⁸ Ver, en este sentido, ATIENZA NAVARRO, M.L., cfr. *¿Una nueva responsabilidad por productos defectuosos? ...cit.* pp. 9-10. Cita en este sentido la STJUE de 10 de junio de 2021 recaída en el caso Krone, relativa a unos daños causados por el seguimiento de un consejo de salud contenido en un periódico, donde no consideró aplicable el régimen de responsabilidad por productos, por mucho que el consejo estuviese incorporado a un bien mueble (periódico).

⁹ En este sentido, por ejemplo, MARTÍN CASALS, M., *Las propuestas de la Unión Europea para regular la responsabilidad civil por los daños causados por sistemas de inteligencia artificial*, InDret, nº 2, 2023, p. 75. Accesible en <https://indret.com/las-propuestas-de-la-union-europea-para-regular-la-responsabilidad-civil-por-los-danos-causados-por-sistemas-de-inteligencia-artificial/>

los ciberataques o el hecho de que el actual régimen de responsabilidad civil por productos no cubre los daños derivados de las intromisiones en los derechos de la personalidad o el daño emocional o moral autónomo a los que pretenden hacer frente las normas sobre IA proyectadas por la UE¹⁰.

Atendiendo a dichas razones y a otras relativas al régimen probatorio a las que se hará referencia más adelante, se ha elaborado la ya referida DRPD, en la que se lleva a cabo una extensa reforma de la Directiva 85/374, 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. Quien desee profundizar en el régimen de la responsabilidad civil derivada de productos que incorporan la IA conforme a la DRPD tienen a su alcance un considerable número de valiosas aportaciones doctrinales¹¹. En las líneas que siguen se van a referir ciertos aspectos básicos en los que la DRPD modifica el régimen de la de la Directiva 85/374, de 25 de julio de 1985, cuya transposición en Derecho español se llevó a cabo mediante los ya comentados arts. 128 a 149 TRLGDCU a los que nos referimos más arriba, haciendo hincapié en aquellos aspectos que tengan relevancia en relación con la IA. Sin suministrar con carácter previo dicho marco de referencia parece difícil afrontar cabalmente las cuestiones probatorias que este trabajo busca abordar como objeto principal.

La primera novedad destacable de la DRPD, muy relevante en materia de IA, es la ampliación del concepto de producto a ciertos bienes intangibles. En efecto, en su art. 4.1 se incluyen en dicho concepto los archivos de fabricación digital (definidos por el art. 4.2 como *versión digital o plantilla digital de un bien mueble que contiene la información funcional necesaria para producir un resultado tangible posibilitando el control automatizado de máquinas o herramientas*)¹² y los

¹⁰ Cfr. *Las propuestas de la Unión Europea...*op.cit., p. 68: « (...) los sistemas de IA, por su carácter abierto, es decir, por la necesidad de que se produzca una entrada continua de datos que capta el propio sistema con sus actuadores o que provienen de otros sistemas y servicios, provoca que los sistemas no estén absolutamente terminados y completos cuando se ponen en circulación o, dicho de otro modo, que no salgan del control del fabricante, lo que produce un cambio importante en la concepción clásica de producto, que considera que su fabricante se desprende de él cuando lo pone en circulación. A ello debe sumarse que esa nueva noción de producto sujeto al cambio permanente suele basarse en una combinación con otros productos y servicios, estando estos últimos fuera de la regulación actual de la Directiva de productos. Por lo tanto, la apertura tiene un impacto considerable en las reglas de responsabilidad civil y, en especial, en un punto de referencia crucial de las reglas actuales sobre responsabilidad por productos defectuosos que es el momento de su puesta en circulación. Otros posibles retos que los expertos añaden a los enumerados, pueden reconducirse a uno o varios de los señalados. Así, por ejemplo, el reto de la vulnerabilidad, principalmente en forma de ciberataques, puede estar relacionado con la interconectividad y con la apertura del sistema de IA. Los retos de la falta de previsibilidad y de la llamada *data-drivenness*, es decir, la necesidad de recopilar y obtener datos de otras fuentes para el correcto funcionamiento del sistema de IA, también pueden estar relacionados con la autonomía y la complejidad o con una combinación de los retos anteriormente mencionados».

¹¹ Por sólo citar las utilizadas para elaborar este trabajo, véase ATIENZA NAVARRO, M.L., *¿Una nueva responsabilidad por productos defectuosos? ...*cit., pp. 1 ss.; MARTÍN CASALS, M., *Las propuestas de la Unión Europea para regular la responsabilidad civil por los daños causados por sistemas de inteligencia artificial...*cit. pp. 55-100; NAVAS NAVARRO, S., *Régimen europeo en ciernes en materia de responsabilidad derivada de los Sistemas de Inteligencia Artificial*, Revista CESCO De Derecho de Consumo, (44), pp. 43-67. Accesible en https://doi.org/10.18239/RCDC_2022.44.3239; APARICIO ARAQUE, B., *Responsabilidad civil derivada de los daños producidos por sistemas de inteligencia artificial*, Centro de Estudios de Consumo, septiembre de 2023. Accesible en <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/por-tematica/responsabilidad-en-derecho-de-consumo>; GONZÁLEZ BELUCHE, P., *La adaptación de la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio, en materia de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos a la cuarta revolución industrial*, Cuadernos de Derecho Transnacional (octubre 2023), Vol. 15, N° 2, pp. 446-488, disponible en: <https://doi.org/10.20318/cdt.2023.8065>.

¹² En el Considerando 14 de la Propuesta se especifica que «los archivos de fabricación digital, que contienen la información funcional necesaria para producir un elemento tangible permitiendo el control automatizado de

programas informáticos, especificándose en el art.2.2 que la DRPD no se aplica al código fuente de los programas informáticos, ni tampoco debe aplicarse la Directiva a los programas informáticos libres y de código abierto (*open systems*) desarrollados fuera del ámbito de una actividad comercial y que se comparten abiertamente. El considerando 13 especifica que la información no debe considerarse un producto y, por lo tanto, DRPD no deben aplicarse al contenido de archivos digitales, como archivos multimedia o libros electrónicos o el código fuente del software, porque es pura información¹³.

La DRPD introduce asimismo el concepto de «servicio conexo», entendiéndose por tal *un servicio digital que está integrado en un producto o interconectado con él, de tal manera que su ausencia impediría al producto realizar una o varias de sus funciones* (art. 4.3 DRPD), por ejemplo, el suministro continuo de datos de tráfico en un sistema de navegación¹⁴. El Considerando 17º de la Propuesta de Directiva advierte que se trata de una excepción al régimen general sobre responsabilidad derivada de la prestación de servicios, que, como se dijo más arriba, se fundamenta en la culpa, mientras que en el caso de los servicios digitales recibe el mismo tratamiento que la responsabilidad por productos, de carácter objetivo¹⁵.

Respecto la noción de producto defectuoso, la DRPD lo define como aquel que no ofrece *la seguridad a que una persona tiene derecho* (art. 7.1), del mismo modo que el art. 7.1 de la Directiva 85/374. Además, añade a las ya previstas por dicho artículo de la directiva vigente, otras cinco circunstancias que deben ponderarse para determinar si concurre o no la esperable seguridad y que pueden resultar de relevancia en materia de IA¹⁶, concretamente:

- El efecto en el producto de la posibilidad de seguir aprendiendo o adquiriendo nuevas características una vez introducida en el mercado o puesta en servicio (letra c) del art. 7.1 DRPD). Se trata, sin duda, de una de las características principales de los sistemas de IA más desarrollados. Como contrapartida, a la capacidad de aprender, a dichos sistemas les resulta connatural la capacidad de errar. Si dicha capacidad se identificase, sin más, como una quiebra de la seguridad esperable, quedarían truncados o seriamente debilitados el progreso técnico y los efectos beneficiosos de la implantación de la IA en numerosos campos de la vida humana. De ahí que, como señala ATIENZA NAVARRO, parece más

máquinas o herramientas, como taladros, tornos, molinos e impresoras 3D, deben considerarse productos, a fin de garantizar la protección de los consumidores en los casos en que esos archivos sean defectuosos».

¹³ Cfr. ATIENZA NAVARRO, M.L., *¿Una nueva responsabilidad por productos defectuosos? ...cit.* p. 9, quien critica la exclusión.

¹⁴ Según el Considerando 17º, «los ejemplos de servicios conexos incluyen el suministro continuo de datos de tráfico en un sistema de navegación, un servicio de control de salud que se basa en los sensores de un producto físico para rastrear el estado físico del usuario o métricas de actividad o salud, un servicio de control de temperatura que monitorea y regula la temperatura de un frigorífico inteligente, o un servicio de asistente de voz que permite uno o más productos a controlar mediante mandos de voz el acceso a Internet». Es muy interesante lo que dicho considerando refiere sobre los servicios de acceso a Internet: «Los servicios de acceso a Internet no deben tratarse como servicios conexos, ya que no pueden considerarse como parte de un producto bajo el control de un fabricante y no sería razonable hacer responsables a los fabricantes de los daños causados por deficiencias en Internet servicios de acceso. Sin embargo, un producto que depende de servicios de acceso a Internet y no mantiene la seguridad en caso de pérdida de conectividad podría considerarse defectuosos según la presente Directiva».

¹⁵ Señala dicho considerando que, «aunque la presente Directiva no debe aplicarse a los servicios como tales, es necesario ampliar la responsabilidad objetiva a tales servicios digitales, ya que determinan la seguridad del producto tanto como los componentes físicos o digitales». Véase al respecto. ATIENZA NAVARRO, M.L., *op.cit.*, p. 9.

¹⁶ Véase al respecto, MARTÍN CASALS, M., *Las propuestas de la Unión Europea para regular la responsabilidad civil por los daños causados por sistemas de inteligencia artificial...cit.*, pp. 84-85.

razonable considerar satisfecho el estándar de seguridad exigible y excluir el defecto cuando la creación de riesgo se situase en una medida aceptable, entendida dicha medida como una reducción considerablemente por debajo de los riesgos que implicaría la realización de la correspondiente actividad por los seres humanos¹⁷.

- El efecto razonablemente previsible sobre el producto de otros productos que quepa esperar que se utilicen junto con el producto, incluyendo aquéllos que se utilicen mediante interconexión (letra d) del art. 7.1 DRPD). Se trata también de una circunstancia relevante en materia de IA para valorar el carácter defectuoso de un cierto producto, pues una de las características más marcadas de dichas tecnologías, como se dijo más arriba, es la interconectividad (robots interconectados, sistemas que reciben datos a través de Internet, dispositivos que intercambian datos etc.)¹⁸. En definitiva, los daños causados por el uso de un producto que incorpora IA pueden haberse originado, en exclusiva o en parte, a causa de la actuación otro producto o servicio con el que ha interactuado (el coche automático que recibe unos datos erróneos a causa de los cuales colisiona, por ejemplo).
- Los requisitos de seguridad del producto, incluidos los requisitos relevantes de ciberseguridad pertinentes para la seguridad (letra f) del art. 7.1 DRPD). También en este caso, a causa de la especial conexión entre los sistemas de IA e Internet, estamos ante un criterio de especial trascendencia a los efectos de este trabajo.
- Cualquier retirada del producto u otra intervención relevante llevada a cabo por una autoridad competente o por un operador económico contemplado en el artículo 8 en relación con la seguridad de los productos (letra g) del art. 6.1 DRPD).
- El uso razonablemente previsible del producto (letra b) del art. 6.1 DRPD).

Además de lo dicho, al criterio ya previsto en la directiva vigente, relativo a la presentación del producto (art. 6.1 a), se le añade el inciso *presentación y características*, incluyendo su etiquetado, diseño, características técnicas, composición y embalaje y las instrucciones para su montaje, instalación y mantenimiento. Tiene especial relevancia lo establecido en la letra e) del referido art.6.1 DRPD, pues sustituye al criterio del momento de la puesta en circulación del producto, previsto en la Directiva vigente, por el del *momento en que el producto fue introducido en el mercado o puesto en servicio o, si el fabricante conserva el control sobre el producto después de ese momento, el momento en que el producto dejó el control del fabricante*.

Esta última circunstancia para valorar la seguridad del producto presenta una especial trascendencia en materia de IA, ya que, casi por definición, los productos que incorporan IA no suelen estar acabados o cerrados y el fabricante sigue actuando sobre ellos, actualizándolos, manteniéndolos o, de diversos modos, ejerciendo sobre ellos cierto control posterior a su introducción en el mercado¹⁹.

¹⁷ Cfr. ATIENZA NAVARRO, M.L., *¿Una nueva responsabilidad por productos defectuosos? ...* cit. pp. 17-18.

¹⁸ *Ibidem* pp. 17 y 19.

¹⁹ Véase al respecto, MARTÍN CASALS, M., *Las propuestas de la Unión Europea para regular la responsabilidad civil por los daños causados por sistemas de inteligencia artificial...cit.*, pp. 84-85.

A efectos del posterior estudio de las cuestiones probatorias, es asimismo relevante la ampliación de sujetos responsables operado por la DRPD, a los que se designa genéricamente como «operadores económicos». Además de los fabricantes, importadores y distribuidores, ya previstos en la Directiva vigente, el art.8 (c) (ii) de la Propuesta añade al representante autorizado del fabricante. También pueden responder bajo el régimen previsto en la Directiva los prestadores de servicios de tramitación de pedidos a distancia (*fulfilment services providers*)²⁰. Además, el art. 8.2 considera fabricante del producto a efectos de su responsabilidad a cualquier persona física o jurídica que modifique sustancialmente un producto fuera del control del fabricante y después lo ponga a disposición en el mercado o en servicio.

Y, en fin, según el art. 8.4, pueden ser también sujetos responsables los proveedores de plataformas en línea que permitan a los consumidores celebrar contratos a distancia con comerciantes y que no sean fabricantes, importadores o distribuidores, siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el art. 6.3 del Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales)²¹.

La DRPD no cambia el criterio respecto de los casos de responsabilidad múltiple de operadores económicos, y establece en su art. 12, como el vigente art. 5 de la Directiva vigente, que cuando dos o más operadores económicos sean responsables de los mismos daños podrán ser considerados responsables conjunta y solidariamente, sin perjuicios de lo dispuesto en las legislaciones de los Estados miembros en lo relativo al derecho de repetición (*without prejudice to national law concerning rights of contribution or recourse*).

Respecto de las causas de exoneración de la responsabilidad objetiva establecida en la directiva, el art. 11.2 DRPD presenta una importante novedad respecto de las causas de exoneración establecidas en el art.7 de la Directiva vigente y en el art. 140 TRLGDCU, a los que nos referimos páginas atrás. Se trata de una excepción a la causa prevista en el apartado 1, letra c),

²⁰ Definidos en el art. 4.13 como toda persona física o jurídica establecida en la Unión que haya recibido un mandato por escrito de un fabricante para actuar en nombre de este en tareas específicas; y el prestador de servicios de tramitación de pedidos a distancia, definido en el art. 4.14 como toda persona física o jurídica que ofrezca, en el transcurso de su actividad comercial, al menos dos de los siguientes servicios: almacenar, embalar, dirigir y despachar un producto, sin tener la propiedad del producto en cuestión, con la excepción de los servicios postales, tal como se definen en el artículo 2, apartado 1, de la Directiva 97/67/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, los servicios de paquetería, tal como se definen en el artículo 2, apartado 2, del Reglamento (UE) 2018/644 del Parlamento Europeo y del Consejo, y cualquier otro servicio postal o servicio de transporte de mercancías.

²¹ Dicho precepto define una plataforma en línea como un servicio de alojamiento de datos que, a petición de un destinatario del servicio, almacena y difunde información al público, salvo que esa actividad sea una característica menor y puramente auxiliar de otro servicio o una funcionalidad menor del servicio principal y que no pueda utilizarse sin ese otro servicio por razones objetivas y técnicas, y que la integración de la característica o funcionalidad en el otro servicio no sea un medio para eludir la aplicabilidad del presente Reglamento. Como señala el Considerando 38º de la DRPD «cuando las plataformas en línea desempeñan un mero papel de intermediario en la venta de productos entre comerciantes y consumidores, están cubiertas por una exención de responsabilidad condicional en virtud del Reglamento sobre servicios digitales. Sin embargo, el Reglamento sobre servicios digitales establece que las plataformas en línea que permiten a los consumidores celebrar contratos a distancia con comerciantes no están exentas de responsabilidad en virtud de la legislación sobre protección de los consumidores cuando presentan el producto o permiten de otro modo la transacción específica en cuestión de manera que llevaría a un consumidor medio a creer que el producto es suministrado por la propia plataforma en línea o por un comerciante que actúa bajo su autoridad o control».

consistente en que sea *probable que el defecto que causó el daño no existiera cuando el producto fue introducido en el mercado, puesto en servicio o, en el caso de un distribuidor, comercializado, o que este defecto se produjo después de ese momento*. La excepción introducida por el art. 11.2 DRPD estriba en que, no obstante lo dispuesto en el apartado 1, letra c), *un operador económico no estará exento de responsabilidad cuando el defecto del producto se deba a alguna de las causas siguientes, siempre que esté bajo el control del fabricante: a) un servicio conexo; b) programas informáticos, incluidas las actualizaciones o mejoras de programas informáticos; o c) la falta de actualizaciones o mejoras de los programas informáticos necesarias para mantener la seguridad; d) una modificación sustancial del producto*

ATIENZA NAVARRO señala a este respecto que «comoquiera que las tecnologías digitales permiten a los fabricantes ejercer el control más allá de ese momento de la introducción del producto en el mercado o de su puesta en servicio, se excluye la posibilidad de que se liberen cuando el defecto aparezca después y sea debido a servicios conexos o programas informáticos que estén bajo su control, ya sea en forma de mejoras o actualizaciones o de algoritmos de aprendizaje automático (art. 10.2.a) y b)»²². La autora destaca también que en este ámbito son especialmente importantes las vulnerabilidades que presentan las nuevas tecnologías en materia de ciberseguridad, de manera que, cuando el productor o el suministrador deban proporcionar actualizaciones o mejoras en los programas informáticos para proteger dicha seguridad, si no lo hacen, incurrirán en responsabilidad²³.

Como se ve, en la DRPD se prescinde de la expresión «puesta en circulación del producto» utilizada en la Directiva vigente y, en su lugar, aparece otra terminología que pretende expresar matices distintos y se utiliza en lugares diferentes del texto, distinguiendo el momento de la puesta en el mercado («*placing on the market*» o «introducción en el mercado»), el momento de puesta en uso («*putting into service*» o «poner en servicio»), el momento en que un producto está disponible («*making available on the market*» o «comercialización») y el momento en que éste sale de la esfera de control del productor («*manufacturer's control*» o «control del fabricante») ²⁴.

La letra e) del art. 11.1 DRPD conserva la denominada cláusula de exoneración por riesgos de desarrollo, que libera al fabricante de responsabilidad cuando el estado objetivo de los conocimientos científicos y técnicos en el momento en que el producto fue introducido en el mercado, puesto en servicio o en el período en el que el producto estaba bajo el control del fabricante no permitía descubrir el carácter defectuoso²⁵. La exoneración, lejos de relajarse, queda reforzada en la DRPD, en la medida en que desaparece la facultad que la Directiva vigente concede a los Estados miembros de prohibir la aplicación de dicha cláusula de exoneración en ámbitos particulares, como es, en la actualidad, el caso de España, donde el art. 140.3 TRLGDCU excluye su oponibilidad en el ámbito de los medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano. De este modo, se uniformiza el régimen de la responsabilidad por productos en todo el ámbito de la UE²⁶.

²² *¿Una nueva responsabilidad por productos defectuosos? ...cit.*, p. 42.

²³ *¿Una nueva responsabilidad por productos defectuosos? ...cit.*, p. 42.

²⁴ Cfr. NAVAS NAVARRO, S., *Régimen europeo en ciernes en materia de responsabilidad derivada de los Sistemas de Inteligencia Artificial...cit.*, pp. 59-60, donde explica el significado de dicha terminología.

²⁵ Sobre el intenso debate doctrinal justificando o criticando esta cláusula de exoneración, véase ATIENZA NAVARRO, M.L. *¿Una nueva responsabilidad por productos defectuosos? ...cit.*, pp. 43 ss.

²⁶ Al respecto, véase MARTIN CASALS, *Las propuestas de la Unión Europea...cit.*, pp. 88-89; y ATIENZA NAVARRO M.L., *op.cit.*, p. 45. El primero de los autores critica que la causa de exoneración afecte sólo al fabricante, y no al

2.3. El régimen de la responsabilidad civil cuando los sistemas de IA no puedan definirse como componentes de un producto o como productos en sí mismos. Breve referencia

Cuando un sistema de IA cause daños y dicho sistema no pueda definirse como componente de un producto o como producto en sí mismo considerado, el Derecho español no prevé un régimen específico de responsabilidad civil. En lo que se refiere concretamente a la responsabilidad extracontractual, habrá que estar a la reglamentación general contenida en los arts. 1902 y ss. CC y a la jurisprudencia que la interpreta.

Por lo que al Derecho de la UE se refiere, la PD-REIA no impone un régimen de responsabilidad civil concreto, sino que se limita a introducir los mecanismos de facilitación probatoria que posteriormente analizaremos para los casos en los que se ejerciten pretensiones resarcitorias que, según el Derecho de los Estados, deban regirse por el sistema de responsabilidad por culpa.

El texto de la LIA aprobado por el Consejo tampoco introduce disposiciones concretas sobre responsabilidad civil. Impone, ciertamente, un gran número de obligaciones a los así llamados «operadores» de sistemas de IA, expresión que incluye una gran variedad de sujetos: proveedores, distribuidores e importadores de sistemas de IA, responsables del despliegue de sistemas de IA, fabricantes de productos que introduzcan en el mercado o pongan en servicio un sistema de IA junto con su producto y con su propio nombre o marca; y representantes autorizados de los proveedores de sistemas o modelos de IA.

La infracción de dichas obligaciones puede tener la consideración de incumplimiento de un deber de diligencia y su demostración podrá desencadenar una presunción judicial prevista en el art. 4.1.a) PD-REIA. La LIA, sin embargo, se limita a regular la supervisión gubernamental de la actividad de dichos operadores y a imponerles el consabido régimen sancionatorio administrativo (arts. 99 y ss.) por la transgresión de aquellas obligaciones.

Como se verá, para acreditar que no concurre la infracción de un deber de conducta establecido por el Derecho nacional o de la UE, puede resultar de cierta utilidad al demandado acudir a los diferentes preceptos de la LIA que establecen presunciones de cumplimiento de las obligaciones y requisitos que graban a los operadores de IA cuando éstos logran acreditar la conformidad de sus sistemas o modelos de IA con normas armonizadas cuyas referencias estén publicadas en el Diario Oficial de la Unión Europea o especificaciones comunes dictadas por la Comisión Europea (arts. 40, 41.3, 42.1 y 2 LIA) o demuestran que se han ajustado a ciertos códigos de conducta o de buenas prácticas (arts. 53.4 y 55.2 LIA en relación con los arts. 56 y 95 LIA). Existe, sin embargo, una constante jurisprudencia del TS afirmando que la observancia de las normas administrativas no exime de responsabilidad civil²⁷.

resto de los operadores económicos, así como el hecho de que la propuesta de directiva no redefina los presupuestos para acogerse a la causa de exoneración, al resultar la información científica y técnica más accesible que cuando se redactó la Directiva actualmente vigente.

²⁷ En este sentido, la STS 3807/1997, de 30 de mayo de 1997, reiterando su doctrina, afirmó que «en definitiva la licencia (...) acredita que el titular está en regla con la administración, como tuteladora de los intereses generales, y le pone a salvo de una reacción administrativa por su actividad (sanción o cierre), pero no resuelve las cuestiones que atañen a la propiedad privada y a su protección, por lo que el particular perjudicado conserva sus acciones civiles contra quien le perjudique, en el terreno estrictamente privado, tenga éste licencia administrativa o no, (S.T.S. citadas 3 de Diciembre de 1987, 16 de enero de 1989, etc.) puesto que el acatamiento y observancia de las normas administrativas no colocan al obligado al abrigo de la correspondiente acción civil de los perjudicados o interesados en orden a sus derechos subjetivos lesionados (STS 16 de enero de 1989)».

3. Facilitaciones probatorias en los procesos de responsabilidad civil por daños causados por el uso de la IA

3.1. Las especiales dificultades probatorias en los procesos relativos a la responsabilidad civil derivada de la IA y los mecanismos que cabe utilizar para mitigarlas (las así llamadas facilitaciones probatorias)

La implantación de la IA se encuentra aún en un estadio incipiente y el grado de litigiosidad en relación con los daños causados por su uso es aún muy modesto. Sin embargo, a medida que su uso vaya generalizándose es previsible que la litigiosidad en este ámbito vaya en aumento y que quienes ejerciten las correspondientes pretensiones indemnizatorias vayan a encontrar singulares dificultades relacionadas con la prueba. Así al menos parece augurarlo el hecho de que una de las primeras iniciativas legislativas en materia de IA impulsadas por la Unión Europea, la ya referida PD-REIA, tenga por objeto con carácter exclusivo precisamente facilitar la prueba a quien reclame una indemnización por daños derivados del uso de la IA, cuando la responsabilidad, según el Derecho del correspondiente Estado miembro, se base en la culpa del causante de los daños, y que la DRPD, donde rige el criterio de responsabilidad objetiva, contenga asimismo numerosas disposiciones probatorias. Concretamente, en el art. 9 DRPD se prevé una serie de reglas relativas a la exhibición de pruebas y el art. 10 del mismo texto contiene otras reglas en relación con la carga de la prueba.

En el fondo de las normas proyectadas por la Comisión late la preocupación, por una parte, de no frustrar la implantación de la IA en los diversos ámbitos de la vida humana, lo que llevaría a la pérdida de preciosas oportunidades de progreso y modernización, situando la UE en la cola de la vertiginosa carrera mundial en este ámbito; y por otra parte, la Comisión pretende hacer frente a las formidables dificultades con las que puede topar quien se vea perjudicado por el uso de la IA, que, aparte de una fuente de oportunidades, implica asimismo un enorme potencial de riesgos y amenazas. Se trata, como se ve, de hacer frente a un delicado equilibrio, de difícil o casi imposible consecución.

Con carácter general, cabe referir una serie de circunstancias que hacen previsible las singulares dificultades en materia de prueba a las que he aludido. Como señala la Exposición de Motivos de la PD-REIA, «las características específicas de la IA, incluidas su complejidad, su autonomía y su opacidad (el denominado efecto de «caja negra»), pueden dificultar o hacer excesivamente costoso para las víctimas determinar cuál es la persona responsable y probar que se cumplen los requisitos para una demanda de responsabilidad civil admisible». MARTÍN CASALS señala a este respecto que «la autonomía, una de las características que en mayor o menor medida tienen los sistemas de IA, supone un reto para las reglas de responsabilidad existentes, entre otras razones, porque cuando causan un daño puede resultar difícil determinar a quién puede atribuirse su autoría. El carácter opaco de tales sistemas, es decir, la dificultad de comprender y explicar cómo han tomado sus decisiones, por las propias características de la tecnología que utilizan, como sucede en el caso de algunos métodos de aprendizaje profundo (*deep learning*), también dificulta de modo especial la prueba no solo de la culpa sino también de la relación de causalidad»²⁸. Y como también se ha advertido, el hecho de que los productos y sistemas de IA, una vez introducidos en el mercado, resulten susceptibles de ser modificados

²⁸ Cfr. MARTÍN CASALS, M., *Las propuestas de la Unión Europea para regular la responsabilidad civil por los daños causados por sistemas de inteligencia artificial...cit.*, p. 67.

por diferentes sujetos o por sus funcionalidades, implica dificultades respecto de la prueba del carácter defectuoso o de la relación de causalidad entre el defecto y el daño²⁹.

La interconectividad es otra de las características distintivas de los productos que incorporan sistemas de inteligencia artificial, de gran relevancia en el campo probatorio. Con mucha frecuencia se trata de sistemas que interactúan con otros, lo que puede acarrear al perjudicado serias dificultades para identificar y probar quién debe responder de los daños. Pensemos, poniendo un clarificador ejemplo extraído de un estudio encargado por la Unión Europea³⁰, en el caso del sensor de un vehículo autónomo que, al funcionar incorrectamente, causa daños. A la víctima le puede resultar difícil saber si el sensor no funcionó debido a un mal funcionamiento interno (p. ej., instalación defectuosa de la cámara, que da lugar a una vista parcial de la vía pública), o si, por el contrario, no funcionó por otras razones (como, por ejemplo, la falta de conectividad, que otro sujeto -el proveedor de la red - se suponía que debía asegurar).

Por poner otro ejemplo muy ilustrativo, extraído también del estudio antes referido³¹: los vehículos autónomos con un alto grado de automatización están destinados a combinar vehículos autónomos y modos de conducción tradicionales, de modo que el automóvil podría incluso requerir que el piloto humano retome el control en ciertas circunstancias, incluyendo los posibles fallos del sistema. Incluso si el consumidor logra demostrar que algún elemento del automóvil (por ejemplo, sus sensores) padecían algún defecto, puede ser discutible si el accidente fue causado por un fallo del sistema, o más bien por la incapacidad del conductor de recuperar el control cuando así se precisaba. Lo más probable es que el productor sostenga que el fallo de un elemento específico del coche no era en sí mismo un defecto, porque el coche estaba programado para adaptarse a dicho funcionamiento incorrecto desactivando el modo de conducción autónoma y que, en cualquier caso, no era el mal funcionamiento original lo que causó el daño, sino más bien la forma en que el conductor respondió ante la situación. En suma: la víctima puede sufrir serias dificultades para acreditar los elementos constitutivos de su demanda en el contexto de situaciones complejas, en las que tiene lugar una interacción de múltiples elementos susceptibles de influir y de configurar alternativamente el nexo causal.

El elevado coste de la prueba pericial que puede implicar probar los presupuestos de la responsabilidad civil en materia de IA constituye otra de las dificultades prácticas a las que puede tener que enfrentarse el perjudicado, sobre todo si es un simple usuario, que interponga demanda contra empresas que manejan tecnologías de vanguardia, accesibles a un reducido número de expertos³².

²⁹ En sentido, GONZÁLEZ BELUCHE, P., *La adaptación de la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio, en materia de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos...*cit., p. 476.

³⁰ Cfr. BERTOLINI, A., *Artificial intelligence and civil liability* (estudio encargado por la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo), julio 2020, disponible en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/621926/IPOL_STU\(2020\)621926_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/621926/IPOL_STU(2020)621926_EN.pdf), p. 58. Citado también por ATIENZA NAVARRO, M.L., *¿Una nueva responsabilidad ...*cit., p. 30. Al respecto, véase también MARTÍN CASALS, M., *Las propuestas de la Unión Europea para regular la responsabilidad civil por los daños causados por sistemas de inteligencia artificial...*cit., p. 67.

³¹ Ejemplo propuesto el documento *Artificial intelligence and civil liability* (estudio encargado por la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo), op.cit., p. 58. Al respecto, véase también MARTÍN CASALS, M., *Las propuestas de la Unión Europea para regular la responsabilidad civil por los daños causados por sistemas de inteligencia artificial...*cit., p. 67.

³² Véase, en este sentido, ATIENZA NAVARRO, M.L., *¿Una nueva responsabilidad ...*cit., p. 30.

Como se puede comprobar, el tratamiento y desarrollo de los posibles mecanismos destinados a facilitar la compleja prueba del perjudicado (agrupados bajo la común denominación de *Beweiserleichterungen*) cobra en el ámbito de la IA una especial trascendencia³³. Más en concreto, los mecanismos de los que, con carácter general, cabe echar mano para aliviar las dificultades probatorias del perjudicado de los que el legislador podría echar mano para aliviar las dificultades probatorias en materia de daños derivados del uso de la IA son fundamentalmente los siguientes:

- Introducir sistemas de responsabilidad objetiva, de manera que la culpa resulte completamente irrelevante para fundar la pretensión o para desvirtuarla. Como se puede comprobar, más que un mecanismo de facilitación probatoria, es decir, dirigido a superar dificultades probatorias, se trata de un instrumento de Derecho sustantivo encaminado pura y llanamente a eliminarlas.
- Alterar las reglas relativas a la distribución de la carga probatoria, de suerte que la ausencia de culpa o nexo causal entre la conducta culposa y el daño hayan de ser aprobadas por el demandado para provocar el rechazo de la pretensión actora.
- Mantener inalterada la distribución del riesgo de incerteza o carga probatoria y abstenerse de introducir normas que operen su desplazamiento o inversión al demandado, pero estableciendo mediante ley presunciones de hechos, de modo que la culpa o el nexo causal dejarían de ser, como tales, objeto de prueba, que pasaría a recaer en otros hechos cuya demostración resultaría mucho más llevadera para el actor y de los cuales se inferiría *-ope legis-* la concurrencia de aquellas culpa y relación de causalidad.
- Rebajar o disminuir el grado de certeza que la prueba debe suministrar al Juez para tener por fijados los hechos y subsumirlos en las normas jurídicas correspondientes, situándolo en un nivel de probabilidad cualificada o preponderante (*überwiegende Wahrscheinlichkeit, Überwiegensprinzip*), lo que implicaría renunciar al tradicional estándar de certeza moral rayana en la plena convicción subjetiva o excluyente de toda duda razonable (*beyond any reasonable doubt, volle subjektive Überzeugung*), estándar cuya legalidad y conveniencia es, por lo demás, considerablemente controvertido. Es lo que en la doctrina alemana se conoce con el nombre de *Beweismaßreduzierung* o *Beweismaßsenkung*.
- La combinación de algunos de los mecanismos antes referidos, señaladamente estableciendo una inversión de la carga de la prueba o una presunción legal condicionada a la aportación de indicios que, sin necesidad de arrojar la certeza exigible para tener por ciertos los hechos, sugieran o apunten a la probabilidad de su producción. Se trata de una técnica empleada profusamente en el Derecho antidiscriminatorio importada por la legislación de la UE de la jurisprudencia norteamericana³⁴.

³³ Quien desee obtener una perspectiva global del cuadro general de posibles facilidades probatorias al perjudicado y de su operatividad y oportunidad puede resultar muy útil el trabajo de PRÜTTING, *Beweiserleichterungen für den Geschädigten. Möglichkeit und Grenzen*. Ponencia presentada y debatida en el Karlsruhe Forum y publicada en un número especial de la revista *Versicherungsrecht*, 1989, pp. 3 y ss. Al respecto, véase también ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

³⁴ Se ha ocupado profusamente de esta cuestión ORMAZABAL SÁNCHEZ, G. en *Discriminación y carga de la prueba en el proceso civil*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2011; *La adaptación del Derecho procesal español a las directivas antidiscriminatorias de la UE. Especial atención a la distribución de la carga de la prueba*. En AAVV, *Adaptación del derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales*. AAVV, (JIMÉNEZ CONDE,

En las páginas que siguen, se analizará qué mecanismos de facilitación probatoria de los ahora referidos se contemplan tanto en Derecho español como europeo vigente, así como en la DRPD y en la PD-REIA.

3.2. La inversión de la carga de la prueba

Como habrá oportunidad de comprobar, el Derecho europeo echa mano preferentemente del mecanismo de las presunciones a la hora de facilitar la prueba al perjudicado. Sólo existe un caso en el que, a mi juicio, cabe hablar de una verdadera y propia inversión de la carga de la prueba. Se trata de la responsabilidad por los daños causados con ocasión de la prestación de servicios. En efecto, el art. 147 TRLGDCU dispone que *los prestadores de servicios serán responsables de los daños y perjuicios causados a los consumidores y usuarios, salvo que prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio*. Se trata, como se ve, de una inversión de la carga de la prueba referida a la culpa. Como se dijo más arriba, a diferencia de la responsabilidad por productos, en la que al perjudicado le basta acreditar el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos (art. 139 TRLGDCU), el régimen de responsabilidad por los daños causado con ocasión de la prestación de servicios es de carácter subjetivo o por culpa. Y para mitigar las dificultades probatorias que implicaría atribuir al perjudicado la carga de acreditar la falta de diligencia, el legislador endilga al prestador del servicio el riesgo procesal de que, practicada la prueba, no haya quedado clarificado si concurrió o no dicha culpa.

A diferencia de lo que sostuve en otra ocasión, ahora soy del parecer que lo dispuesto en el art. 140 TRLGDCU, mediante el que se transpuso el art. 7 de Directiva 85/374, no entraña inversión alguna de la carga de la prueba. Circunstancias como la inexistencia del defecto en el momento en el que el producto se puso en circulación, el hecho de no haberse puesto en circulación el producto o no haberse fabricado para la venta etc. son hechos claramente impositivos y no constitutivos, que se contraen, estos últimos, al defecto, al daño y a la relación de causalidad entre ambos. En el caso de las circunstancias del art. 140 TRLGDCU estamos, en efecto, ante hechos que impiden el nacimiento de la consecuencia jurídica derivada de los hechos constitutivos, y, por lo tanto, la carga de probarlos recae naturalmente sobre el demandado, sin necesidad de introducir inversión alguna de la carga de la prueba.

En el caso de los servicios digitales relacionados con productos que incorporan la IA, la DRPD, como se vio, se refiere al concepto de «servicio conexo», entendiendo por tal *un servicio digital que está integrado en un producto o interconectado con él, de tal manera que su ausencia impediría al producto realizar una o varias de sus funciones* (art. 4.3 DRPD), por ejemplo, el suministro continuo de datos de tráfico en un sistema de navegación. Como también se vio, el texto introduce una excepción al régimen general sobre responsabilidad derivada de la prestación de servicios, basada en la culpa, y le otorga el mismo tratamiento que a la responsabilidad por productos, que es de carácter objetivo⁵⁵. Los prestadores de dichos servicios, por lo tanto,

coords. FUENTES SORIANO/ GONZÁLEZ CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 163-188; y *Beweislastregeln im Anti-Diskriminierungsrecht*, en *Non-Discrimination in European Private Law*, AAVV, editado por SCHULZE, Editorial Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, pp. 131-155.

⁵⁵ El Considerando 17º de la Propuesta señala que «aunque la presente Directiva no debe aplicarse a los servicios como tales, es necesario ampliar la responsabilidad objetiva a tales servicios digitales, ya que determinan la seguridad del producto tanto como los componentes físicos o digitales».

responderán con independencia de la culpa, de modo que no les afecta la inversión de la carga de la prueba prevista en el art. 140 TRLGDCU y no podrán liberarse de responsabilidad alegando y probando que actuaron diligentemente.

3.3. Las presunciones y el rebajamiento del estándar de prueba en la DRPD y en la PD-REIA

a. Cuestiones preliminares. Las presunciones como mecanismo de facilitación probatoria preferible al de la inversión de la carga de la prueba

Es de sobra conocido el mecanismo a través del que opera una presunción legal: a partir de un hecho fijado como cierto (el denominado hecho base o indicio) mediante prueba, admisión de hechos o notoriedad, se lleva a cabo una inferencia lógica que permite deducir otro hecho (el denominado hecho presunto). Las presunciones constituyen un mecanismo de fijación de hechos diferente de la prueba en sentido estricto y no entrañan inversión alguna de la carga de la prueba, sino que arrojan sobre el litigante perjudicado por la presunción la carga de aportar prueba para evitar la fijación como cierto del hecho presunto³⁶. Eso es, en definitiva, lo que dispone la ley cuando señala en el art. 385 LEC que las presunciones establecidas por el legislador dispensan de la prueba del hecho presunto a la parte a la que este hecho favorezca, y que tales presunciones sólo pueden entrar en juego cuando la certeza del hecho indicio del que parte la presunción haya quedado establecida mediante admisión o prueba.

Como se dijo, una presunción legal ni invierte ni altera la distribución de la carga de la prueba tal como ésta resulta de aplicar las reglas del art. 217 LEC. Si un hecho está favorecido por una presunción, no es que la carga de probarlo pase a gravar al litigante contrario, sino que ese hecho queda fijado mediante dicha presunción. Es decir, la carga de la prueba no se altera, sino que el hecho queda fijado como cierto. La consecuencia es que el litigante contrario queda gravado con la carga de desvirtuar la certeza del hecho presunto.

Si para facilitar la prueba sobre un hecho la ley, en vez de una presunción, establece una verdadera inversión de la carga de la prueba, el litigante perjudicado por dicha inversión se encontraría en una situación mucho más desventajosa que el perjudicado por la presunción legal o judicial. En el primer caso, para levantar la carga probatoria que le sobreviene, dicho litigante se vería obligado a probar con certeza plena que no existe el hecho afectado por la inversión de la carga de la prueba. Tratándose de una presunción, sin embargo, aparte de

³⁶ En este sentido, por citar sólo la más reciente jurisprudencia, véase la STS 1289/2024, de 14 de marzo, donde se lee que, «como recuerda la sentencia 366/2022, de 4 de mayo, las presunciones judiciales del art. 386 LEC no suponen una inversión de la carga de la prueba, ni entran en contradicción con las normas que atribuyen las consecuencias de la falta de prueba. Lo que comportan y determinan esas presunciones es la aplicación de la regla de la dispensa de prueba del hecho presunto por la certeza que alcanza el tribunal sobre ese hecho, a la vista del hecho admitido o probado y del enlace preciso y directo entre uno y otro, según las reglas de la sana crítica». En el mismo sentido, en la STS 1287/2024, de 14 de marzo, se lee que «solo se infringe el art. 217 LEC si la sentencia adopta un pronunciamiento sobre la base de que no se ha probado un hecho relevante para la decisión del litigio, y atribuye las consecuencias de la falta de prueba a la parte a la que no le correspondía la carga de la prueba según las reglas establecidas en el art. 217 LEC y desarrolladas por la jurisprudencia (por todas, sentencias 244/2013, de 18 de abril, y 484/2018, de 11 de septiembre), que no es el presente caso. La sentencia recurrida no ha hecho recaer en la parte demandada las consecuencias de la falta de prueba sobre la existencia y la cuantificación del daño. Lo que hace la Audiencia Provincial, mediante el uso de las presunciones judiciales y de sus facultades de estimación judicial del daño, a las que nos referiremos al resolver el recurso de casación, es llegar a una conclusión que no tiene que ver con la carga de la prueba».

aportar prueba que desvirtúe la certeza del hecho base o indicio, aquel litigante podría intentar también, como permite el art. 385.2 LEC antes transcrito, demostrar que no existe, en el caso de que se trate, el enlace que ha de existir entre el hecho que se presume y el hecho probado o admitido que fundamenta la presunción, lo que le proporciona mayor facilidad para zafarse de la presunción y evitar que opere en su contra.

Como se ha dicho, invertir la carga de la prueba implica usar el mecanismo probatorio más drástico o traumático para subvenir las dificultades probatorias de quien interpone demanda en materia de responsabilidad civil³⁷. El perjudicado por la inversión puede verse, en muchos supuestos, en igual o aún peor situación probatoria que el beneficiado por dicha inversión. Este modo de proceder, sin embargo, puede estar justificado en atención a las circunstancias concurrentes y corresponde al legislador escoger los casos en que puede resultar razonable, después de ponderar la situación general de ambos sujetos y considerar la mayor facilidad para acceder a las fuentes de prueba necesarias para arrojar luz sobre los hechos, la posibilidad ordinaria de hacer frente a las indemnizaciones sin desaparecer del mercado, la obligación de poseer un aseguramiento obligatorio frente a los daños etc. Se trata, en definitiva, de una cuestión de reparto o asignación de riesgos sociales, que corresponde a quien tiene conferido el poder y el cometido de representar a la sociedad y resolver los conflictos de intereses que surjan en su seno, es decir, al legislador.

En cualquier caso, que invertir la carga probatoria pueda resultar una solución muy bien fundada en ciertos supuestos, no impide que se configure como una suerte de *ultima ratio*, o remedio extremo del que sólo es razonable echar mano cuando se considera que sólo así cabe subvenir serias dificultades probatorias. Parece que el legislador europeo comparte este criterio y se ha decantado de modo muy especial por la utilización de mecanismos presuntivos para facilitar el levantamiento de la carga de la prueba a los perjudicados por productos y sistemas de IA.

b. La presunción del art. 4 PD-REIA sobre el nexo causal entre la culpa del demandado y los resultados producidos por el sistema de IA o la no producción de resultados por parte del sistema de IA

La presunción establecida en el art. 4 PD-REIA se aplica a las demandas de responsabilidad civil extracontractual subjetiva (basada en la culpa) interpuestas ante tribunales nacionales por daños y perjuicios causados por sistemas de IA (art. 1.1 PD-REIA). Por «demanda de daños y perjuicios» el art. 2.5) la Propuesta entiende una *demanda por los daños y perjuicios causados por una información de salida de un sistema de IA o por la no producción por parte de dicho sistema que habría de haber producido*.

El art. 4 PD-REIA introduce una compleja presunción que, como se verá, opera de modo diferente en función de que se trate o no de un sistema de IA de alto riesgo³⁸. La LIA no aporta una definición concreta y cerrada de «sistema de alto riesgo», sino que, en el apartado 1º de su

³⁷ Cfr. ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 137 ss.

³⁸ Respecto de la noción de «sistema de alto riesgo» el art.2.2) PD-REIA se remite a otro texto prelegislativo, a saber, la Propuesta de Reglamento del parlamento europeo y del consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la unión, de 21 de abril de 2021, a la que en adelante me referiré como Propuesta de Ley de Inteligencia artificial (LIA) COM (2021) 206 final. 2021/0106 (COD).

art.6 establece un par de condiciones que debe reunir un sistema para ser catalogado de dicho modo. Resumidamente, la primera es que el sistema esté destinado para ser utilizado como componente de seguridad de uno de los productos relacionados en el Anexo II de la propuesta o que sea uno de dichos productos; y que deba someterse a una evaluación de la conformidad realizada por un organismo independiente para su introducción en el mercado o puesta en servicio³⁹. Además, también se considerarán de alto riesgo los sistemas de IA que figuran en el anexo III. Los arts. 8-15 LIA establecen los requisitos que deben reunir dichos sistemas y los arts. 16-29 las obligaciones que deben cumplir los proveedores y usuarios de sistema de IA de alto riesgo y de otras partes.

La presunción que nos ocupa opera sobre el nexo causal entre la culpa del demandado y los resultados producidos por el sistema de IA o la no producción de resultados por parte del sistema de IA y, en Derecho español, sería susceptible de ser refutada o enervada por el demandado si prueba que, en el caso concreto, no existe el enlace abstracto previsto por la ley entre el hecho indiciario y el hecho presunto (cfr. art. 385.2 LEC).

Para entender mejor la presunción es preciso descomponer los presupuestos en que se funda la responsabilidad por productos que incorporan la IA en 5 elementos sobre los que, en la actualidad recae la carga de la prueba que debe soportar el perjudicado que interpone demanda:

- (1) La infracción de un deber de diligencia establecida por el Derecho nacional o de la UE (la culpa)⁴⁰;
- (2) La producción de ciertos resultados o la no producción de ciertos resultados por parte del sistema de IA;
- (3) La relación de causalidad entre la culpa y la producción o no producción de dichos resultados;
- (4) La existencia de daños;
- (5) La relación de causalidad entre la producción o no producción de los resultados y los daños.

³⁹ Artículo 6 Reglas de clasificación para los sistemas de IA de alto riesgo.

1. Un sistema de IA se considerará de alto riesgo cuando reúna las dos condiciones que se indican a continuación, con independencia de si se ha introducido en el mercado o se ha puesto en servicio sin estar integrado en los productos que se mencionan en las letras a) y b):

a) el sistema de IA está destinado a ser utilizado como componente de seguridad de uno de los productos contemplados en la legislación de armonización de la Unión que se indica en el anexo II, o es en sí mismo uno de dichos productos;

b) conforme a la legislación de armonización de la Unión que se indica en el anexo II, el producto del que el sistema de IA es componente de seguridad, o el propio sistema de IA como producto, debe someterse a una evaluación de la conformidad realizada por un organismo independiente para su introducción en el mercado o puesta en servicio.

2. Además de los sistemas de IA de alto riesgo mencionados en el apartado 1, también se considerarán de alto riesgo los sistemas de IA que figuran en el anexo III.

⁴⁰ Definida en el art. 2.9) del PD-REIA como norma de conducta exigida establecida por el Derecho nacional o de la Unión con el fin de evitar daños a bienes jurídicos reconocidos a nivel nacional o de la Unión, incluidos la vida, la integridad física, la propiedad y la protección de los derechos fundamentales.

Pues bien, para que opere la presunción del art. 4 PD-REIA deben reunirse tres condiciones, en las que están presentes los cinco elementos ahora expuestos:

- Que el demandante haya demostrado o el órgano jurisdiccional haya supuesto, de conformidad con el artículo 3, apartado 5, la culpa del demandado o de una persona de cuyo comportamiento sea responsable el demandado, consistente en el incumplimiento de un deber de diligencia establecido por el Derecho de la Unión o nacional destinado directamente a proteger frente a los daños que se hayan producido;

Como se ve, recae sobre el actor la carga de demostrar la culpa o infracción del deber de conducta por parte del demandado o de una persona por la que deba responder, prueba que también le puede venir facilitada a través de la presunción establecida por el art. 3.5 del mismo texto, que entra en juego cuando el demandado desatienda un requerimiento de exhibición probatoria que le dirija el tribunal. Posteriormente nos ocuparemos de dicha presunción.

Como se dijo en su momento, para acreditar que no concurre la infracción de un deber de conducta establecido por la Derecho nacional o de la UE, el demandado puede acudir a los diferentes preceptos de la LIA que establecen presunciones de cumplimiento de las obligaciones y requisitos que graban a los operadores de IA cuando éstos logren acreditar la conformidad de sus sistemas o modelos de IA con normas armonizadas cuyas referencias estén publicadas en el Diario Oficial de la Unión Europea o especificaciones comunes dictadas por la Comisión Europea (arts. 40, 41.3, 42.1 y 2 LIA), o acreditan que se han ajustado a ciertos códigos de conducta o buenas prácticas (arts. 53.4 y 55.2 LIA en relación con los arts. 56 y 95 LIA). El juez, en el ejercicio de su facultad de libre valoración de la prueba, puede tener en cuenta el acatamiento de dichas normas o códigos para tener por acreditado que no se ha infringido un deber de conducta, pero se trata, en cualquier caso, de normas que disciplinan las relaciones de los operadores de IA con los poderes públicos correspondientes, no de presunciones en el sentido procesal, ya que no pueden vincular al órgano judicial a extraer las consecuencias que en ellas se establecen. De hecho, la PD-REIA no ha asumido en su texto dichas presunciones a favor del demandado.

- Que pueda considerarse razonablemente probable, basándose en las circunstancias del caso, que la culpa ha influido en los resultados producidos por el sistema de IA o en la no producción de resultados por parte del sistema de IA;

El único modo de interpretar el precepto de modo que contenga algún tipo de facilitación probatoria a favor del actor es entender que, con la expresión *que pueda considerarse razonablemente probable*, se establece una suerte de rebajamiento o disminución del estándar probatorio o grado de certeza que el juzgador debe alcanzar para tener por acreditado que la culpa ha influido en los resultados producidos o en la no producción de resultados por parte del sistema de IA.

Aunque se trata de una cuestión ampliamente discutible y discutida, en la jurisprudencia y en la doctrina procesal de muchos países de la Europa continental es frecuente considerar que el juez civil sólo debe tener por probados los hechos (lo que incluye el establecimiento de presunciones judiciales) a efectos de dictar sentencia cuando ha

alcanzado una convicción plena (*volle Überzeugung*) o más allá de toda duda razonable (*beyond any reasonable doubt*), a diferencia del estándar que habitualmente se considera vigente en los ordenamientos tributarios del *Common Law*, donde el tribunal civil tendría por probada la versión de los hechos que, tras la práctica de la prueba, le pareciese más convincente o probable: *preponderance of evidence, more likely than not, greater weight of the evidence*, o, para algunos casos, como el de la imposición de daños punitivos (*punitive damages*), el estándar más exigente o estricto de *clear and convincing proof*⁴¹. La consideración de que es razonablemente probable que la culpa haya influido en la producción o no producción de resultados del sistema de IA es una expresión que sugiere un grado de convencimiento que, en todo caso, se aleja del estándar de la plena convicción subjetiva e incluso el de probabilidad cualificada y sugiere un grado de certeza más mitigado.

Si no se admitiese esta tesis de la relajación o mitigación del estándar probatorio, cabría afirmar sin rodeos que el legislador no ha facilitado en absoluto el levantamiento de la pesada carga probatoria que incumbe a los actores y que, en un despliegue de cosmética legislativa, ha dado a los ciudadanos europeos piedras en vez de panes.

- Que el demandante haya demostrado que la información de salida producida por el sistema de IA o la no producción de una información de salida por parte del sistema de IA causó los daños.

Nuevamente la prueba de la relación causal entre los daños y la información de salida producida por el sistema de IA o la no producción de una información de salida por parte del sistema de IA recae sobre el actor.

En suma: de los cinco presupuestos sobre los que descansa el éxito de una pretensión de responsabilidad civil en materia de productos que incorporan la IA, sólo cabría hablar de una cierta facilitación probatoria en el caso del 3) (la relación de causalidad entre la culpa y la producción o no producción de los resultados), si el precepto se interpreta del modo expuesto más arriba. La infracción de un deber de diligencia (1), la producción de ciertos resultados o la no producción de ciertos resultados por parte del sistema de IA (3), la existencia de los daños, (4), y la relación de causalidad entre la producción o no producción de los resultados y los daños (5) caen dentro de la carga de la prueba que incumbe al perjudicado demandante.

Por si fuera poco lo dicho hasta el momento, la PD-REIA restringe aún en mayor medida la operatividad de la presunción que nos ocupa para el caso de los sistemas de alto riesgo, al especificar qué infracciones de deberes de diligencia establecidos en la LIA pueden dar lugar a la presunción, limitándolas a las contenidas en el art. 4.2 PD-REIA. Eso significa que el perjudicado no podrá invocar la operatividad de la presunción si el deber de conducta en el que basa su reclamación no está incluido en dicha enumeración. En efecto, el art. 4.2 PREDEIA dispone que, en caso de demandas por daños y perjuicios contra proveedores de sistemas de IA de alto riesgo sujetos a los requisitos establecidos en los capítulos 2 y 3 del título III de la LIA o contra personas sujetas a las obligaciones del proveedor con arreglo al [artículo 24 o al artículo 28, apartado 1 LIA], la condición del apartado 1, letra a), es decir, la infracción de un deber de

⁴¹ Véase a este respecto, ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., *La brecha procesal civil entre EEUU y Europa. Una visión panorámica de los principales puntos de divergencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 30.

diligencia, solo se cumplirá cuando el demandante haya demostrado que el proveedor o, en su caso, la persona sujeta a las obligaciones del proveedor, ha incumplido cualquiera de los siguientes requisitos establecidos en dichos capítulos, teniendo en cuenta las medidas adoptadas y los resultados del sistema de gestión de riesgos con arreglo al [artículo 9 y el artículo 16, letra a) LIA]:

a) el sistema de IA es un sistema que utiliza técnicas que implican el entrenamiento de modelos con datos y que no se ha desarrollado a partir de conjuntos de datos de entrenamiento, validación y prueba que cumplen los criterios de calidad expuestos en el [artículo 10, apartados 2 a 4, de la Ley de IA];

b) el sistema de IA no ha sido diseñado ni desarrollado de modo que cumpla los requisitos de transparencia establecidos en [el artículo 13 de la Ley de IA];

c) el sistema de IA no ha sido diseñado ni desarrollado de modo que permita una vigilancia efectiva por personas físicas durante el período de utilización del sistema de IA de conformidad con el [artículo 14 de la Ley de IA];

d) el sistema de IA no ha sido diseñado ni desarrollado de modo que, a la luz de su finalidad prevista, alcance un nivel adecuado de precisión, solidez y ciberseguridad de conformidad con [el artículo 15 y el artículo 16, letra a), de la Ley de IA]; o

e) no se han adoptado de forma inmediata las medidas correctoras necesarias para poner el sistema de IA en conformidad con las obligaciones establecidas en el [título III, capítulo 2, de la Ley de IA] o para retirar del mercado o recuperar el sistema, según proceda, de conformidad con el [artículo 16, letra g), y artículo 21 de la Ley de IA].

Y de un modo similar, respecto de los usuarios de sistemas de IA de alto riesgo sujetos a los requisitos establecidos en los capítulos 2 y 3 del título III de la [Ley de IA], el art. 4.3 PD-REIA dispone que la condición del apartado 1, letra a), es decir el incumplimiento de un deber de diligencia, se cumplirá cuando el demandante demuestre que el usuario:

a) no cumplió con sus obligaciones de utilizar o supervisar el sistema de IA de conformidad con las instrucciones de uso adjuntas o, en su caso, de suspender o interrumpir su uso con arreglo al [artículo 29 de la Ley de IA]; o

b) expuso al sistema de IA a datos de entrada bajo su control que no eran pertinentes habida cuenta de la finalidad prevista del sistema con arreglo al [artículo 29, apartado 3, de la Ley].

El apartado 4º del referido art. 4 PD-REIA da otro paso en el sentido restrictivo cuando establece para el caso de las demandas por daños y perjuicios relacionadas con sistemas de IA de alto riesgo, que los órganos jurisdiccionales nacionales no aplicarán la presunción establecida en el apartado 1 cuando el demandado demuestre que el demandante puede acceder razonablemente a pruebas y conocimientos especializados suficientes para demostrar el nexo causal mencionado en el apartado 1.

Además, el art. 4.5 PD-REIA aplica una restricción similar para los sistemas de IA que no sean de alto riesgo al establecer que la presunción solo se aplicará cuando el órgano jurisdiccional

nacional considere excesivamente difícil para el demandante demostrar el nexo causal entre la culpa del demandado y los resultados producidos o no producidos por el sistema de IA. El prelegislador europeo parece apostar de este modo por dulcificar la situación de los creadores de sistemas de IA cuando no entrañen un elevado riesgo, en el sentido de la LIA, evitando endurecer su situación probatoria cuando se enfrenten a reclamaciones de daños fundadas en un régimen basado en la culpa. Sobre la dificultad excesiva del perjudicado como presupuesto de la presunción, me remito a lo que se dirá a continuación sobre la misma cuestión en relación con las presunciones del art. 9 DRPD.

Por lo que se refiere a los usuarios de IA no profesionales, el apartado 6º del referido art. 4 PD-REIA dispone que, *en el caso de las demandas por daños y perjuicios contra un demandado que haya utilizado el sistema de IA en el transcurso de una actividad personal de carácter no profesional, la presunción establecida en el apartado 1 solo se aplicará cuando el demandado haya interferido sustancialmente en las condiciones de funcionamiento del sistema de IA o cuando el demandado tuviese la obligación y estuviese en condiciones de determinar las condiciones de funcionamiento del sistema de IA y no lo haya hecho.*

c. Las presunciones del art. 10 DRPD relativas al carácter defectuoso del producto y al nexo causal entre el carácter defectuoso del producto y el daño

El art. 9 DRPD establece tres presunciones distintas dirigidas a facilitar el levantamiento de la carga de la prueba del actor en lo referido al carácter defectuoso del producto y al nexo causal entre dicho carácter defectuoso y el daño. Conviene recordar que, a diferencia de la responsabilidad por daños causados por sistemas de IA de la que se ocupa la PD-REIA, donde se prevé un régimen de responsabilidad basado en la culpa, la responsabilidad por productos es de carácter objetivo, de modo que la prueba de la culpa es por completo irrelevante.

El apartado 1º del precepto concreta, de conformidad con el carácter objetivo de la responsabilidad, los puntos sobre los que recae la carga de la prueba que incumbe a quien ejercita una acción de daños, a saber: el carácter defectuoso del producto, los daños sufridos y el nexo causal entre el defecto y el daño.

La carga de la prueba relativa a la existencia de daños pesa inmisericordemente sobre el actor. Sin embargo, en lo relativo al carácter defectuoso del producto y al nexo causal entre el dicho carácter defectuoso y el daño, el legislador trata de ayudarlo a levantar la carga probatoria mediante tres grupos de presunciones, que recaen u operan sobre cada uno de dichos presupuestos de la responsabilidad. A continuación trataremos de arrojar luz sobre ellas.

c.1. Las presunciones relativas al carácter defectuoso del producto

Por lo que se refiere a las presunciones relativas al carácter defectuoso del producto, el apartado 2º del referido art. 10 DRPD las regula de este modo:

Se presumirá el carácter defectuoso del producto cuando se cumpla alguna de las siguientes condiciones:

- a) *el demandado haya incumplido la obligación de exhibir las pruebas pertinentes de conformidad con el artículo 8, apartado 1;*

- b) *el demandante demuestre que el producto no cumple los requisitos obligatorios de seguridad establecidos en el Derecho de la Unión o en la legislación nacional que tienen por objeto proteger contra el riesgo del daño sufrido por la persona perjudicada; o*
- c) *el demandante demuestra que el daño fue causado por un mal funcionamiento evidente del producto durante el uso razonablemente previsible o en circunstancias normales.*

Se trata de tres condiciones alternativas, no cumulativas, de modo que al actor le bastará alegar y acreditar una de ellas para beneficiarse de la presunción. En realidad, por lo tanto, cabría hablar de tres presunciones diferentes.

Como se ve, la presunción del apartado a), relativa al incumplimiento de los deberes de exhibición, tiene un contenido idéntico a la establecida en los arts. 3.5 y art. 4.1.a) PD-REIA, del que nos hemos ocupado páginas atrás.

Por lo que se refiere a la letra b), la presunción consiste en inferir el carácter defectuoso del producto cuando se acredite el incumplimiento de requisitos obligatorios de seguridad. No de cualquier tipo de requisito de seguridad, sino precisamente de aquellos que tengan por objeto evitar el daño que se ha producido. Según parece, la facilidad probatoria consiste en que, acreditado el incumplimiento de un requisito de seguridad cuya finalidad estribe en conjurar el concreto daño producido, el órgano judicial debe concluir que el producto es defectuoso, en el sentido en el que dicho carácter es definido por el art. 7 de la DRPD (idéntico, en este aspecto, al art. 6 de la Directiva 85/374/CEE vigente), a saber, que el producto no ofrece la seguridad que una persona tiene derecho a esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias, incluidas las específicamente referidas en el mismo precepto. Lo que supone una considerable facilitación de la prueba del carácter defectuoso, por cuanto, si no existiese la presunción, el actor habría de acreditar que el producto no ofrece la seguridad que una persona tiene derecho a esperar, para lo cual no basta con probar que se ha incumplido un requisito obligatoriamente establecido en la legislación, sino que aún sería preciso demostrar que dicho incumplimiento ha provocado aquella falta de seguridad en el caso concreto. Mediante la presunción que nos ocupa el perjudicado queda relevado de dicha demostración con sólo probar el incumplimiento del requisito de seguridad obligatorio.

Por ejemplo, el art. 9.5 LIA establece que los sistemas de IA de alto riesgo serán sometidos a pruebas destinadas a determinar cuáles son las medidas de gestión de riesgos más adecuadas, y que dichas pruebas comprobarán que los sistemas de IA de alto riesgo funcionan de un modo adecuado para su finalidad prevista y cumplen ciertos requisitos. Si el actor consigue acreditar que el sistema de IA incorporado a su producto no ha sido sometido a dichas pruebas y que dicho requisito estaba dirigido, entre otras finalidades, a conjurar el riesgo del daño producido, ya no precisará arrostrar la ardua prueba de demostrar que el producto no ofrecía la seguridad esperable. Si no existiese la presunción debería aportar dicha demostración, porque cabe que, aun no habiéndose realizado aquellas pruebas, el producto, sin embargo, resultase seguro.

La presunción contenida en la letra c) permite deducir el carácter defectuoso del hecho de que el daño fue causado por un mal funcionamiento evidente del producto durante el uso razonablemente previsible o en circunstancias normales. Que un sistema de IA funcione evidentemente mal y produzca daños no permite concluir que carecía de la seguridad exigible.

Sería el caso, por ejemplo, de un sistema de IA incorporado a un coche inteligente que, funcionando en condiciones normales, no percibe un obstáculo y colisiona produciendo daños. Este hecho no significa necesariamente que el producto fuese defectuoso. Cabe que la causa del mal funcionamiento se deba a una interrupción en el suministro de los datos de navegación que debían ser proporcionados por un servicio conexo (art. 4.3 DRPD). En virtud de la presunción, sin embargo, la carga probatoria del actor respecto del carácter defectuoso del producto quedará satisfecha si acredita que se produjo aquel mal funcionamiento evidente en condiciones, y será el demandado quien deberá acreditar y probar que la interrupción del suministro de datos por parte del prestador del servicio conexo fue el origen de los daños.

c.2. Presunción relativas al nexo causal entre el carácter defectuoso del producto y el daño

El apartado 3º del art. 10 DRPD dispone que *se presumirá el nexo causal entre el carácter defectuoso del producto y el daño cuando se haya comprobado que el producto es defectuoso y el daño causado sea de un tipo compatible normalmente con el defecto en cuestión*. También en este caso nos encontramos ante una considerable facilitación de la prueba, relativa en este caso al nexo causal. Si el actor consigue probar el defecto, tal vez mediante la presunción del apartado anterior, sólo le resta alegar y demostrar que dicho defecto es abstractamente idóneo para provocar el daño, cuya prueba también le incumbe.

La presunción se desencadena con dicha demostración de idoneidad o adecuación abstracta (que el daño causado es de un tipo compatible normalmente con el defecto en cuestión). Si la presunción no existiese, el actor habría de pechar con la carga de demostrar que, en el caso concreto, fue aquel defecto el que causó los daños, lo que supone una demostración que puede resultar mucho más exigente.

c.3 Presunción del carácter defectuoso y/o del nexo causal entre el carácter defectuoso del producto y el daño cuando el demandante se enfrente a dificultades probatorias excesiva

El apartado 4º del art. 10 DRPD trae una compleja presunción. O como veremos después, casi una «pseudo-presunción».

Los tribunales nacionales presumirán el carácter defectuoso del producto o el nexo causal entre el carácter defectuoso del producto y el daño, o ambas cosas, cuando, habiendo acudido a la exhibición de pruebas conforme al art. 9 y tomando en consideración todas las circunstancias del caso:

- a) el actor afronte excesivas dificultades, en particular a causa de la complejidad técnica o científica, para probar el carácter defectuoso del producto o el nexo causal entre el carácter defectuoso y los daños, o ambas cosas; y*
- b) el actor demuestra que es probable que el producto sea defectuoso o que existe un nexo causal entre el carácter defectuoso y el daño, o ambas cosas.*

Como se ve, la realización de la operación presuntiva requiere razonablemente que, con carácter previo, el demandante haya agotado los medios de obtención (exhibición) de prueba que le ofrece el art. 9. Seguidamente, el juzgador debe llegar a la conclusión de que el actor se enfrenta a *dificultades [probatorias] excesivas, debido a una complejidad técnica o científica, para*

demostrar el carácter defectuoso del producto o el nexo causal entre su carácter defectuoso y el daño, o ambas cosas. Sin perjuicio de que llegue a dicha conclusión a la vista de las actuaciones, el actor hará bien en tratar de persuadirle de que tales dificultades existen y el demandado, por su parte, de que no concurren.

Las dificultades pueden ser relativas al carácter defectuoso del producto, al nexo causal entre dicho carácter defectuoso y el daño, o a ambas cosas. El juicio de complejidad excesiva, presupuesto de la presunción, ha de realizarse, por lo tanto, de forma separada respecto de cada uno de los elementos, sin perjuicio de que, finalmente, se concluya que la excesiva complejidad afecta tanto al defecto como a su nexo causal con el daño.

Para que, presupuesta la excesiva complejidad, opere la -como se verá, aparente- presunción debe concurrir otra circunstancia, cuya prueba corresponde quien pretenda beneficiarse de ella. Debe demostrarse, en concreto, *que es probable que el producto sea defectuoso o que existe un nexo causal entre el carácter defectuoso y el daño, o ambas cosas.* Más que una presunción, lo que el legislador parece hacer en este caso es llanamente echar mano de otro mecanismo de facilidad probatoria, como es el rebajamiento o relajación del estándar o grado de convicción que debe suministrar la prueba.

En efecto, repárese que no se trata de rebajar dicho estándar para tener por fijado el hecho base o indicio a partir del cual opera la presunción, ya que los hechos base (que es probable que el producto sea defectuoso o que su carácter defectuoso sea una causa probable de los daños, o ambos) coinciden con los hechos presuntos (que el producto es defectuoso o que su carácter defectuoso es la causa de los daños, o ambas cosas). Para que exista una verdadera presunción el hecho base o indicio debe ser diferente del hecho presunto. Si son idénticos, no existe tal presunción, entendida como operación de deducir un hecho de otro u otros, sino el referido rebajamiento del estándar probatorio. Se trata, pues, de una falsa presunción: si, presupuesta la complejidad, parece probable que el producto es defectuoso o que el nexo causal existe, se concluye que el producto es efectivamente defectuoso o que el nexo causal existe (o ambas cosas). En realidad, no se presume nada: el hecho queda fijado con fundamento en un grado de certeza inferior al ordinariamente exigible para tener los hechos por probados.

Aunque la del art. 10.4 DRPD sea una presunción sólo aparente, lo dispuesto en el precepto constituye, eso sí, una valiosa facilitación probatoria que puede allanar enormemente el camino a bien justificadas pretensiones resarcitorias, pero que, dependiendo del rigor con el que se aprecie la excesiva dificultad probatoria y la dificultad técnica o científica puede ocasionar a los operadores económicos que produzcan, distribuyan o intervengan en el funcionamiento de productos que incorporan IA formidables dificultades para defender el carácter no defectuoso de sus productos o la falta de relación causal de un defecto con los daños, razón por la que se ha criticado la ausencia de criterios o pautas para determinar el carácter excesivo de las

dificultades que ha de afrontar el actor⁴². No obstante lo cual, el camino seguido por el prelegislador europeo no me parece criticable: a falta de hechos en los que pudiese apoyarse una razonable presunción legal, se ha optado por una vía de facilitación probatoria menos traumática que la que hubiese supuesto invertir la carga de la prueba en perjuicio del demandado. Que dicha facilitación dependa de un enjuiciamiento no sometido a criterios fijos o preestablecidos sino variables y dependientes de las circunstancias de cada caso genera una innegable inseguridad o indeterminación. A mi juicio, sin embargo, se trata de un riesgo inevitable y, en todo caso, preferible a la desprotección de los perjudicados o a introducir una inversión de la carga de la prueba aún más perjudicial para el demandado. Una sensata jurisprudencia puede afinar el enjuiciamiento y proporcionar mayor precisión y seguridad en cuanto al modo de determinar la excesiva dificultad probatoria.

El precepto, como puede comprobarse, introduce facilitaciones probatorias para acreditar el defecto y el nexo de causalidad, pero no se ocupa de los problemas de indeterminación o incerteza sobre la atribución del defecto cuando en la producción o funcionamiento del producto de IA hayan intervenido una pluralidad de operadores y dicho defecto pueda reconducirse a alguno o algunos de ellos. En estos casos cabría acudir a mecanismos de Derecho sustantivo tales como hacer responder del defecto solidariamente a todos los operadores, sin perjuicio de las acciones de regreso en la esfera interna. O de carácter procesal, presumiendo que, si el producto contribuyó a los daños, el defecto es atribuible a cualquier operador que hubiese intervenido en su producción o funcionamiento, sin perjuicio de las reclamaciones que posteriormente pudiesen dirigirse entre ellos en la esfera interna.

Este parece ser el sentido del *Guiding Principle 8* elaborado por el ELI⁴⁵. Se explica en el referido texto que cuando alguien ha sufrido un daño ocasionado por el defecto de un producto físico que incorpora un sistema de IA, puede resultarle muy difícil demostrar que en cuál de los diferentes elementos del producto se halla el defecto. Por ejemplo, en el caso de productos con elementos digitales, puede ser necesario examinar si el defecto es el resultado de un problema con el elemento o servicio digital o con el aparato o producto físico. En el caso de un sistema de *IoT*, la combinación de múltiples elementos físicos y elementos digitales podría exacerbar aún más la dificultad para que el perjudicado demuestre dónde ocurrió el defecto. Los autores del informe acaban concluyendo que debería resultar suficiente que una persona acredite que el paquete completo que comprende el producto físico combinado con otros productos físicos y contenido digital ha causado el daño⁴⁴. En consecuencia, un particular debería poder exigir

⁴² No comparte esta apreciación ATIENZA NAVARRO, quien opina que «la presunción del defecto y/o de la relación de causalidad entre aquél y el daño por motivos de la complejidad técnica del producto, tal y como está contemplada en la Propuesta de Directiva, adolece de una gran indeterminación que, si no se corrige, podría provocar su inutilidad práctica. Por de pronto, la propia definición de las «dificultades excesivas» suscita la duda de a quién debe resultarle difícil la prueba, ¿al demandante considerado subjetivamente o, por el contrario, se trata de una referencia objetiva? En la misma línea crítica, la exigencia, para que se aplique la presunción, de que sea probable que el producto fue defectuoso o que la defectuosidad fue la causa «probable» del daño, plantea el interrogante de cómo puede probarse que el defecto fue una causa del daño sin probar su carácter defectuoso, y, sobre todo, provoca el inconveniente de cómo valorar esa probabilidad (¿bastaría demostrar un 51% de probabilidad o debería ser superior?).». Cfr. *¿Una nueva responsabilidad...cit.*, p. 37.

⁴³ European Law Institute, *Guiding Principles for Updating the Product Liability Directive for the Digital Age, Pilot Innovation Paper*, 2021, disponible en https://europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Guiding_Principles_for_Updating_the_PLD_for_the_Digital_Age.pdf, p.9.

⁴⁴ «Where two or more persons cooperate on a contractual or similar basis in the provision of different elements of a commercial and technological unit, and where the victim can demonstrate that at least one element has

responsabilidad a cualquiera de los operadores que produjeron un elemento físico o digital, independientemente de dónde se originó precisamente el defecto, aspecto que debería dilucidarse finalmente entre los referidos operadores⁴⁵.

Esta facilidad probatoria está ausente en el texto de la DRPD aprobado por el Parlamento Europeo y, por las razones expuestas, podría haber resultado enormemente beneficioso para los perjudicados cuando la dificultad probatoria estribase en la determinación del operador a quien resulte atribuible el defecto. La redacción actual del art. 10.4 DRPD sólo es útil para determinar la existencia del defecto y del nexo causal, pero no para acreditar la responsabilidad del operador u operadores concretos responsables del defecto.

4. Exhibición y aseguramiento de prueba en materia responsabilidad por daños derivados del uso de la IA

4.1. Consideraciones generales La cicatería de los ordenamientos jurídicos del ámbito continental europeo en materia de mecanismos de obtención de prueba e investigación de hechos. Los esfuerzos del Derecho de la UE para corregir la situación

Los mecanismos de exhibición o acceso a las fuentes de prueba tienen como finalidad acceder física y efectivamente a las fuentes de prueba, lo que puede significar obtener la exhibición de documentos e informaciones, acceder a lugares y cosas para su inspección u obtener informaciones mediante la práctica de un interrogatorio, oral o por escrito etc.

Los ordenamientos procesales de la Europa continental, entre ellos el español, no ponen un especial esmero en proporcionar al litigante que los precise medios para levantar sus cargas alegatoria y probatoria y menos aún, para investigar sobre los hechos que precisa alegar y la prueba que necesita aportar para sostener su pretensión. Al contrario. Entre nosotros, una actividad de este tipo, de modo generalizado, prácticamente es solo conocida en la fase de instrucción del proceso penal. A diferencia Derecho norteamericano y de otros ordenamientos del *Common Law*, con la institución del *discovery*, la tradición legal de los países de la Europa continental es más bien reacia, cuando no abiertamente hostil, a admitir una investigación o pesquisa en el ámbito del proceso civil (*Ausforschungsverbot*). Lo cierto es que, en la actualidad cada vez son más numerosas las voces que abogan por una reforma expansiva. La comparación de dichos modelos contrapuestos nos permitirá más adelante formular propuestas con mayor fundamento respecto a nuestro ordenamiento.

caused the damage in a way triggering liability but not which element, all potential tortfeasors should be jointly and severally liable vis-à-vis the victim». Ibidem, pp. 8 y 55.

⁴⁵ Los autores del texto limitan la propuesta a los sistemas pueden venderse o comercializarse como un paquete o unidad: «el Informe EGLNT (*Expert Group on Liability and New Technologies, Liability for Artificial Intelligence and other emerging Digital Technologies* (2019)) utiliza la idea de una “unidad tecnológica y comercial”, caracterizada por “(a) cualquier comercialización conjunta o coordinada de los diferentes elementos; b) el grado de interdependencia e interoperación técnica; y (c) el grado de especificidad o exclusividad de su combinación”. Esta idea podría adoptarse en el presente contexto, con el resultado de que al menos en el caso de ‘unidades tecnológicas y comerciales’, bastase que un individuo demostrase que la unidad en su conjunto estaba defectuosa». Cfr. *Guiding Principles for Updating the Product Liability Directive for the Digital Age...cit.*, p.9.

El ordenamiento jurídico español –y en esto apenas se diferencia de la mayoría de los países de su entorno continental europeo- presenta dos problemas fundamentales en lo que se refiere a proveer al demandante de instrumentos jurídicos para obtener prueba⁴⁶.

- El carácter fragmentario y restringido a materias concretas de los actuales instrumentos legales. Existe, en efecto, una férrea tasación de diligencias preliminares reservadas a materias específicas, y son menos aun las que podrán propiciar una cierta actividad de investigación sobre hechos y medios de prueba, que quedan reducidas fundamentalmente las relativas a la propiedad intelectual y a la propiedad industrial, amén de un puñado de diligencias diferentes muy específicas. Y, por si fuera poco, la jurisprudencia de las AAPP viene reiterando de modo constante que las diligencias preliminares no sirven al objetivo de obtener prueba, sino, estrictamente, de preparar la demanda, conclusión que no comparto.

Asimismo, en materia de exhibición de prueba, los arts. 328 LEC y ss. están referido a la obtención de documentos perfectamente identificados por el litigante que los reclama, con la excepción del apartado 3º de del art. 328, que podría permitir una cierta labor investigativa o de obtener documentos no perfectamente identificados, está únicamente referido a la propiedad industrial e intelectual. Y las diligencias de obtención de prueba de los arts. 283 bis a LEC y ss. (Sección 1.ª bis) sólo están contempladas para los asuntos relativos al Derecho de la competencia. Parece claro que dicho tratamiento puede ser preciso también para hacer prosperar pretensiones en muchos otros ámbitos, que son tan o más dignos de protección que aquellas trascendentales materias⁴⁷, entre ellos el de la responsabilidad por daños causados por productos que incorporan la IA.

- Además, las únicas actuaciones de investigación que pueden solicitarse antes de aventurarse a interponer demanda son las diligencias preliminares y las nuevas diligencias de averiguación de fuentes de prueba de los arts. 283 bis y ss. LEC en relación con las acciones de daños en materia de Derecho de la competencia (aparte del angosto y puntual caso del art. 732.2. II LEC). Parece altamente conveniente que las actuaciones de investigación pudiesen solicitarse tanto antes como después de interponer demanda. De hecho, el momento previo a la interposición de la demanda parece presentarse como el momento idóneo y generalmente más conveniente para quien busca la efectividad de sus derechos, pues, en función de las actuaciones llevadas a cabo podrá ponderar si puede interponer la demanda con éxito, mientras que haber de instar dichas actuaciones después de demandar entraña el riesgo de perder el proceso o, en todo caso, de haber de desistir del mismo, lo que no siempre estará exclusivamente en su mano (cfr. art. 20.2 y 3 LEC). Y, en cualquier caso, procurar a los justiciables la información necesaria para evitar

⁴⁶ Un desarrollo amplio de este tema puede encontrarse en ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., *La investigación en el proceso civil. Hacia una nueva ordenación de los mecanismos de averiguación de hechos y de obtención de fuentes de prueba*, Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas. 2020, nº1, pp. 256-333. Disponible en el siguiente sitio de internet: <https://apdpue.es/wp-content/uploads/2020/10/REVISTA-de-la-APDPUE-N%C2%BA-1-2020-1.pdf>

⁴⁷ En este sentido, también GASCÓN INCHAUSTI, *Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la directiva 2014/104 y de la propuesta de ley de transposición*, Cuadernos de derecho transnacional, Vol. 9, Nº 1, 2017. Disponible en <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3616>.

el inicio de un proceso civil condenado al fracaso parece un objetivo deseable y digno de ser fomentado.

La UE ha sido consciente de los quebraderos de cabeza y frustración que los litigantes europeos pueden llegar a padecer para procurarse el acceso a la prueba, y ya desde hace algunos años ha tratado de responder a este problema en sectores o ramas específicas del Derecho. La primera ocasión en que el legislador de la UE abordó el problema se remonta a la Directiva 2004/48, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, cuyo art. 6 está referido al acceso a las fuentes de prueba, su art. 7 al aseguramiento de la prueba y el art. 8 al derecho a la información. La Directiva fue transpuesta por España en la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios, que llevó al legislador español a introducir ciertas diligencias preliminares en la LEC, a las que se ha hecho referencia más arriba.

Posteriormente vio la luz la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, cuyo art. 5.1 proporciona a las partes –actora y demandada- la posibilidad de obtener del adversario o de terceros las fuentes de prueba de las que precisa para ejercitar con éxito su pretensión resarcitoria derivada de infracciones al Derecho de la competencia⁴⁸. El precepto no establece límites y, por ende, cabe solicitar todas aquellas diligencias que puedan ser apropiadas para fundar las pretensiones de los litigantes. Se rompe así la tradicional aprensión del Derecho europeo hacia los mecanismos de obtención de prueba con una calculada apertura o amplitud. El legislador europeo, en efecto, no se refiere exclusivamente a la exhibición de documentos (o a la de medios e instrumentos informáticos), aunque probablemente está pensando especialmente en dicha clase de fuente probatoria. Y, además, los apartados 2º y 3º del referido art. 5 contienen dos alusiones muy reveladoras de que el legislador está dispuesto a admitir cierta actividad de investigación y no sólo de pura obtención de fuentes de prueba conocidas y perfectamente especificadas. Dichos preceptos han sido transpuestos al ordenamiento jurídico español mediante los arts. 283 bis 1 y ss. LEC.

Las Reglas Modelo Europeas de Proceso Civil, adoptadas por ELI y UNIDROIT (en adelante RM) en 2020⁴⁹ han tenido la virtud de afrontar de un modo razonable los problemas relativos a la obtención y acceso a las fuentes de prueba. En general, las RM tratan de llegar a soluciones de compromiso entre las diversas tradiciones jurídicas del continente y, principalmente, entre los

⁴⁸ *Los Estados velarán por que, en los procedimientos relativos a acciones por daños en la Unión y previa solicitud de una parte demandante que haya presentado una motivación razonada que contenga aquellos hechos y pruebas a los que tenga acceso razonablemente, que sean suficientes para justificar la viabilidad de su acción por daños, los órganos jurisdiccionales nacionales puedan ordenar que la parte demandada o un tercero exhiba las pruebas pertinentes que tenga en su poder, a reserva de las condiciones establecidas en el presente capítulo. Los Estados miembros velarán por que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan ordenar a la parte demandante o un tercero la exhibición de las pruebas pertinentes, a petición del demandado.*

⁴⁹ La versión en español puede consultarse en la siguiente dirección electrónica: https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/Reglas-en-espan_ol-2022-28-junio.pdf

sistemas del *Common Law* y del *Civil Law*⁵⁰. En lo que se refiere específicamente al régimen de obtención y acceso a las fuentes de prueba, las dificultades para alcanzar dicho compromiso resultaron especialmente agudas⁵¹. El texto pretendió crear una suerte de vía específicamente europea (a *European Way to discovery*, como algún autor la ha denominado), cuyo resultado final ha sido una propuesta de regulación equilibrada que huye tanto de los conocidos excesos del *discovery* como de la tradicional reticencia europea hacia la intervención de los tribunales en auxilio del litigante que precisa obtener prueba.

Como se verá, tanto la PD-REIA como, en menor medida, la DRPD siguen las referidas pautas europeas tendentes a la ampliación de los mecanismos de obtención o exhibición de prueba.

4.2. La exhibición y aseguramiento de pruebas en la PD-REIA

a. Aspectos generales. Legitimación activa y pasiva y ámbito objetivo

El art. 3 PD-REIA constituye otro paso más en la línea expuesta de ensanchar los medios de obtención de prueba a disposición de los litigantes, en este caso de los perjudicados en materia de responsabilidad civil por productos de IA, tal como hemos visto que ha sucedido en materia de Derecho de la competencia, propiedad intelectual y propiedad industrial. Se pretende, como en todos estos casos, restaurar la asimetría informativa que suele producirse a favor de los demandados y posibilitar el acceso a su esfera interna para obtener prueba.

La norma presenta, asimismo, el positivo aspecto de permitir la exhibición de pruebas no solo a quien ya ha constituido la relación procesal interponiendo demanda, sino también al *demandante potencial*, entendido éste como persona física o jurídica que está considerando la posibilidad de presentar una demanda por daños y perjuicios, pero que aún no lo ha hecho (art. 2.7 PD-REIA). Se rompe, de este modo, la tradicional aversión de los ordenamientos jurídicos de la Europa continental de posibilitar la obtención de prueba con carácter previo a la demanda. Como se vio, en el caso de España, son los propios tribunales quienes suelen negar incluso que las diligencias preliminares puedan tener como fin la obtención de prueba.

El apartado 1º del art.3 PD-REIA establece *que los Estados miembros velarán por que los órganos jurisdiccionales nacionales estén facultados, ya sea a petición de un demandante potencial que haya solicitado previamente a un proveedor, a una persona sujeta a las obligaciones de un proveedor con arreglo al [artículo 24 o al artículo 28, apartado 1, de la Ley de IA], o a un usuario, que exhiba las pruebas pertinentes que obran en su poder sobre un determinado sistema de IA de alto riesgo del que se sospeche que ha causado daños, pero cuya solicitud haya sido denegada, o a petición de un demandante, para ordenar la exhibición de dichas pruebas a estas personas.*

Como se ve, las peticiones de exhibición están circunscritas a los casos en los que se ejerciten acciones de daños causadas por sistemas de IA de alto riesgo. En cuanto al resto de acciones de daños, habrá que estar a lo que disponga la legislación procesal civil de cada Estado, lo que con frecuencia conducirá a la desprotección total o casi total del perjudicado.

⁵⁰ Véase, en este sentido, DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., *Eficiencia en el acceso a la información y fuentes de prueba en el proceso civil: tibias líneas convergentes EEUU/Europa*, Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal, núm. 1, 2023, p. 45.

⁵¹ Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., *Las European Rules of Civil Procedure: ¿un punto de partida para la armonización del proceso civil?*, Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 13, Nº 1, 2021, p. 292.

El objeto de la solicitud de exhibición, según el apartado 1º del art. 3 PD-REIA que ahora nos ocupa, viene dado por *pruebas pertinentes que obran en su poder* [del demandado actual o potencial] *sobre un determinado sistema de IA de alto riesgo del que se sospeche que ha causado daños*. Con base en dicho tenor literal, el perjudicado podrá solicitar que se exhiba prueba para acreditar cualquiera de los elementos que fundamentan una pretensión resarcitoria en materia de IA, a saber: (1) La infracción de un deber de diligencia establecida por el Derecho nacional o de la UE (la culpa); (2) La producción de ciertos resultados o la no producción de ciertos resultados por parte del sistema de IA; (3) la relación de causalidad entre la culpa y la producción o no producción de dichos resultados; (4) la existencia de daños; (5) la relación de causalidad entre la producción o no producción de los resultados y los daños. Como se verá, sin embargo, en caso de negativa u obstrucción al deber de exhibir, sólo la prueba referida a la culpa (2) podrá desencadenar la presunción prevista en el apartado 5º del precepto.

Además, el destinatario de las medidas de exhibición está férreamente limitado al círculo de posibles o actuales demandados, ya que el precepto sólo permite formular las solicitudes de exhibición frente proveedores o personas sujetas a las obligaciones de un proveedor (art. 24 o 28, apartado 1 LIA), o a usuarios. No se contempla, por lo tanto, la posibilidad de requerir a terceros que estén en poder de pruebas necesarias para hacer prosperar la pretensión, de modo que para requerir a aquéllos la exhibición de pruebas los perjudicados habrán de echar mano de los mecanismos procesales previstos en la legislación de cada Estado, lo que, en algún caso, equivaldrá a quedar prácticamente desprovistos de medios para hacer prosperar sus pretensiones.

Se trata de una omisión que parece particularmente grave ya que, como se vio páginas atrás, los productos de IA no suelen estar cerrados o completados, sino que, después de su puesta en circulación, durante su funcionamiento, pueden intervenir una gran variedad de agentes u operadores. Tal sucedería por ejemplo en el caso de prestadores de servicios conexos que suministran datos de tráfico en un sistema de navegación respecto del que se reclaman daños. Por otra parte, además de los fabricantes, importadores y distribuidores, también pueden responder bajo el régimen previsto en la Directiva los prestadores de servicios de tramitación de pedidos a distancia del art. 4.14 DRPD. También vimos como el art. 7.4 DRPD considera fabricante del producto a efectos de su responsabilidad a cualquier persona física o jurídica que modifique un producto que ya haya sido introducido en el mercado o puesto en servicio, cuando la modificación se considere sustancial con arreglo a las normas nacionales o de la Unión aplicables en materia de seguridad de los productos y se lleve a cabo fuera del control del fabricante original, y que dichas mejoras y actualizaciones incluyen también los programas informáticos. Y finalmente, según el art. 4.17 DRPD también podían ser sujetos responsables los proveedores de plataformas en línea que permitan a los consumidores celebrar contratos a distancia con comerciantes y que no sean fabricantes, importadores o distribuidores.

Puede que al plantearse formular una determinada reclamación frente a los posibles agentes u operadores que podrían responder individual o solidariamente, el perjudicado haya optado por dirigir su demanda sólo respecto de uno o alguno de dichos sujetos y no pretenda llamar al proceso al resto como demandados, acaso por temor a afrontar la imposición de una elevada condena en costas en el caso de no prosperar la demanda. Dichos sujetos no demandados, ya sean sujetos potencialmente responsables de los daños causados por el producto o simplemente agentes que han participado en su producción o funcionamiento, pueden, sin embargo, estar en

posesión de un valioso material probatorio y, salvo que la legislación del correspondiente Estado lo permita, al revestir la condición terceros desde el punto de vista procesal, no cabrá dirigir contra ellos un requerimiento de exhibición con fundamento en el PD-REIA.

El precepto hace referencia únicamente al demandante, actual o potencial, pero no al demandado. Ciertamente, el PD-REIA tiene como principal objetivo subvenir las dificultades probatorias de los perjudicados por los productos de IA, pero para lograr dicho objetivo no es necesario ni razonable ignorar las oportunidades de defensa del demandado, quien bien podría precisar de información en poder del actor para oponerse a la demanda. La efectividad de las pretensiones resarcitorias en nada queda perjudicada por el hecho de que el legislador asegure la necesaria simetría informativa entre las partes suministrando al demandado los mismos instrumentos de obtención de prueba de los que dispone el actor. Sería conveniente, por lo tanto, que la PD-REIA incluyese una disposición semejante a la prevista en el art. 5.1 *in fine* de la Directiva 2014/104/UE, que se ocupa de las diligencias de obtención de prueba relativas a acciones resarcitorias en materia de Derecho de la competencia, en materia de Derecho de la competencia, que establece que *los Estados miembros velarán por que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan ordenar a la parte demandante o un tercero la exhibición de las pruebas pertinentes, a petición del demandado.*

En cualquier caso, sin perjuicio de que esta objeción pueda resultar certera en relación con otros ordenamientos europeos, no lo es, en muy buena medida, respecto del Derecho español, donde cualquier parte, demandante y demandado, pueden solicitar, sin restricciones, la exhibición documental en los términos de los arts. 328 y ss. LEC. Sin embargo, dichos preceptos, como se ha visto, limitan la exhibición a los documentos y soportes informáticos y no la extienden a otro tipo de fuentes de prueba.

Respecto del actor, sin embargo, el precepto incorpora dos valiosísimas ventajas en relación con el régimen general de exhibición actualmente vigente en la LEC.

Por una parte, la posibilidad de solicitar la exhibición con anterioridad a la demanda, al referirse expresamente al *demandante potencial*. Dicha posibilidad no está al alcance del perjudicado en la actualidad, pues en el art. 257 LEC no se prevén diligencias preliminares específicas para socorrer las necesidades probatorias de quien se propone demandar para reclamar daños causados por productos, sean o no de IA. Es posible, sin embargo, que la mera posibilidad de instar la exhibición resulte de gran trascendencia en otros ordenamientos procesales europeos que sean especialmente reacios a establecer deberes de exhibición documental entre las partes. Y, por otra parte, como se dijo, la exhibición regulada en los arts. 328 y ss. LEC, como se verá, está circunscrita a la exhibición documental, mientras que el art. 3.1 PD-REIA no establece limitaciones en relación con las fuentes de prueba.

En efecto, el precepto se refiere genéricamente a la *exhibición de pruebas*. A los oídos del jurista formado en el Derecho español dicha expresión difícilmente pueda evocar otra cosa que *exhibición documental* (arts. 328 y ss. LEC) y, ciertamente, en la práctica será dicha fuente de prueba –documentos tradicionales o soportes informáticos– la predominantemente solicitada con abismal diferencia. Sin embargo, tanto la literalidad del precepto como la necesidad de asegurar el derecho a la tutela judicial efectiva, amparada tanto por el art. 24.1 CE como por el art. 47.I de la Carta de derechos Fundamentales de la UE, aconsejan una interpretación más amplia, de modo que a través de la petición de exhibición el actor, potencial o actual, pueda

solicitar el conocimiento de otras fuentes de prueba, entendiendo, pues, la palabra *exhibición* como sinónima de *obtención*, *puesta en conocimiento* o *revelación* (lo que en los ordenamientos de corte anglosajón se denomina *disclosure* en el ámbito del *discovery*). Así, por ejemplo, al amparo de dicha facultad de exhibición cabría interrogar a un potencial demandado de quien se esperase obtener información relevante para fundamentar la demanda, información que no podría obtenerse de otro modo y que dichos demandado o terceros se negasen o fuesen reacios a proporcionar voluntariamente.

Como es lógico, el solicitante de la exhibición debe haber intentado previamente obtener extrajudicialmente la información que recaba, mediante la oportuna solicitud a la persona o entidad en cuyo poder obre. Sólo cabría acudir a los tribunales de modo subsidiario, cuando la persona de quien se reclama la información se niegue a facilitarla. El apartado 2º del art. 3 PD-REIA dispone, en este sentido, que el órgano jurisdiccional nacional solo ordenará la exhibición de las pruebas cuando el demandante haya realizado todos los intentos proporcionados de obtener del demandado las pruebas pertinentes.

b. Posibilidad de adoptar medidas prospectivas o de investigación

El art. 3 PD-REIA tampoco contiene referencia alguna acerca de si cabe formular solicitudes de exhibición relativas a pruebas cuya existencia, aunque no conste al peticionario, puede sospecharse con buen fundamento, es decir, pruebas cuya eventual obtención requiera una cierta actividad investigadora. Que la propuesta de directiva no tome partido a este respecto no impide que, llegado el caso, una transposición nacional, por ejemplo, la española, lo haga. Dicha clase de actuaciones dirigidas a descubrir lo ignoto exigiría, como es lógico, hacerlas depender de una razonable fundamentación fáctica y jurídica. Sin embargo, su completa exclusión, como sucede en la tradición jurídica del Derecho continental europeo, comportaría frustrar la tutela judicial de muchos litigantes, que precisan de algún tipo de actividad investigadora previa para fundamentar sus pretensiones. Y es bastante probable que, precisamente en el ámbito de la IA, por la complejidad y opacidad que la caracterizan, puedan darse situaciones en las que los perjudicados precisen de un cierto auxilio judicial que les permita investigar en la esfera interna de la empresa o corporación demandada.

c. Adopción de las medidas de exhibición. La posibilidad de adoptar las medidas inaudita parte

La estimación de la petición exhibitoria no es incondicional, sino que, como señala el párrafo 2º del referido art. 3.1 PD-REIA, *en apoyo de su solicitud, el demandante potencial deberá presentar hechos y pruebas suficientes para sustentar la viabilidad de una demanda de indemnización por daños y perjuicios*. En comparación con el Derecho español en materia de diligencias preliminares o de peticiones de exhibición formuladas al amparo del art. 328 y ss. LEC, el precepto parece mucho más exigente. En el caso de las diligencias preliminares, el art. 258.1 LEC se conforma, para acceder a la adopción de las diligencias, que el juez verifique *la diligencia es adecuada a la finalidad que el solicitante persigue y que en la solicitud concurren justa causa e interés legítimo*. Se entiende que deberá aportarse algún tipo de justificación o acreditación, siquiera superficial, para que la diligencia se adopte, pero, en cualquier caso, la literalidad del precepto está lejos de exigir una aportación de hechos y pruebas suficientes para sustentar la viabilidad de la demanda, como requiere la PD-REIA.

Y por lo que respecta a la exhibición documental, el art. 328 LEC no hace referencia alguna a la necesidad de acreditar la viabilidad de la demanda, con la salvedad de lo que se dispone en el apartado 3º del precepto, en relación con los procesos seguidos por infracción de un derecho de propiedad industrial o de un derecho de propiedad intelectual, cometida a escala comercial, cuando se trata de solicitar la exhibición de documentos bancarios, financieros, comerciales o aduaneros producidos en un determinado período de tiempo y que se presuman en poder del demandado. En este caso, *la solicitud deberá acompañarse de un principio de prueba que podrá consistir en la presentación de una muestra de los ejemplares, mercancías o productos en los que se hubiere materializado la infracción*. El mayor rigor respecto del régimen general bien puede justificarse con fundamento en el carácter prospectivo o de verdadera investigación, es decir, de búsqueda de elementos probatorios cuya existencia se sospecha o hipotetiza con cierto fundamento, pero se desconoce efectivamente.

Parece, en todo caso, que el estándar de prueba necesario para obtener la exhibición no puede ser el mismo que para dictar una sentencia acogiendo las pretensiones, y que lo razonable sería situarlo en el indeterminado estándar de prueba *prima facie* o principio de prueba, semejante al que debe satisfacerse para obtener la adopción de una medida cautelar.

El art. 3 PD-REIA no aclara si cabe formular peticiones de exhibición *inaudita parte*, es decir, sin prestar audiencia al demandado, potencial o actual. Tales medidas pueden resultar necesarias para la efectividad de la exhibición, ya que en no pocos casos poner sobre aviso al demandado puede significar llanamente la desaparición o la alteración de las pruebas. La jurisprudencia del TJUE hace en materia procesal un uso profuso del sedicente principio de efectividad del Derecho europeo, del que extrae numerosas, profundas y creativas consecuencias. A la vista de dicha constante jurisprudencial, resulta, en apariencia, cabría aventurar una respuesta del TJUE si hubiese resolver sobre la compatibilidad del Derecho europeo con la posibilidad de adoptar las medidas de exhibición sin audiencia de la parte afectada.

Dicha conclusión, sin embargo, parece resultar más que cuestionable si se contrasta con otras normas de Derecho europeo y español, que persiguen la misma finalidad de obtención de prueba, pero en las que no se halla previsión alguna en relación con la posibilidad de obtener *inaudita parte* las pruebas, sino más bien todo lo contrario. Es el caso, singularmente, de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea. Su art. 5.7 dispone inequívocamente que *los Estados miembros velarán por que las personas de quienes se interesa una exhibición de pruebas puedan ser oídas antes de que el órgano jurisdiccional nacional ordene dicha exhibición en virtud del presente artículo*. Y eso pese a haber establecido en su art.4 que, *de acuerdo con el principio de efectividad, los Estados miembros velarán por que todas las normas y los procedimientos nacionales relativos al ejercicio de las acciones por daños se conciben y apliquen de forma que no hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho de la Unión al pleno resarcimiento por los daños y perjuicios, ocasionados por una infracción del Derecho de la competencia*. Consecuentemente, tampoco prevé dicha posibilidad el art. 283 bis f) LEC, que regula el procedimiento para la adopción de diligencias de obtención de prueba en materia de acciones de responsabilidad de daños y perjuicios por infracciones del Derecho de la competencia, y establece la necesidad de prestar audiencia a la persona afectada por la medida.

Tampoco el procedimiento de adopción de las diligencias preliminares (arts. 257 y ss. LEC) prevé la posibilidad de actuar sin prestar audiencia al futuro demandado. Y lo mismo sucede con las peticiones de exhibición documental amparadas en los arts. 328 y ss. LEC.

Pese a todo lo dicho, a diferencia de la Directiva 2014/104 y de su transposición en los arts. 283 bis y ss. LEC, la exhibición de prueba ex art. 3 PD-REIA no contiene disposiciones relativas al procedimiento de adopción ni previsión alguna en relación con la necesidad de prestar audiencia al demandado. Y el apartado 4º del art. 1 de su texto dispone que *los Estados miembros podrán adoptar o mantener normas nacionales más favorables para que los demandantes fundamenten sus demandas civiles de responsabilidad extracontractual por daños y perjuicios causados por sistemas de IA, siempre que dichas normas sean compatibles con el Derecho de la Unión*. Si a ello se añade que la posibilidad de adoptar medidas de obtención inaudita parte parece ser la opción más acorde con el así llamado principio de efectividad del Derecho de la Unión, al hacer viables pretensiones de resarcimiento que, de otro modo, difícilmente lo serían, parece razonable concluir que el legislador español podría incluir dicha modalidad de adopción de las medidas en la norma mediante la que lleve a cabo la transposición, en el caso de que la PD-REIA llegue a promulgarse en su versión actual.

d. Asunción de los costes de la medida e imposición de caución

En otro orden de cosas, la PD-REIA nada prevé sobre la posible imposición de una caución como presupuesto de adopción de las medidas y sobre la determinación de la parte que debe asumir los costes que pueda generar la diligencia de exhibición y los daños que su adopción puede causar. Se trata de cuestiones que deberán ser reguladas en las correspondientes normas nacionales de transposición.

En el caso español, en materia de acciones de daños en el ámbito del Derecho de la competencia, el art. 283 bis c) LEC parece suministrar un conjunto de reglas razonables para abordar dichas trascendentales cuestiones y que podrían servir de guía al legislador en la transposición que eventualmente deba llevarse a cabo en el futuro⁵².

En cualquier caso, parece preciso que el legislador introduzca disposiciones que regulen esta materia con la mayor claridad. En el ámbito del derecho continental europeo, y, concretamente en el español, suelen seguirse el criterio de que el solicitante de las medidas ha de ser quien, asimismo, sufrague su coste, sin perjuicio de una eventual condena en costas en la sentencia. En el ámbito del *Common Law*, y concretamente en el Derecho federal norteamericano se sigue el criterio contrario, aunque ha experimentado importantes atemperaciones en los últimos

⁵² Conforme a dicho precepto, los gastos que ocasione la práctica de las medidas serán a cargo del solicitante, que asimismo responderá también de los daños y perjuicios que pueda causar a resultas de una utilización indebida de aquéllas. Y por lo que se refiere a la posibilidad de imponer una caución, el apartado 2º dispone que *la persona de quien se interese una medida de acceso a fuentes de prueba podrá pedir al tribunal que el solicitante preste caución suficiente para responder de los gastos, así como de los daños y perjuicios que se le pudieran irrogar. El tribunal accederá o no a esta petición y, en su caso, determinará el importe de la caución. La caución podrá otorgarse en cualquiera de las formas previstas en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 529 de esta ley*. En todo caso, el apartado 3º del artículo prohíbe las cauciones excesivas y enervantes del derecho a la tutela judicial efectiva al disponer que *no podrá exigirse una caución que por su inadecuación impida el ejercicio de las facultades previstas en esta sección*.

tiempos, sobre todo en lo que se refiere a la obtención de fuentes de prueba electrónica (el así llamado *e-discovery*)⁵³.

e. Protección de la confidencialidad y de los secretos empresariales

El art. 3. 4 PD-REIA prevé que los órganos jurisdiccionales nacionales limiten la exhibición de las pruebas y las medidas para su conservación a lo necesario y proporcionado para sustentar una demanda potencial o una demanda por daños y perjuicios, teniendo en cuenta los intereses legítimos de todas las partes, incluidos los terceros afectados, y particularmente los relativos a la protección de secretos comerciales en el sentido del artículo 2, apartado 1, de la Directiva (UE) 2016/943 y de la información confidencial como, por ejemplo, la relacionada con la seguridad pública o nacional.

Con buen criterio, el legislador europeo trata de poner los medios para conjurar uno de los mayores peligros inherentes a los mecanismos de obtención de prueba, a saber, los quebrantos a la confidencialidad y la necesidad de reserva de ciertas informaciones y, particularmente, la necesidad de preservar el secreto empresarial, evitando que litigantes maliciosos abusen de las diligencias para realizar denostables *fishing expeditions*. A tal fin, en lo que se refiere específicamente a la revelación de secretos comerciales, el apartado III del precepto que comentamos dispone que los órganos judiciales nacionales adoptarán las medidas específicas necesarias a fin de preservar la confidencialidad previstas en la referida Directiva (UE) 2016/943. La norma de transposición de esta directiva en España es la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales⁵⁴. Dicha ley contempla un abigarrado número de vigorosas garantías para asegurar la confidencialidad de los secretos empresariales, que pueden resultar esenciales cuando las actuaciones versen sobre cuestiones relativas a la IA, sector en el que la innovación tecnológica y la investigación tienen un peso muy especial.

⁵³ Efectivamente, la jurisprudencia de aquel país ha abordado la cuestión de quién debe asumir los elevados costes de obtener y seleccionar los datos o, en su caso, recuperar datos borrados, que puede implicar un coste aún muy superior. Se trata, principalmente, del caso *Zabulake vs UBS Warburg* (2018): 216 FRD 280 (SDNY 2008). Pueden encontrarse una interesante explicación y comentario del caso en FREER, 2017, pp. 448 ss.; y FRIEDENTHAL, J.H./KANE, M.K./MILLER, A.R., *Civil Procedure*, 5ª ed., West, Saint Paul (Minnesota), 2015, p. 424. En la regulación del *discovery*, como norma general, la parte requerida para aportar fuentes de prueba debe cargar con los costes derivados de su obtención. Para este caso particular, sin embargo, el tribunal estableció que la actora debía correr con el 25% de los gastos y estableció mediante el denominado *Zabulake-Test* los criterios que habían de regir la facultad judicial para distribuir entre las partes los gastos derivados de la práctica del *e-discovery*. Los factores a ponderar por el juzgador son, concretamente, los siguientes: (1) la concreción de la petición; (2) la posibilidad de obtener dicha información por otros cauces; (3) la relación entre la cuantía del asunto y el coste de obtención de los datos; (4) los costes de obtención en relación con el poder económico de las partes; (5) la capacidad de la parte requerida para controlar los gastos; (6) la importancia de los hechos controvertidos; (7) los beneficios que puede reportar a las partes obtener la información. Al respecto véanse también sus observaciones a la reforma de 2006 de las FRCP del comité asesor (*Advisory Committee*) de la Conferencia Judicial. Al respecto también SUBRIN, N. Stephen, et al., *Civil Procedure. Doctrine, Practice and Context*, 4ª ed., Wolters Kluwer, Frederick (Maryland), 2012, p. 436; FRIEDENTHAL, J.H./KANE, M.K./MILLER, A.R., cfr. *Civil Procedure...cit.* § 7.16, pp. 425-426. Véase también FREER, quien comenta la jurisprudencia recaída en esta materia. Cfr. *Civil Procedure...cit.* § 8.3, pp. 412-413.

⁵⁴ Véase al respecto ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., *El tratamiento procesal de la información constitutiva de secreto empresarial. Especial referencia a las medidas de protección de la confidencialidad de la Ley 1/2019, de Secretos Empresariales*, InDret, núm. 3, 2021, pp. 217-246. Accesible en <https://indret.com/el-tratamiento-procesal-de-la-informacion-constitutiva-de-secreto-empresarial-especial-referencia-a-las-medidas-de-proteccion-de-la-confidencialidad-de-la-ley-1-2019-de-secretos-empresariales/>

En particular, la creación de «salas de datos» (*Data Room*) es uno de los medios que parecen estar ganando mayor relevancia en lo relativo a la adopción de medidas para preservar la confidencialidad. Se trata de una técnica procedente de la praxis de la Comisión Europea, empleada para dar acceso a la información confidencial contenida en el expediente administrativo en las investigaciones y procedimientos sancionadores en materia de defensa de la competencia y en el procedimiento de control de concentraciones⁵⁵.

f. La negativa a cumplir las órdenes de exhibición: presunción de incumplimiento de un deber de vigilancia y otras posibles consecuencias

Finalmente, es preciso analizar qué consecuencias comporta la negativa a secundar la orden de exhibición de pruebas dictada por el órgano judicial.

La primera y principal de dichas consecuencias es el desencadenamiento de una presunción contra quien se muestra reacio a secundar la orden de exhibición. El apartado 5º del art. 3 PD-REIA dispone que *cuando un demandado incumpla la orden de un órgano jurisdiccional nacional en una demanda por daños y perjuicios de exhibir o conservar las pruebas que obran en su poder con arreglo a los apartados 1 o 2, el órgano jurisdiccional nacional presumirá el incumplimiento por parte del demandado de un deber de diligencia pertinente, en particular en las circunstancias a que se refiere el artículo 4, apartados 2 o 3, que las pruebas solicitadas estaban destinadas a probar a efectos de la correspondiente demanda por daños y perjuicios. Al demandado le asistirá el derecho de refutar esa presunción.*

Aunque la redacción resulta un tanto enmarañada, lo que parece dar a entender del precepto es que el órgano judicial, siempre salvo prueba en contrario, debe deducir de la negativa a exhibir que el sujeto a quien se dirige la medida ha incumplido el deber de diligencia a cuya acreditación se dirigía la solicitud de prueba declinada. Dicho deber de diligencia no puede ser de cualquier tipo, sino precisamente uno de los especificados en los apartados 2º y 3º del art. 4 PD-REIA, pues, como se verá, sólo la infracción de dichos deberes de diligencia puede dar lugar a la responsabilidad. Es preciso, pues, que la petición de pruebas se dirija a y sea abstractamente idónea para acreditar la infracción de aquellos específicos deberes de diligencia previstos en los apartados 2º o 3º del art. 4 PD-REIA.

⁵⁵ Consiste, en definitiva, en ubicar la información en un espacio determinado, dando, por ejemplo, acceso a la información en dicho espacio mediante ciertos terminales de ordenador no conectados a la red durante un cierto margen horario, con la rigurosa obligación, apoyada en el correspondiente acuerdo de confidencialidad, de no tomar notas o copias (o de hacerlo sólo bajo ciertas condiciones y términos) o de redactar un informe final que haya de ser objeto de revisión previa a su extracción de la sala para comprobar que no contiene información secreta. En fin, la consulta de la información puede rodearse con otras garantías adicionales, tales como el acuerdo de someterse a cacheos por parte de un personal de seguridad, la necesidad de que las operaciones de consulta sean supervisadas por un fedatario público etc. etc. Cfr. MARCOS FERNÁNDEZ, F., “Salas de datos” para acceso y comprobación de información y fuentes de prueba en los litigios de daños de camiones (I): ¿Un nuevo instrumento en los procesos de reclamación de daños causados por los cárteles?, Febrero de 2020, accesible en el enlace

<https://almacenederecho.org/salas-de-datos-para-acceso-y-comprobacion-de-informacion-y-fuentes-de-prueba-en-los-litigios-de-danos-de-camiones-i-un-nuevo-instrumento-en-los-procesos-de-reclamacion> (última visita: 11 de julio de 2021). Se alude a dicha práctica en el párrafo 47 del documento de trabajo titulado *Best practices for the submission of economic evidence and data collection in cases concerning the application of articles 101 and 102 TFEU and in merger cases* (accesible en el enlace: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/best_practices_submission_en.pdf). Última consulta: 11 de julio de 2021).

Adicionalmente, la fijación presuntiva de la infracción del deber de diligencia (de culpa) permite al actor cumplir uno de los tres requisitos que, a su vez, dan lugar a la presunción del art. 4.1 PD-REIA, mediante la cual, cuando se reclamen daños generados por sistemas de IA de alto riesgo, se presume la existencia de nexo causal entre la culpa del demandado y los resultados producidos por el sistema de IA o la no producción de resultados por parte del sistema de IA. Me remito a lo ya dicho páginas atrás sobre esta otra presunción de causalidad establecida por la PD-REIA.

En todo caso, parece razonable concluir que la presunción de infracción de un deber de vigilancia establecida en el art. 3.5 PD-REIA no es sólo una presunción instrumental o exclusivamente dirigida a activar la presunción del art. 4.1 PD-REIA, sino que, con independencia de que al actor pueda acogerse a esta última presunción por cumplir los otros dos requisitos en que se basa, la presunción del art. 3.5 le permitirá levantar la carga de la prueba que sobre él pesa en relación con la acreditación de la culpa del demandado como presupuesto para el éxito de la acción resarcitoria.

En definitiva: la negativa a exhibir pruebas dirigidas a acreditar la infracción de un deber de vigilancia idóneo para dar lugar a la responsabilidad permite presumir la infracción de dicho deber. O, con otras palabras, la presunción del art. 3.5 PD-REIA permite tener por fijado el elemento culpabilístico de la responsabilidad. Dicha fijación, a su vez, permite, si se cumplen los otros dos requisitos previstos en el art. 4.1 PD-REIA, presumir la existencia de nexo causal entre la culpa del demandado y los resultados producidos por el sistema de IA o la no producción de resultados por parte del sistema de IA.

Apartándose de la técnica de las presunciones, en el proyecto elaborado por el European Law Institute (ELI) para revisar la Directiva 85/374, la falta de cooperación del demandado para suministrar información podía dar lugar a una inversión de la carga de la prueba cuando existiesen obligaciones legales de registrar información sobre el funcionamiento del producto⁵⁶. En efecto, en el texto se proponía que la carga de la prueba sobre el defecto o la causalidad se invirtiese contra el demandado cuando existiese una obligación derivada del Derecho de la Unión o de un Estado miembro de equipar un producto con medios para registrar información sobre su funcionamiento (*logging by design*) en el caso de que tal obligación tuviese por objeto establecer si existe un riesgo existe o se ha materializado, y el producto no estuviese equipado con tales medios, o el operador económico que controla la información no proporcionase a la víctima un acceso razonable a la información. Me parece una propuesta razonable: como se ha defendido defendido otras veces con ocasión de tratar sobre la negativa a la exhibición ex art. 328 LEC, siempre que concurren ciertas condiciones, la opción de invertir la carga de la prueba parece, con carácter general, la opción más acorde con la jurisprudencia constitucional española en los casos de frustración de la prueba del adversario y está amparada en la previsión

⁵⁶ European Law Institute (ELI), *Draft of a Revised Product Liability Directive. Draft Legislative Proposal of the European Law Institute*, agosto de 2022, disponible en www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Draft_of_a_Revised_Product_Liability_Directive.pdf, p.22: *The burden of proving a defect or causation within the meaning of paragraph (1) shall shift to the defendant where: (a) there is an obligation under Union or Member State law to equip a product with means of recording information about the operation of the product (logging by design) if such an obligation has the purpose of establishing whether a risk exists or has materialized, and where the product fails to be equipped with such means, or where the economic operator controlling the information fails to provide the victim with reasonable access to the information (...).*

del art. 217.7 LEC, que permite invertir la carga de la prueba atendiendo a los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria⁵⁷.

Aunque el texto del art. 3.5 PD-REIA no se refiera a ello, hay que preguntarse si la negativa a secundar una orden judicial o las conductas del obligado dirigidas a impedir su cumplimiento podrían dar lugar a la adopción de medidas coercitivas por parte del tribunal para hacer efectivo el requerimiento o incluso generar responsabilidad penal por incurrir en un delito de desobediencia. La Directiva 2014/104, en materia de daños derivados del Derecho de la competencia, tampoco prevé nada al respecto, lo que no ha impedido que el art. 283 bis g) 2. LEC, transponiendo dicha directiva, establezca que *el tribunal empleará los medios que fueran necesarios para la ejecución de la medida acordada y dispondrá lo que proceda sobre el lugar y modo en el que haya de cumplirse. En particular, cuando la medida acordada consista en el examen de documentos y títulos, el solicitante podrá acudir asesorado por un experto en la materia, que actuará siempre a su costa*. Y, por su parte, el apartado 3º del precepto llega incluso a advertir que el tribunal, *de ser necesario podrá acordar mediante auto la entrada y registro de lugares cerrados y domicilios, y la ocupación de documentos y objetos que en ellos se encuentren*.

En la misma línea, el art.8 de la referida Directiva 2014/104/UE, en materia de acciones de responsabilidad derivadas del Derecho de la competencia, dispone que los Estados miembros deben garantizar que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan imponer sanciones a las partes, terceros y sus representantes legales cuando, señaladamente, incumplan o se nieguen a cumplir un requerimiento de exhibición de pruebas o destruyan pruebas, estableciendo asimismo que las sanciones resulten efectivas, proporcionadas y disuasorias. Y la letra d) del art. 283 bis h).1 LEC llega al punto de facultar al tribunal para imponer al destinatario de la medida que mantenga una actitud obstruccionista una multa coercitiva que oscilará entre 600 y 60.000 de euros por día de retraso en el cumplimiento de la medida. Parece conveniente que la PD-REIA contemplase disposiciones semejantes, promoviendo con más vigor la efectividad de las medidas cuando fuesen contravenidas por su destinatario.

Pese a todo lo dicho, cabría cuestionarse la utilidad de establecer las medidas coercitivas ahora aludidas, ya que, ante la negativa o la conducta obstruccionista del destinatario de las medidas, quien busca obtener las pruebas puede simplemente acogerse a la presunción de culpa, haciendo así innecesario multar a quien se muestra renuente a exhibir o amenazarlo con sanciones penales por desobediencia.

Lo dicho es cierto cuando la exhibición se solicita al demandado actual o potencial, pero no lo sería cuando el requerimiento de exhibición se dirigiese a un tercero no litigante, pues respecto de él, como ajeno a la relación procesal, no podría operar una presunción. Sin embargo, como se ha visto, la PD-REIA no permite formular solicitudes de exhibición de prueba frente a terceros no litigantes.

Eso no excluye, sin embargo, que las medidas coercitivas pueden resultar útiles cuando los perjudicados soliciten prueba frente actuales o potenciales demandados –como únicamente les permite la PD-REIA- pero no puedan ampararse en la presunción, cosa que bien podría suceder. En efecto, como va dicho, el art. 3.1 PD-REIA permite solicitar la exhibición de prueba sobre

⁵⁷ Cfr. ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., *La prueba documental y la prueba mediante soportes informáticos*, La Ley, Madrid 2019, pp. 116 ss.

cada uno de los presupuestos en los que se fundamenta la responsabilidad, pero, en caso de negativa a exhibir, la presunción sólo opera respecto del incumplimiento de un deber de diligencia. No, en cambio, si la prueba solicitada a cuya exhibición se niega el demandado es relativa a la producción de ciertos resultados o la no producción de resultados por parte del sistema de IA; a la relación de causalidad entre la culpa y la producción o no producción de dichos resultados; a la existencia de daños; o a la relación de causalidad entre la producción o no producción de los resultados y los daños. En dichos casos, como el solicitante de prueba no puede acogerse a la presunción, le resulta crucial la posibilidad de aplicar medios coercitivos para hacerse con el material probatorio que precisa para probar su pretensión. Aunque también es cierto que, en dichos casos, los ordenamientos procesales europeos prevén en muchas ocasiones efectos tales como la inversión de la carga de la prueba por razones de disponibilidad o facilidad (art. 217.7 LEC) o la operatividad de presunciones adversas a la parte reacia a exhibir (art. 329 LEC).

Por lo demás, el art. 8 de la Directiva 2014/104/UE, en materia de Derecho de la competencia, demuestra un mayor grado de sofisticación y adaptación a las circunstancias del caso concreto, cuando, además de contemplar el establecimiento de una presunción pura y simple contra el demandado que impida el acceso a la prueba, como hace la PD-REIA, autoriza a los Estados a ofrecer otras alternativas eficaces, tales como desestimar reclamaciones y alegaciones total o parcialmente, y la posibilidad de condenar en costas. El legislador español, haciendo uso de dicha autorización y ampliando las posibles alternativas, ha establecido en el art. 283 bis h) 1 LEC, que, si el destinatario de la medida destruyese u ocultase las fuentes de prueba, o de cualquier otro modo imposibilitase el acceso efectivo a éstas, el solicitante podrá pedir al tribunal que imponga medidas tales como que se tengan por admitidos hechos a los cuales las fuentes de prueba supuestamente se referían, que se tenga al demandado o futuro demandado por tácitamente allanado a las pretensiones, que se desestimen total o parcialmente las excepciones o reconvencciones que el sujeto afectado por la medida pudiese ejercitar en el proceso principal, o incluso de le imponga la multa coercitiva que oscilará entre 600 y 60.000 a la que ya se hizo referencia antes.

Parece que la regulación del art. 283 bis h) 1 LEC es mucho más cuidadosa y flexible que la pura presunción establecida en el art. 3.5 PD-REIA que ahora nos ocupa y que, además, permite asegurar en mayor medida la eficacia de las medidas de exhibición de prueba. Por no decir que se sitúa en la línea de otros ordenamientos jurídicos que tradicionalmente ofrecen a los perjudicados enérgicos y eficientes medios de obtención de prueba. Tal es el caso de la Regla 37 de las Federal Rules of Civil Procedure (FRCP), donde se regulan de modo muy diversificado las posibles consecuencias derivadas del incumplimiento de los deberes del *discovery*⁵⁸.

4.3. La exhibición de prueba en la DRPD

La DRPD también contiene disposiciones sobre exhibición de prueba que resultarían aplicables a la responsabilidad por productos que incorporan la IA. Se trata, en concreto de su art. 9⁵⁹.

⁵⁸ Véase al respecto mi trabajo *La brecha procesal civil entre EEUU y Europa. Una visión panorámica de los principales puntos de divergencia*, Tirant lo Blanch, Valencia 2016, p. 30.

⁵⁹ Según GONZÁLEZ BELUCHE, este precepto parece provenir de la jurisprudencia de la STJUE 20 noviembre 2014, Asunto *Novo Nordisk Pharma GmbH v S*, C-310/13 (ECLI:EU:C:2014:2385). La actora presentó una demanda para obtener información sobre los efectos secundarios de un medicamento para la diabetes, tras sufrir daños, al amparo de la normativa nacional (alemana) que le reconocía este derecho. Se planteó una cuestión prejudicial

Como el art. 3.1 PD-REIA, el apartado primero del art. 9 DRPD resalta la necesidad de acreditar el fundamento fáctico y jurídico de la pretensión que se pretende ejercitar⁶⁰. Como se vio al tratar sobre el art.3.1 PD-REIA, a dicha acreditación, en buenos principios, no le ha de resultar exigible el mismo estándar que para fijar los hechos constitutivos de la demanda, sino una demostración «suficiente», en el sentido de *fumus boni iuris* o principio de prueba, no concluyente pero sí indicativa de un cierto grado de prosperabilidad de la pretensión.

Como se ve, en contraste con el art. 3.1 PD-REIA, el precepto no contempla la posibilidad de solicitar medidas de exhibición *ante demandam*, lo que obviamente supone un claro inconveniente o desventaja respecto de la PD-REIA⁶¹. Los números 3, 4 y 5 del referido art. 9 DRPD se refieren a la verificación por parte del órgano judicial de que las medidas proporcionadas resulten necesarias y proporcionadas y se dispone que los órganos judiciales deben estar investidos de las necesarias facultades para adoptar las medidas precisas para proteger la confidencialidad del secreto empresarial⁶². El contenido de dichos apartados se asemeja mucho a lo dispuesto por el art. 3.4 PD-REIA y que ha sido objeto de comentario al analizar dichos preceptos páginas atrás, razón que me excusa de reproducir en este momento las consideraciones allí realizadas.

A diferencia de la PD-REIA, el art. 9.2 DRPD tiene la virtud de poner a disposición también del demandado la posibilidad de obtener prueba en poder del actor, restaurando así el debido equilibrio e igualdad de armas entre ambas posiciones procesales⁶³.

De mayor interés es lo que dispone el apartado 6 DRPD, cuando establece que los Estados miembros garantizarán que, cuando una parte deba exhibir pruebas, *los tribunales nacionales están facultados para, previa solicitud debidamente motivada de la contraparte o cuando el tribunal nacional lo considere apropiado y de conformidad con legislación nacional, exigir que dichas pruebas se presenten en un formato fácilmente accesible y de manera fácilmente comprensible, si*

para resolver si el reconocimiento de este derecho en la normativa nacional suponía una reversión de la carga de la prueba que incumbe al perjudicado (Art. 4 Directiva 85/374/CEE) y si modificaba los requisitos de exención del productor reconocidos en la Directiva (Art. 7). El TJUE concluyó que el reconocimiento de tal derecho no suponía ni un peligro para la efectividad del régimen, ni para los objetivos perseguidos. Cfr. *La adaptación de la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio, en materia de responsabilidad...*cit., p.477.

⁶⁰ Los Estados miembros garantizarán que, a petición de una persona perjudicada que reclame ante los tribunales nacionales una indemnización por los daños causados por un producto defectuoso («el demandante»), que haya presentado hechos y pruebas suficientes para respaldar la plausibilidad de la reclamación, el demandado sea requerido a revelar las pruebas pertinentes de que disponga, en las condiciones establecidas en este artículo.

⁶¹ También critica este aspecto, MARTÍN CASALS, *Las propuestas de la Unión Europea...*cit., pp.76-77.

⁶² Art. 8 DRPD: 1. (...). 2. *Los Estados miembros garantizarán que los órganos jurisdiccionales nacionales limiten la exhibición de pruebas a lo que sea necesario y proporcionado para respaldar la demanda a que se refiere el apartado 1.* 3. *A la hora de determinar si la exhibición es proporcionada, los órganos jurisdiccionales nacionales tendrán en cuenta los intereses legítimos de todas las partes, incluidas las terceras partes afectadas, en particular en relación con la protección de la información confidencial y los secretos comerciales en el sentido del artículo 2, apartado 1, de la Directiva (UE) 2016/943.* 4. *Los Estados miembros garantizarán que, cuando se ordene a un demandado divulgar información que sea un secreto comercial o un presunto secreto comercial, los órganos jurisdiccionales nacionales estén facultados, previa solicitud debidamente motivada de una parte o por propia iniciativa, para adoptar las medidas específicas necesarias para preservar la confidencialidad de esa información cuando se utilice o se mencione en el transcurso del procedimiento judicial.*

⁶³ *Los Estados miembros garantizarán que, a petición de un demandado que haya presentado hechos y pruebas suficientes para demostrar que precisa obtener pruebas para oponerse a una reclamación indemnizatoria, el demandante está obligado, de conformidad con la legislación nacional, revelar pruebas pertinentes que estén en poder del demandante.*

dicha presentación se considera proporcionada por el tribunal nacional en términos de costes y sacrificios para la parte requerida.

El precepto no hace sino recoger lo dispuesto en la jurisprudencia del TJUE, relativa a la exhibición de pruebas ordenadas en la tramitación de acciones indemnizatorias *follow-on* en materia de Derecho de la Competencia. Se trata, en concreto, de la STJUE (Sala Segunda) de 10 de noviembre de 2022, asunto c-163/21, *AD y otros/Paccar INC, Daf Trucks NV, Daf Trucks Deutschland GMBH*.

La sentencia se ocupa interpreta art. 5 de apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2014/104/UE y establece que «la referencia efectuada en dicha disposición a las pruebas pertinentes en poder de la parte demandada o de un tercero comprende también las pruebas que la parte frente a la que se dirige la solicitud de exhibición de pruebas deba crear *ex novo*, mediante la agregación o clasificación de información, conocimientos o datos que estén en su poder, siempre y cuando se respete estrictamente el artículo 5, apartados 2 y 3, de dicha Directiva, que impone a los órganos jurisdiccionales nacionales competentes el deber de limitar la exhibición de pruebas a lo que sea pertinente, proporcionado y necesario, tomando en consideración los intereses legítimos y los derechos fundamentales de esa parte».

Se trata de una cuestión que puede cobrar una enorme trascendencia práctica en el ámbito de las acciones indemnizatorias dirigidas contra empresas de IA, que, requeridas para exhibir prueba, pueden estar inclinadas a proporcionar datos y otras informaciones trasladando al requirente ingentes masas de datos sin elaboración alguna. La utilización de dichos datos precisaría una clasificación, sistematización, elaboración o procesamiento que exigiría al requirente de la prueba un inmenso trabajo, que en algún caso podría lindar con la imposibilidad práctica. Al requerido, por el contrario, señaladamente en el caso de las grandes empresas, dicha elaboración o procesamiento le puede resultar mucho más fácil, en atención a los medios informáticos, conocimiento y experiencia con los que cuentan. De hecho, un modo de frustrar el interés del requerido en la obtención de prueba es «ahogarlo» o sofocarlo bajo un alud de información de la que resulte prácticamente imposible extraer la que resulta relevante a efectos probatorios⁶⁴.

Finalmente, el apartado 7º del art. 9 que nos ocupa, establece que las disposiciones sobre obtención de prueba establecidas en el precepto no afectan a las disposiciones nacionales relativas a la obtención de prueba previas a la interposición de demanda, a las que se refiere con el término *pre-trial disclosure*, que evidentemente no equivale a la institución norteamericana del mismo nombre, sino, en general, a aquellas (generalmente escasas) disposiciones mediante

⁶⁴ El problema ya resultaba conocido en la jurisprudencia y en la práctica judicial estadounidense, de donde cabe concluir que la decisión del TJUE bien puede haber estado inspirada por lo dispuesto en la Regla 34 B de las Federal Rules of Civil Procedure (FRCP), que se ocupa de evitar “avalanchas” de información, es decir, de impedir que la parte requerida para aportar datos entierre al otro litigante en un volumen o masa ingente de información desordenada que, de hecho, dificulte o imposibilite dar con la información relevante. Dispone dicho precepto que, a menos que el tribunal estipule u ordene lo contrario, la exhibición de documentos o información almacenada electrónicamente seguirá las siguientes reglas: (i) Cada parte debe presentar los documentos tal como se conservan en la gestión habitual de sus negocios o deberá organizarlos y etiquetarlos para que se correspondan con las categorías de la solicitud; (ii) Si una solicitud no especifica un modo concreto para proporcionar la información almacenada electrónicamente objeto de requerimiento, cada parte deberá exhibirla del modo en el que normalmente se conserva o de un modo que permita razonablemente su uso (...).

las que los ordenamientos procesales de los Estados miembros puedan socorrer a sus justiciables para obtener prueba *ante demandam*.

4.4. Las medidas de aseguramiento de prueba en la PD-REIA

El apartado 3º del art.3 PD-REIA se refiere a las medidas de aseguramiento de prueba cuando dispone que *los Estados miembros velarán por que los órganos jurisdiccionales nacionales, a solicitud de un demandante, estén facultados para ordenar medidas específicas con el fin de conservar las pruebas mencionadas en el apartado 1*. Por aseguramiento de prueba parece que deben entenderse todas aquellas medidas encaminadas a asegurar o conservar las fuentes de prueba. Por expresarlo con palabras del art. 297 LEC, se trata de medidas solicitadas por cualquier litigante antes de la iniciación del proceso o durante el curso de este, dirigidas a obtener *aseguramientos útiles para evitar que, por conductas humanas o acontecimientos naturales, que puedan destruir o alterar objetos materiales o estados de cosas, resulte imposible en su momento practicar una prueba relevante o incluso carezca de sentido proponerla*. El referido precepto de la LEC especifica en su apartado 2º que *las medidas consistirán en las disposiciones que, a juicio del tribunal, permitan conservar cosas o situaciones o hacer constar fehacientemente su realidad y características. Para los fines de aseguramiento de la prueba, podrán también dirigirse mandatos de hacer o no hacer, bajo apercibimiento de proceder, en caso de infringirlos, por desobediencia a la autoridad*.

Realmente, la obtención de prueba y su aseguramiento son con mucha frecuencia actividades simultáneas y complementarias: se accede a la fuente probatoria y al mismo tiempo se adoptan las medidas necesarias para evitar su alteración o destrucción. Por dicha razón, el art. 283 bis f) 2) LEC, en materia de obtención de pruebas relativas a acciones de daños por infracciones al Derecho de la competencia, dispone que *la solicitud de medidas de acceso a fuentes de prueba puede incluir también la solicitud de medidas de aseguramiento de prueba, si procedieren con arreglo a los artículos 297 y 298 de esta ley*.

Las medidas de aseguramiento, como las de exhibición de prueba del art. 3 PD-REIA, pueden solicitarse antes y después de la incoación del proceso. Parece, además, que este tipo de medidas pueden resultar especialmente útiles y necesarias en el ámbito de la responsabilidad civil por productos de IA. En efecto, es posible que un demandado actual o futuro pueda destruir, manipular o alterar la fuente probatoria consistente, por ejemplo, en un soporte informático o medio audiovisual. Pensemos en el caso de unos archivos informáticos que se hallan en el disco duro del ordenador de una empresa, que contienen información sobre el desarrollo de un producto de IA a la que precisa acceder para probar una reclamación contra dicha empresa.

En estos casos puede que el acceso a la fuente de prueba para su aseguramiento requiera actuar sin poner sobre aviso al tercero o futuro litigante contrario, sorprendiéndolo para evitar que altere o destruya dicha fuente de prueba, lo que implica adoptar las medidas sin prestarle previa audiencia. El legislador español ha previsto este supuesto, que en el caso de los soportes informáticos puede resultar trascendental para la obtención de la prueba. Se trata,

concretamente, de lo dispuesto en el art. 298.5 LEC⁶⁵. Lógicamente, el destinatario de la medida deberá ser oído con posterioridad a su adopción (art. 298.6).

El art. 3.3 PD-REIA no prevé nada sobre la posibilidad de la adopción de las medidas *inaudita parte*. Como se ha dicho en relación con las peticiones de exhibición, el tan traído y llevado principio de efectividad del Derecho de la UE sugiere una interpretación que admita la adopción de las medidas sin prestar audiencia a la persona afectada, sin perjuicio de establecer la necesidad de prestar una razonable caución y de exigir que la adopción de la medida resulte jurídica y fácticamente fundada. Las mismas razones con las que argumenté entonces mi parecer favorable a dicha interpretación, me llevan en este momento a extraer la misma conclusión respecto de las medidas de aseguramiento. Repárese, además, que, en el caso de las medidas de aseguramiento, la conclusión contraria abocaría a una situación paradójica y absurda: los justiciables españoles podrían obtener medidas de aseguramiento de prueba *inaudita parte* excepto en el caso de que las soliciten con fundamento en las normas de transposición de la PD-REIA, si se llegase a promulgar en su versión actual. Por supuesto, cuando ejercitasen o se propusiesen ejercitar acciones para reclamar daños por productos de IA, no habría inconveniente en que acudiesen al régimen general de la LEC que les brinda en el ya referido apartado 5º del art.298 la posibilidad de conseguir el aseguramiento *inaudita parte*.

Al igual que sucedía con las medidas de exhibición de prueba, es preciso plantearse si, para hacer efectivo el aseguramiento pretendido, el tribunal puede llegar al punto de decretar medidas tan extremas como una entrada y registro en lugar cerrado o incluso en un domicilio. La ley procesal española en sus arts. 297 y 298 nada prevé al respecto. Aunque la PD-REIA guarde la misma actitud silente, el principio de efectividad de la UE al que aludíamos antes podría aconsejar también que los Estados hubiesen de prever este tipo de medidas especialmente contundentes en su legislación creando así el presupuesto esencial para afectar el derecho fundamental a la intimidad. Sin el apoyo de tales medidas, algunas pretensiones de aseguramiento pueden resultar completamente inviables. También en este caso huelga recordar que la adopción de la medida debería supeditarse a un razonable sustento fáctico y jurídico y resultar proporcionada en relación con el aseguramiento solicitado.

Respecto a las ventajas o utilidad que puede reportar al perjudicado la aplicación de medidas coercitivas para hacer efectiva una solicitud de aseguramiento, me remito a lo dicho en el apartado dedicado a dicho tipo de medidas en relación con las peticiones de exhibición.

Finalmente, el texto de la DRPD no contiene ninguna referencia a la posibilidad de adoptar medidas de aseguramiento. Aunque en el caso español cabría acudir a los referidos arts. 297 y 298 LEC para obtener un aseguramiento adecuado, parece conveniente que el legislador europeo contemple también alguna previsión a este respecto⁶⁶.

5. Conclusiones

⁶⁵ (...) cuando sea probable que el retraso derivado de la audiencia previa ocasione daños irreparables al derecho del solicitante de la medida o cuando exista un riesgo demostrable de que se destruyan pruebas o se imposibilite de otro modo su práctica si así se solicita, el tribunal podrá acordar la medida sin más trámites, mediante providencia. La providencia precisará, separadamente, los requisitos que la han exigido y las razones que han conducido a acordarla sin audiencia del demandado o de quien vaya a ser demandado (...).

⁶⁶ En este sentido también MARTÍN CASALS, *Las propuestas de la Unión Europea...cit.*, pp.76 y 77.

Los esfuerzos del legislador europeo para afrontar normativamente los problemas que plantea el desarrollo y la galopante extensión de la IA en materia de responsabilidad civil sólo pueden merecer un juicio laudatorio. En efecto, los instrumentos legales actualmente existentes, tanto en el ámbito del Derecho sustantivo de daños como en el de las normas procesales que le prestan efectividad, no son suficientes para dar una respuesta adecuada a los nuevos problemas.

Por lo que al objeto de este trabajo se refiere, no cabe sino saludar las innovaciones introducidas por la DRPD y la PD-REIA con el objeto de facilitar la prueba a las personas perjudicadas por productos y sistemas de IA. El primer aspecto positivo de ambos textos y, probablemente, el principal, es el establecimiento de mecanismos de obtención de prueba («exhibición de prueba» en la terminología las referidas propuestas normativas) que posibilitan al actor pertrecharse de los elementos probatorios necesarios para hacer prosperar sus pretensiones y superar la asimetría informativa que suele padecer respecto del demandado. Dichos cauces son, en el Derecho español vigente y en el de muchos Estados europeos, particularmente estrechos e insuficientes, reducidos básicamente, en el caso español, a unas raquíticas diligencias preliminares (arts. 256 y ss. LEC) limitadas a casos particulares y que, en la interpretación de la jurisprudencia, ni siquiera sirven para obtener fuentes de prueba. Los textos normativos analizados, por el contrario, siguiendo la positiva tendencia del legislador de la Unión en otras materias (Derecho de la competencia y propiedad intelectual, sobre todo) ponen al alcance de los perjudicados por productos y sistemas de IA la posibilidad de obtener todo tipo de pruebas e incluso beneficiarse de una útil presunción frente al demandado reacio a cooperar.

Los mecanismos de exhibición u obtención de prueba regulados en los textos normativos de la UE analizados, sin embargo, adolecen de ciertas deficiencias. Por una parte, habrían de estar tanto al alcance del actor como del demandado, cosa que sólo sucede en el caso del art. 9.2 DRPD. Además, debería poder echar mano de dichos cauces tanto el demandante actual como un potencial demandante, es decir, quien, respaldado por un buen fundamento tanto fáctico como jurídico, ponderase la posibilidad de interponer demanda. Esta posibilidad sólo está prevista en el art. 3 PD-REIA, pero no en el art. 9 PR-RPD. Además, tanto en el caso de las medidas de exhibición como en las de aseguramiento de prueba (que inexplicablemente no están previstas en la DRPD), sería preciso contemplar la posibilidad de su adopción *inaudita parte*, con el objeto de asegurar su eficacia cuando para ello resultase imprescindible proceder de dicho modo. Por otra parte, ni la PD-REIA ni la DRPD prevén la posibilidad de requerir la exhibición de prueba a terceros no litigantes, omisión especialmente llamativa en los asuntos relacionados con la IA, por cuanto la información que se precisa para demandar puede estar en poder de una gran variedad de operadores que no han sido llamados al proceso (importadores, fabricantes, servicios conexos etc.). Y, por último, las consecuencias de la negativa a exhibir podrían formularse en términos más enérgicos, a saber, dando lugar a una verdadera inversión de la carga de la prueba, y no a una simple presunción. Al menos el caso español, por las razones expuestas a su tiempo, esta parece ser la solución más acorde con la jurisprudencia constitucional en materia de frustración de la prueba del adversario. Y, además, en Derecho español también, dicha inversión bien podría llevarse a cabo por aplicación del art. 217.7 LEC.

Con carácter general, sin embargo, el legislador europeo acierta al establecer el mecanismo de las presunciones como el método principal para facilitar la prueba del perjudicado. Se trata del instrumento más equilibrado que permite, al mismo tiempo, aligerar la pesada carga probatoria

del perjudicado sin condenar al demandado a sufrir una excesiva dificultad para arrostrar la suya, como sucedería si, de modo sistemático, se invirtiese la carga de la prueba en su perjuicio. Como se ha visto, sin embargo, bajo el nombre de presunción, lo que el legislador europeo hace a veces en los textos normativos analizados es acudir a otro mecanismo de facilitación probatoria, como es el rebajamiento del estándar probatorio o grado de convicción que el órgano judicial ha de alcanzar para tener los hechos por fijados a efectos de aplicar el Derecho.

La PD-REIA, al estar exclusivamente referida a los casos de responsabilidad civil extracontractual subjetiva o basada en la culpa (art. 1.a), va a resultar de aplicación a personas jurídicas y a quienes hayan sufrido daños diferentes de los especificados en el art.4.6 DRPD (coincidente en buena parte con el vigente art. 129.1 TRLGDCU y 9 de la Directiva de Productos Defectuosos en vigor, aunque con importantes novedades)⁶⁷. En cambio, en el vasto ámbito del consumo, donde rige un sistema de responsabilidad objetiva, la DRPD va a tener una aplicación predominante.

Volviendo a los mecanismos de obtención de prueba, no parece razonable que el régimen de la exhibición de pruebas la PD-REIA brinde al actor mayores oportunidades que el de la DRPD. En efecto, parece más lógico que en ambos casos se ofrezcan a las partes las más amplias oportunidades posibles de obtención de prueba. En este sentido, sería aconsejable que el legislador español, a la hora de transponer las directivas estudiadas, lo hiciese extendiendo al ámbito de la IA el régimen de acceso a fuentes de prueba contenido en los arts. 283 bis 1 y ss. LEC, aplicable a las acciones resarcitorias *follow-on* derivadas de infracciones al Derecho de la competencia. Se trata de una regulación de alta calidad técnica, que se ha revelado como un eficiente instrumento para promover el derecho de los justiciables a la obtención de prueba y que puede prestar excelentes servicios en el ámbito de los procesos de responsabilidad civil por daños derivados del uso de la IA. Por no decir que convendría extender la aplicación de dicho régimen de obtención de pruebas a la generalidad de procesos civiles donde los litigantes precisen acceder a fuentes de prueba.

Por lo que se refiere a los mecanismos de facilitación probatoria, es comprensible que la DRPD proporcione, en lo que se refiere a las presunciones o al rebajamiento del estándar de certeza, mayores facilidades que la PD-REIA, por lógicas consideraciones de protección a los consumidores. La intención que parece presidir ambas propuestas legislativas consideradas de manera conjunta es que, fuera del ámbito de los consumidores, merecedor de una especial atención tuitiva, en el campo propiamente profesional o empresarial, es preciso moderar la introducción de mecanismos de facilitación probatoria con el objeto de no frenar o lastrar la expansión y la innovación en materia de IA, cosa que bien podría suceder si se exacerbase la dureza del régimen sustantivo de responsabilidad o, en nuestro caso, se facilitase desmesuradamente la prueba de los perjudicados. Es ese probablemente el motivo que explica el profuso despliegue de presunciones del art.10 DRPD frente a la modesta, aunque no despreciable, facilitación probatoria del art. 3.1. b) PD-REIA.

6. Bibliografía

⁶⁷ a) Muerte o lesiones corporales, incluidos los daños para la salud psicológica comprobados médicamente; b) Daños o destrucción de cualquier propiedad, excepto: i) el propio producto defectuoso; ii) un producto dañado por un componente defectuoso de ese producto; iii) las propiedades utilizadas exclusivamente con fines profesionales; c) pérdida o corrupción de datos que no se utilicen exclusivamente con fines profesionales.

APARICIO ARAQUE, B., *Responsabilidad civil derivada de los daños producidos por sistemas de inteligencia artificial*, Centro de Estudios de Consumo, septiembre de 2023. Accesible en <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/por-tematica/responsabilidad-en-derecho-de-consumo>.

ATIENZA NAVARRO, M.L., *¿Una nueva responsabilidad por productos defectuosos? Notas a la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos de 28 de septiembre de 2022 (COM/2022/495)*, InDret, n°2, 2023. Accesible en <https://indret.com/una-nueva-responsabilidad-por-productos-defectuosos/>

BERTOLINI, A., *Artificial intelligence and civil liability* (estudio encargado por la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo), julio 2020, disponible en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/621926/IPOL_STU\(2020\)621926_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/621926/IPOL_STU(2020)621926_EN.pdf)

Comisión Europea, Expert group on liability and new technologies (EGLNT), informe *Liability for artificial intelligence and other emerging digital technologies*, 2019, Disponible en: <https://data.europa.eu/doi/10.2838/573689>

Comisión Europea, *Best practices for the submission of economic evidence and data collection in cases concerning the application of articles 101 and 102 TFEU and in merger cases* (accesible en el enlace: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/best_practices_submission_en.pdf).

DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., *Eficiencia en el acceso a la información y fuentes de prueba en el proceso civil: tibias líneas convergentes EEUU/Europa*. Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal, núm. 1, 2023. Accesible en <https://www.revistasmarcialpons.es/rivitsproc/article/view/eficiencia-en-el-acceso-de-la-informacion-y-fuentes-de-prueba>

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

European Law Institute (ELI), *Guiding Principles for Updating the Product Liability Directive for the Digital Age, Pilot Innovation Paper*, 2021, disponible en https://europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Guiding_Principles_for_Updating_the_Product_Liability_Directive_for_the_Digital_Age_Pilot_Innovation_Paper.pdf

European Rules of Civil Procedure: https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/Reglas-en-espanol-2022-28-junio.pdf

FREER, R.D., *Civil Procedure*, 4º ed., Wolters Kluwer, 2017.

FRIEDENTHAL, J.H/KANE, M.K/MILLER, A.R, *Civil Procedure*, 5ª ed., West, Saint Paul (Minnesota), 2015.

GASCÓN INCHAUSTI, F., *Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la directiva 2014/104 y de la propuesta de ley de transposición*, Cuadernos de derecho transnacional, Vol. 9, Nº. 1, 2017. Disponible en <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3616>.

- *Las European Rules of Civil Procedure: ¿un punto de partida para la armonización del proceso civil?*, Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 13, Nº 1, 2021. Disponible en <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5960>.

GONZÁLEZ BELUCHE, P., *La adaptación de la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio, en materia de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos a la cuarta revolución industrial*, Cuadernos de Derecho Transnacional (octubre 2023), Vol. 15, Nº 2, pp. 446-488, disponible en: <https://doi.org/10.20318/cdt.2023.8065>.

MARCOS FERNÁNDEZ, F., *“Salas de datos” para acceso y comprobación de información y fuentes de prueba en los litigios de daños de camiones (I): ¿Un nuevo instrumento en los procesos de reclamación de daños causados por los cárteles?*, Febrero de 2020, accesible en el enlace <https://almacenederecho.org/salas-de-datos-para-acceso-y-comprobacion-de-informacion-y-fuentes-de-prueba-en-los-litigios-de-danos-de-camiones-i-un-nuevo-instrumento-en-los-procesos-de-reclamacion>

MARTÍN CASALS, M., *Las propuestas de la Unión Europea para regular la responsabilidad civil por los daños causados por sistemas de inteligencia artificial*, INDRET, nº2 2023, p.75. Accesible en <https://indret.com/las-propuestas-de-la-union-europea-para-regular-la-responsabilidad-civil-por-los-danos-causados-por-sistemas-de-inteligencia-artificial/>

NAVAS NAVARRO, S., *Régimen europeo en ciernes en materia de responsabilidad derivada de los Sistemas de Inteligencia Artificial*, Revista CESCO De Derecho de Consumo, (44), pp. 43-67. Accesible en https://doi.org/10.18239/RCDC_2022.44.3239.

ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., *Beweislastregeln im Anti-Diskriminierungsrecht*, en *Non-Discrimination in European Private Law*, AAVV (editado por SCHULZE), Mohr Siebeck, Tübingen 2011.

- *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*, Marcial Pons, Madrid 2005.
- *Discriminación y carga de la prueba en el proceso civil*. Editorial Marcial Pons, Madrid 2011.
- *El tratamiento procesal de la información constitutiva de secreto empresarial. Especial referencia a las medidas de protección de la confidencialidad de la Ley 1/2019, de Secretos Empresariales*, publicado en InDret 3, 2021, pp. 217-246. Disponible en <https://indret.com/el-tratamiento-procesal-de-la-informacion-constitutiva-de-secreto-empresarial-especial-referencia-a-las-medidas-de-proteccion-de-la-confidencialidad-de-la-ley-1-2019-de-secretos-empresariales/>
- *La adaptación del Derecho procesal español a las directivas antidiscriminatorias de la UE. Especial atención a la distribución de la carga de la prueba*. En AAVV, *Adaptación del derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales*. AAVV (dir. JIMÉNEZ CONDE, coords. FUENTES SORIANO/ GONZÁLEZ CANO) Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

- *La brecha procesal civil entre EEUU y Europa. Una visión panorámica de los principales puntos de divergencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- *La investigación en el proceso civil. Hacia una nueva ordenación de los mecanismos de averiguación de hechos y de obtención de fuentes de prueba*. Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas, nº1, 2020, pp. 256- 333. Disponible en el siguiente sitio de internet:
<https://apdpue.es/wp-content/uploads/2020/10/REVISTA-de-la-APDPUE-N%C2%BA-1-2020-1.pdf>
- *La prueba documental y la prueba mediante soportes informáticos*, La Ley, Madrid ,2019.

PRÜTTING, *Beweiserleichterungen für den Geschädigten. Möglichkeit und Grenzen*. Ponencia presentada y debatida en el Karlsruhe Forum y publicada en un número especial de la revista *Versicherungsrecht*, 1989, pp. 3 ss.

SUBRIN, N.Stephen et al., *Civil Procedure. Doctrine, Practice and Context*, 4^a ed., Wolters Kluwer, Frederick (Maryland), 2012.

Personalidad jurídica y penas

Sumario

-
Se argumenta y pretende demostrar que el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, según el artículo 31 bis del Código Penal y normas concordantes, se explica adecuadamente desde una concepción patrimonial de la persona jurídica. Las personas jurídicas son creaciones del Derecho; son esencialmente patrimonios y su régimen jurídico pertenece al Derecho de Cosas, no al Derecho de la Persona. Por el contrario, el Derecho Penal es exclusivamente aplicable a los individuos y la teoría del delito no puede ser aplicada a las personas jurídicas, ya que estas no pueden ser sujetos activos de un delito ni culpables. Además, se argumenta que las penas, que expresan la capacidad humana para la responsabilidad, no pueden ser impuestas a las personas jurídicas, que solo pueden responder patrimonialmente. El legislador reconoce esta realidad al considerar las «consecuencias accesorias» del delito como penas para las personas jurídicas en el artículo 31 bis del Código Penal. Se concluye que la responsabilidad de las personas jurídicas es formalmente penal, pero no materialmente penal. Se aboga por abandonar las herramientas conceptuales del Derecho Penal y adoptar las de la responsabilidad patrimonial del Derecho Civil para entender correctamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Abstract

-
This article proposes that the legal framework governing the criminal liability of legal entities, as detailed in Article 31 bis of the Penal Code and its associated regulations, is more coherently explained through a property-based perspective of legal entities. As constructs of law, legal entities are fundamentally regarded as 'things', aligning their legal treatment more with the Law of Things than the Law of Persons. In contrast, Criminal Law is applicable solely to natural persons, and the concept of crime cannot be expanded to include legal entities, which lack the capacity for active criminal behaviour or culpability. It is argued that criminal sanctions, which reflect personal accountability, are unsuitable for legal entities that should be subject only to pecuniary responsibility. The legislator recognizes this distinction by categorizing the «ancillary consequences» of a crime as sanctions applicable to legal entities under Article 31 bis of the Penal Code. It is proposed that penalties such as fines or the dissolution of legal entities be viewed through the lens of pecuniary liability as defined in Civil Law, rather than through the lens of penal theory. To conclude, the paper underscores that while the liability of legal entities is nominally criminal, it is not substantively so. The paper advocates for the abandonment of Criminal Law's conceptual apparatus in favor of the civil liability principles for a more precise interpretation of the criminal liability of legal entities.

Title: Legal personhood and criminal penalties

-
Palabras clave: personalidad jurídica, Derecho de Cosas, penas, entidades jurídicas, consecuencias accesorias del delito

Keywords: legal personhood, Law of Things, criminal sanctions, legal entities, ancillary consequences of crime

-

DOI: 10.31009/InDret.2024.i3.13

3.2024

Recepción
19/02/2024

-

Aceptación
21/05/2024

-

Índice

-

1. **Penas y patrimonios.**
2. **La analogía posible entre individuos y personas jurídicas.**
3. **Planteamiento y orden de la exposición.**
4. **La relación entre el delito cometido por los administradores o empleados y la pena que se impone a la persona jurídica.**
5. **El carácter objetivo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la exención del pago de la multa del artículo 31 bis 2 CP.**
 - 5.1. *El defecto de organización.*
 - 5.2. *La tesis del favorecimiento.*
 - 5.3. *La lógica de la «colaboración».*
6. **Sólo sanciones patrimoniales para la persona jurídica.**
 - 6.1. *La introducción de la multa entre las consecuencias accesorias a través del artículo 31 bis CP.*
 - 6.2. *La «pena» de disolución es una consecuencia patrimonial.*
7. **Las penas a las personas jurídicas no son penas: son «consecuencias accesorias» del delito cometido por los administradores o empleados de la persona jurídica.**
 - 7.1. *Exposición general.*
 - 7.2. *La imposición de penas a las personas jurídicas no puede cumplir con la función retributiva o preventiva de las penas.*
 - 7.3. *Consecuencias accesorias y función social de las personas jurídicas.*
 - 7.4. *El artículo 130.2 CP: la responsabilidad penal de las personas jurídicas no se extingue a pesar de que se extinga la personalidad jurídica.*
 - 7.5. *La responsabilidad penal de la persona jurídica no depende de lo simple o compleja que sea ésta ni de que se haya constituido para perseguir fines ilícitos.*
 - 7.6. *Las penas a las personas jurídicas cumplen una función semejante al decomiso: las multas son a los patrimonios lo que el decomiso es a los bienes singulares.*
 - 7.7. *No es un debate nominal.*
 - 7.8. *La constitucionalidad del régimen legal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: ni responsabilidad por hechos de otros ni responsabilidad colectiva.*
 - 7.9. *La ausencia de buenas razones de política criminal.*
8. **Bibliografía**

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-

No Comercial 4.0 Internacional 

1. Penas y patrimonios*

En las páginas que siguen trataré de demostrar que el régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas dibujado en el artículo 31 bis del Código Penal (CP) y en las normas concordantes se explica adecuadamente partiendo de una concepción patrimonial de la persona jurídica. El razonamiento es el siguiente:

Primero. Los hombres son un resultado de la Naturaleza y las leyes de la Evolución. Las personas jurídicas son una invención jurídica que, en consecuencia, forma parte de las cosas, no de las personas.

Segundo. Las personas jurídicas son un tipo específico de «cosas»: son patrimonios, y su régimen jurídico forma parte del Derecho de Cosas y no del Derecho de la Persona.

Tercero. El Derecho Penal es Derecho de la Persona en sentido estricto, *ergo*, no puede construirse la responsabilidad penal de las personas jurídicas recurriendo al Derecho Penal, esto es, a las personas jurídicas no se les puede aplicar la teoría del delito.

Cuarto. Tampoco se les pueden imponer penas. Las penas expresan la capacidad humana para la responsabilidad. Responsabilidad personal solo puede predicarse de las personas. Las personas jurídicas sólo pueden responder patrimonialmente, *ergo*, no pueden ser destinatarias de penas.

El legislador ha rendido homenaje a esta realidad «ontológica» en el artículo 31 bis CP convirtiendo las llamadas «consecuencias accesorias» del delito en penas y añadiendo la multa. Este precepto no dice que una persona jurídica será condenada a la pena de X o Y cuando haga o no haga algo y lo haga de modo culpable; no dice «*La persona jurídica que matare a otro será condenada a la pena de reclusión menor. Si matare a otra persona jurídica, la pena se aplicará en su grado mínimo*» parafraseando el antiguo artículo 407 del Código Penal de 1870. No podría decirlo porque las personas jurídicas no pueden ser sujetos activos de un delito ni pueden ser culpables. Como «cosas» que son, sólo pueden ser instrumento o beneficiario (patrimonial) del delito².

Del mismo modo, a las personas jurídicas no se les pueden aplicar penas en el sentido de la teoría de la pena. Ni las multas – o disolución – a las personas jurídicas tienen el objetivo que tiene la imposición de penas ni los criterios de imputación subjetiva (dolo, imprudencia, deber de garante en el caso de las omisiones, en general, posibilidad de una conducta diferente) le son aplicables.

* Jesús Alfaro Águila-Real (jesus.alfaro@uam.es). Este trabajo ha recibido la financiación del proyecto del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, «Gobierno Corporativo: el papel de los socios» (III). (PID2022-138664NB-C21) (A. Perdices Huetos; y, B. Bagó Oria (dirs.). El autor quiere agradecer los comentarios de Fernando Pantaleón, Irene Navarro Frías, Francisco Garcimartín, Cándido Paz-Ares, Juan Antonio Lascuraín y Pedro del Olmo y de dos evaluadores anónimos, los errores son solo míos.

² Para una crítica de los planteamientos que asimilan a individuos a las personas jurídicas en el ámbito penal y que se preguntan por si la persona jurídica que ha «delinquido» conserva su identidad criminal cuando se le impone la multa, o se ha «reformado» v., ALFARO ÁGUILA-REAL «Los delirios a los que conduce aplicar analógicamente el Derecho de Personas a las personas jurídicas y el barco de Teseo», *Blog Derecho Mercantil 2024* donde se resume y critica a DIAMANTINIS, «Corporate Essence and Identity in Criminal Law». *Journal of Business Ethics* 154, 955–966 (2019).

La distinción entre responsabilidad personal y responsabilidad patrimonial ha sido crucial desde los tiempos más remotos para separar el Derecho Penal del Derecho Civil. En la antigüedad, la responsabilidad era personal, es decir, los deudores y los que dañaban a otros «pagaban» su deuda o su fechoría con su cuerpo. Sólo recientemente en términos históricos, la responsabilidad por incumplir obligaciones o dañar a otros ha devenido exclusivamente patrimonial y la imposición y exigibilidad de responsabilidad personal (en el sentido de «corporal») ha quedado reservada al Derecho Penal. Sólo a través del Derecho Penal (y las estrictas condiciones de aplicación que exigen sus normas) se pueden imponer penas, esto es, exigir responsabilidad personal a un individuo por lo que ha hecho³.

De esto se deduce que, para imponer multas o la disolución/ liquidación a una persona jurídica no necesitamos recurrir a la teoría de las penas porque no se trata de responsabilidad personal. Necesitamos acudir al régimen civil de la responsabilidad patrimonial. Que la responsabilidad patrimonial se exija a través del proceso penal no cambia su naturaleza. Simplemente, garantiza un mayor rigor en la acusación y una «señal» más potente respecto del reproche social dirigido contra la persona jurídica condenada, lo que permite que los particulares «mejoren» sus decisiones individuales respecto de su participación como miembros de tales personas jurídicas cuando tienen forma de corporación.

Se sigue de este enunciado que la responsabilidad de las personas jurídicas es sólo formalmente penal. No es materialmente penal. El Derecho Penal de las personas jurídicas es, como dice Sánchez Ostiz derecho penal de las cosas, no de las personas⁴ y los penalistas deben abandonar sus herramientas conceptuales para abrazar las de la responsabilidad patrimonial del Derecho Civil si quieren explicar la responsabilidad penal de las personas jurídicas correctamente. En otro caso, no habrá más remedio que acusarles de [tener sólo un martillo en su caja de herramientas conceptuales](#) y, en consecuencia, caer en la tentación de tratar como «clavos» todos los problemas que aparecen a su alrededor.

La consideración de las personas jurídicas como patrimonios y la responsabilidad penal de las personas jurídicas como responsabilidad patrimonial es una *better explanation* en el sentido de David Deutsch. Una explicación de un fenómeno es mejor si no es «fácil de cambiar»⁵. P. ej., si decimos que [las personas jurídicas son metasujetos](#), como dice Cigüela⁶, cuando una norma que se aplique a los individuos no pueda aplicarse a una persona jurídica, siempre podremos adaptar el concepto de metasujeto para deducir de su «naturaleza» de metasujeto que configuramos libérrimamente, la inaplicabilidad de la norma de que se trate. O, aplicando [el principio Anna Karenina](#), todos los individuos son sujetos de derecho de forma semejante pero los no-individuos, incluyendo las personas jurídicas, los chimpancés, los robots o el Mar Menor o los

³ V., ALFARO ÁGUILA-REAL, «Responsabilidad personal y responsabilidad patrimonial», *Almacén de Derecho* 2019-2021, con más indicaciones.

⁴ SÁNCHEZ OSTIZ, «La acción de las personas jurídicas: límites de una ficción», *La Ley compliance penal*, Nº. 3, 2020

⁵ <https://sashinexists.com/letter/the-makings-of-a-good-explanation/> «fácil de cambiar o variar significa que, independientemente de las observaciones con las que nos encontremos, podemos modificar la teoría para acomodarlas. Puede ser comprobable, pero sigue siendo una mala explicación: si se puede adaptar para explicar algo, en realidad no explica nada».

⁶ CIGÜELA SOLA, «El injusto estructural de la organización. Aproximación al fundamento de la sanción a la persona jurídica». *InDret*, 1/2016, pp 1-28.

«metasujetos» son sujetos de derechos cada uno a su manera. Por el contrario, una doctrina patrimonialista de la persona jurídica es difícil de variar porque se basa en un par de conceptos – el de patrimonio y el de capacidad de obrar – que son difícilmente manipulables ya que reina un amplio consenso respecto de su significado. Por el contrario, no reina tal consenso respecto a lo que sea un «metasujeto» o lo que pueda ser la «desorganización».

La cuestión se reduce, pues, a si el patrimonio de la persona jurídica debe responder de los delitos cometidos por los individuos que actúan con efectos sobre ese patrimonio cuando esa responsabilidad se exige en el marco de la aplicación del Derecho Penal. La respuesta es, en principio, afirmativa porque tenemos «buenos» criterios para imputar objetivamente al patrimonio personificado las consecuencias de dichas conductas (están dibujados en el art. 31 bis CP) y, esos mismos criterios, explican simultáneamente en qué casos se exime de responsabilidad al patrimonio. Pero esos criterios no tienen por qué – no pueden – coincidir con los que utilizamos para condenar penalmente a los individuos. Porque la teoría del delito y de las penas es una teoría sobre determinadas acciones humanas y aplicar sus conceptos e instituciones a las personas jurídicas operando por analogía es un proyecto destinado al fracaso. No hay analogía alguna entre seres humanos y personas jurídicas en lo que se refiere a la acción típica, antijurídica y culpable que constituye el núcleo de la teoría del delito. Por razones semejantes y la estrecha relación con la teoría de la pena, tampoco pueden imponerse penas a las personas jurídicas⁷.

⁷ La exposición más potente de todos estos argumentos es la de MOLINA FERNÁNDEZ, «Societas peccare non potest...nec delinquere», en *Estudios de Derecho Penal: homenaje al profesor Miguel Bajo* / coord. por Silvana Bacigalupo Saggese, Bernardo José Feijoo Sánchez, Juan Ignacio Echano Basaldua, pp. 361-416. Mi coincidencia con el profesor Molina es total y su argumentación que refuta cualquier posibilidad de incrustar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la teoría del delito y de la pena me parece «tumbativa». También me ha sido de utilidad especialmente el trabajo de GRACIA MARTÍN, «La inexistente responsabilidad "penal" de las personas jurídicas», 2015 y *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 18-05 (2016), se cita por el texto de 2015. Dice este autor que «en el sustrato real de la persona jurídica no se ha encontrado absolutamente nada que se parezca ni en una mínima partícula a la acción y a la culpabilidad del Derecho penal y de ningún Derecho de sanciones» (texto sobre nota 55 y, citando a Schünemann) «no se pueden construir en absoluto ningún concepto de acción ni de culpabilidad de la persona jurídica sin quebrantar las reglas del pensamiento y del habla racionales, y por añadidura —lógicamente— que absolutamente nada de lo que pueda imponerse a ella podrá tener la naturaleza de una sanción en sentido estricto y menos aún una pena». Unos conceptos de acción y de culpabilidad para la persona jurídica «según Schünemann sería una completa arbitrariedad, pues con ellos se trataría igual a lo que evidentemente es desigual, y además, emplear las mismas expresiones para llamar a objetos que son completamente diferentes es quebrantar las reglas de la lógica... los principios del habla racional» (texto sobre nota 108). Explica también este autor que Jakobs propuso en 1991 «la construcción puramente normativa de unos conceptos de acción y de culpabilidad idénticos para la persona natural y para la jurídica». Pero, en 2002, dio un «espectacular giro hacia el sentido contrario de negarle a la persona jurídica toda subjetividad jurídico penal (en particular, la capacidad de culpabilidad) con el argumento ontológico de la ausencia en ella de toda —conciencia de sí misma, la cual sería un presupuesto necesario de la culpabilidad» (texto sobre notas 38-39). Así las cosas, no creo que tenga mucho interés discutir si la persona jurídica responde por hecho propio o se le trasladan las consecuencias de un hecho ajeno. V., más indicaciones en GONZÁLEZ URIEL, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas, el delito corporativo y el blanqueo de dinero», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, LXXVI, 2023, p 221 ss, p 243 y para una crítica de la posición diferente de FEIJOO SÁNCHEZ, «La función de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho penal español», *Revista de Responsabilidad Pena de Personas jurídicas y Compliance*, 1(2023), pp 1-121; v., ALFARO ÁGUILA-REAL, Responsabilidad penal de la persona jurídica: teoría del delito y dogmática de la responsabilidad, *Blog Derecho Mercantil*, 2024. Tiene razón Schünemann, «Responsabilidad penal en el marco de la empresa Dificultades relativas a la individualización de la imputación», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, LV. 2002, pp 9-38, cuando critica la distorsión de los conceptos de pena y culpabilidad que llevan a cabo los partidarios del «defecto de organización»: «en el debate alemán actual existe una creciente negligencia en la precisión conceptual». La «pena» no es «cualquier palabra». Es una categoría necesaria lógicamente: «el Derecho Penal, a diferencia del Derecho de Policía... protege los bienes jurídicos mediante normas de prohibición; cuando la norma de prohibición es infringida culpablemente, la penalización de quien la ha infringido es necesaria y legítima. Las

2. La analogía posible entre individuos y personas jurídicas

La analogía entre individuos y personas jurídicas es posible sólo si se basa en lo que tienen en común ambos: el patrimonio. El patrimonio de un individuo (Juan o Manuela) ha de soportar la multa-pena porque el individuo titular del patrimonio (Juan o Manuela) ha cometido el delito. Es decir, si separamos mentalmente al individuo de su patrimonio (a Juan de su patrimonio y a Manuela del suyo), tendríamos que concluir que, como el individuo es el que actúa por cuenta y con efectos sobre ese patrimonio, ese patrimonio ha de responder penalmente cuando el individuo comete un delito. Si se sancionase al individuo y a su patrimonio con sendas multas, incurriríamos en *bis in idem* porque no podemos separar al delincuente de su patrimonio.

Pero en el caso de las personas jurídicas, podemos separar al delincuente Juan y su patrimonio del patrimonio de la persona jurídica (Juan y Manuela SA) porque la persona jurídica se define como un «patrimonio separado», de manera que, cuando un individuo relacionado con ese patrimonio separado (Juan, empleado o Manuela, administradora) comete un delito en beneficio de dicho patrimonio, se plantea la posibilidad de que la responsabilidad penal con forma de multa se haga efectiva sobre dos patrimonios: el de Juan o Manuela y el de la persona jurídica.

Este experimento mental (separar el patrimonio de Juan del individuo Juan) descarta cualquier preocupación por calificar la responsabilidad de ese patrimonio como «objetiva»: siempre que un individuo realiza una conducta que genera responsabilidad patrimonial es necesario especificar qué patrimonio será responsable. Cuando un individuo Juan comete un delito actuando por cuenta y en beneficio de un patrimonio distinto del suyo (de Juan y Manuela SA), tan objetiva es la responsabilidad de su patrimonio personal como la del patrimonio en cuyo beneficio actuó⁸. De manera que la cuestión de si debe imponerse una multa a Juan es una cuestión que debe decidirse de acuerdo con las exigencias de la teoría del delito y de la pena. Pero si, además, debe imponerse una multa a Juan y Manuela SA es «derecho penal de las cosas» y queda a la discrecionalidad del legislador y a sus objetivos de política criminal porque, de acuerdo con las reglas generales sobre la responsabilidad patrimonial, el patrimonio que es Juan y Manuela SA está suficientemente relacionado con el delito porque Juan forma parte de la estructura que permite a la persona jurídica actuar (capacidad de obrar).

La conducta del administrador es una conducta de la persona jurídica. Y aunque no pueda admitirse que forme parte de sus facultades como órgano cometer delitos, tal alegación será un buen argumento para permitir a la persona jurídica repetir contra el administrador – delincuente

normas de prohibición regulan comportamientos humanos, por lo que los procesos sistémicos (se refiere a las personas jurídicas) no pueden ser, como tales, al igual que los sucesos desarrollados conforme a la causalidad natural, objeto de ellas... la norma de prohibición se dirige necesariamente al actuar humano y a su evitabilidad, es decir, a la culpabilidad humana, y con ello a presupuestos lógico-materiales que no pueden ser reemplazados por la imputación de otra cosa».

⁸ Por eso hace bien la jurisprudencia (STS, Sala 2ª, de 7 de febrero de 2019, citada por MONTANER FERNÁNDEZ, «El compliance como termómetro de la diligencia penalmente exigible a las empresas», *LA LEY Compliance Penal*, abril-julio 2020, núm. 1) cuando afirma que si el delito de estafa se cometió por el administrador único – que falleció antes de terminada la instrucción – la responsabilidad de las sociedades limitadas controladas por este administrador es una consecuencia evidente puesto que es imposible que existiera en ellas el «debido control» de la conducta del administrador. Y es absurdo, creo, plantearse si el Supremo se «aproxima peligrosamente a una suerte de responsabilidad objetiva» de la persona jurídica. Bien planteado, en MOLINA FERNÁNDEZ, *Estudios Bajo*, p 380.

por los daños sufridos como consecuencia de su delito, pero no es un argumento suficiente para excluir la responsabilidad de la persona jurídica (la llamada «responsabilidad externa»)⁹.

Y si el hecho de que el delito haya sido cometido por un administrador o empleado en el ejercicio de sus funciones es suficiente para justificar jurídicamente que el patrimonio de la persona jurídica responda, no se ve por qué no ha de ser suficiente para que responda penalmente una vez que, como quedará demostrado, la regulación de las penas a las personas jurídicas no se atiene a los principios y valores que inspiran la imposición de penas a los individuos¹⁰.

Al hacer responder al patrimonio personificado no se está transfiriendo la responsabilidad penal entre individuos que es lo que veda el principio de personalidad de las penas y el principio de culpabilidad. Para obligar a pagar la multa penal a la persona jurídica basta con los criterios generales de imputación objetiva del Derecho Civil. Y desde éstos, es una obviedad la responsabilidad de las personas jurídicas por las conductas realizadas por sus órganos o empleados¹¹.

Los patrimonios pueden «responder» porque los patrimonios tienen capacidad jurídica – se les pueden imputar derechos y obligaciones –, es decir, pueden soportar deudas (art. 38 CC) incluidas las derivadas de sanciones y pueden dotarse de capacidad de obrar (imputar a esos patrimonios la conducta de individuos que ocupan los órganos de la persona jurídica). El legislador penal puede, pues, aprovechar la «capacidad jurídica» de los patrimonios para imponerle sanciones que se liquidan en un proceso penal¹².

Pero para imponer sanciones de multa o liquidación no tiene que verificarse un imposible: que la persona jurídica haya cometido un delito. Las sanciones que se imponen a las personas jurídicas no son penas. Si el Derecho Penal es la *ultima ratio* y desempeña las funciones sociales

⁹ V., ampliamente, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, «¿Existe un deber de legalidad de los administradores? *Revista de derecho mercantil*, n.º 330, 2023, pág. 1 ss.

¹⁰ En este punto, la tesis que se desarrolla en el texto completa la esbozada por MOLINA FERNÁNDEZ, *Estudios Bajo*, p 401 ss). A mi juicio, es posible dar cuenta y cumplir la voluntad del legislador sin distorsionar ni la teoría del delito ni la teoría de la pena si calificamos – como parece aceptar también Molina – a las «penas» que se imponen a las personas jurídicas como consecuencias accesorias del delito, como luego se verá que se hace en estas páginas, y se considera el art. 31 bis CP y concordantes como una norma de remisión analógica. Lo que «manda» el legislador penal es que a las consecuencias accesorias de los delitos cometidos por administradores o empleados de una persona jurídica en su beneficio se le apliquen las normas sobre las penas en la medida en que éstas sean compatibles con la naturaleza jurídica de las personas jurídicas. Se explica así que, como se dice en el texto a continuación, no haya problema alguno con el principio de personalidad de las penas.

¹¹ Si, cuando el administrador celebra el contrato de compraventa, es el patrimonio social el que adquiere la propiedad del bien; si, cuando un empleado de la persona jurídica en el desarrollo de las tareas asignadas daña a un tercero, la persona jurídica ha de indemnizar los daños (además de la responsabilidad extracontractual del empleado por razones que no puedo explicar aquí); si, cuando el director comercial celebra un acuerdo colusorio con sus competidores, es la persona jurídica la que ha de pagar la multa que le impondrán las autoridades de competencia, ¿qué hay de extraño en que el patrimonio personificado deba pagar la multa – pena que se le impone cuando el administrador, el director comercial o el empleado cometen un delito en el ejercicio de sus funciones y en interés de la persona jurídica?

¹² Que las personas jurídicas corporativas – las sociedades anónimas, las asociaciones, las fundaciones – sean algo más que un patrimonio dotado de capacidad de obrar no es una objeción decisiva al planteamiento que se está exponiendo. Sólo obliga a aplicar, además de las normas que se aplican a los patrimonios – Derecho de Cosas – las normas correspondientes al negocio jurídico que ha dado lugar a la formación de dicho patrimonio, normas que pertenecen al Derecho de Obligaciones y Contratos, tampoco al Derecho de la Persona. V., ALFARO ÁGUILA-REAL, «La concepción contractualista del Derecho de Sociedades y la concepción patrimonialista de la personalidad jurídica», *Almacén de Derecho*, 2023

que desempeña es porque sólo el Derecho Penal puede privar a los individuos de los llamados bienes de la personalidad.

Como se ha dicho, las penas son «personales» en sentido literal y estricto, por contraposición a «patrimoniales». Personales significa que recaen sobre los bienes de la personalidad de los que están dotados (por el Creador a decir de los *founding fathers* norteamericanos) todos los seres humanos: vida, libertad y derechos antes conocidos como «bienes de la personalidad». Las penas son como son porque son las que son y son las que son porque pretenden reprochar y desincentivar conductas de los titulares de tales bienes de la personalidad. De modo que no es posible aplicar penas analógicamente a las personas jurídicas que carecen, no solo de la capacidad de recibir un reproche, sino sobre todo, de bienes de la personalidad¹³.

De lo que se trata, pues, en la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es de aplicar a un patrimonio consecuencias adicionales a las penas que se aplican al individuo que ha delinquido en relación con dicho patrimonio. Y para que sea constitucionalmente legítimo hacerlo, basta un criterio de imputación objetiva. En el caso de los delitos cometidos por administradores o empleados de la persona jurídica, el artículo 31 bis CP elige el que se expresa en el brocardo *ubi commodum ibi est incommodum*. Puesto que la conducta delictiva se ha perpetrado en el ejercicio del cargo, es justo que la sanción se extienda al patrimonio potencialmente beneficiado por el delito. El supuesto de hecho al que el legislador anuda la consecuencia sobre el patrimonio personificado (multa o disolución/liquidación) es el delito cometido por un administrador o empleado de la persona jurídica, delito – a este sí – al que se aplica *in totum* la teoría del delito y al que se aplica una pena «personal».

Podemos hablar, además, de un administrador o empleado «de la» persona jurídica precisamente porque al patrimonio que es la persona jurídica pertenece un haz de derechos y obligaciones respecto de sus administradores y empleados que son recíprocos al haz de derechos y obligaciones que tienen éstos respecto de la persona jurídica, derechos y obligaciones que tienen su fuente en un contrato celebrado con ellos por el individuo que ocupa el órgano que dota de capacidad de obrar al patrimonio que es la persona jurídica.

Como se explicará más adelante, la imposición de una multa o de la liquidación no tienen como finalidad la propia de las penas. Su finalidad es reducir la probabilidad de que esos patrimonios se utilicen en el futuro para cometer delitos. Por tanto, ni fines de prevención, ni fines de retribución de las conductas delictivas sino un fin semejante al del decomiso. El legislador llama penas a esas multas, pero eso no vincula al intérprete. Como suele decirse, el legislador prescribe, proscribire o autoriza, pero no es una autoridad dogmática («lex moneat, non doceat»). Las penas

¹³ Una buena parte de los penalistas acepta que las multas-penas a personas jurídicas no «son auténticas penas criminales» (Robles, Coca, Silva, Goena). Por ejemplo, si se dice que la pena es un mal fáctico-aflictivo que consiste en «una afectación de la libertad individual del penado», mal podremos aplicar penas a una persona jurídica que, por definición, carece de «libertad individual». Y si se dice que la multa afecta a «la capacidad de consumo del penado», mucho menos, porque las personas jurídicas no tienen «capacidad de consumo» si entendemos que el consumo es un instrumento que tienen los individuos para – sobrevivir y – desarrollarse como individuos (art. 10.1 CE, v., COCA VILA, «La pena de multa en serio. Reflexiones sobre su dimensión y aseguramiento aflictivos a través del delito de quebrantamiento de condena (art. 468 CP)», *InDret* 3/2021; Correctamente, MOLINA FERNÁNDEZ, Estudios Bajo, *passim*).

a las personas jurídicas son «consecuencias accesorias» específicamente aplicables a las personas jurídicas¹⁴.

3. Planteamiento y orden de la exposición

No haber comprendido la naturaleza de las personas jurídicas explica la ansiedad de los penalistas por encontrar en el artículo 31 bis CP un criterio de imputación subjetivo. Si las personas jurídicas son personas o algo análogo a una persona, - se preguntan -, debemos encontrar algo en ellas análogo a una «acción» y algo análogo a una «conducta culpable». De ahí que se hayan lanzado a convertir una exclusión de responsabilidad (la existencia de un programa de cumplimiento penal) en una causa de justificación que excluiría la «culpabilidad» de la persona jurídica. Culpabilidad que consistiría, a contrario, en «estar desorganizada» y esa «desorganización» haber «favorecido» la comisión del delito.

La concepción alternativa que se desarrolla en estas páginas se resume como sigue: el supuesto de hecho del artículo 31 bis CP es la comisión de un delito por parte de los administradores o empleados de una persona jurídica. La consecuencia jurídica de la comisión de ese delito es la imposición de una pena a esos administradores o empleados. Hasta ahí estamos en el ámbito estricto del Derecho Penal (de personas). Además, el legislador ordena que se imponga una consecuencia accesoria – una multa – a la persona jurídica – a su patrimonio – pero que aquella persona jurídica que estuviera debidamente organizada se libre de la pena porque la imposición de la multa no es necesaria dado que no es probable ni la continuidad delictiva ni una ampliación de los efectos del delito.

En definitiva, una estrategia de análisis que considere a las personas jurídicas como patrimonios dotados de capacidad de obrar y que renuncie a aplicar la teoría del delito y la teoría de la pena a las sanciones penales que se imponen a las personas jurídicas cuyos miembros cometen delitos promete mejores resultados que una que los trate como sujetos de imputación análogos a las personas físicas. Tratar la responsabilidad penal de las personas jurídicas como responsabilidad patrimonial especial porque está asociada a la comisión de determinados delitos por individuos concretos y porque se aplica en el marco de un proceso penal conduce a soluciones sistemáticamente coherentes y no requiere de complicadas construcciones teóricas que no constituyen «buenas explicaciones» de las normas legales correspondientes¹⁵.

¹⁴ En el mismo sentido, MOLINA FERNÁNDEZ, *Estudios Bajo*, p 403 ss

¹⁵ V., MONTANER FERNÁNDEZ, *LA LEY Compliance Penal*, 2020, apartado 2.1) con un resumen de las posiciones sostenidas en la doctrina penalista española. Gracia, 2015, texto sobre nota 14 que afirma que «el art. 33.7 CP (contiene) un catálogo... de consecuencias jurídicas específicas para las personas jurídicas, a las cuales meramente denomina —penas sin serlo realmente; SILVA SÁNCHEZ, «Lo real y lo ficticio en la responsabilidad «penal» de las personas jurídicas», *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, 1(2023), p 21) propone renunciar a aplicar a la persona jurídica el Derecho Penal de los individuos para preservar la integridad de éste. Y en SILVA SÁNCHEZ, «La eximente de «modelos de prevención de delitos». Fundamentos y bases para una dogmática», *Estudios de Derecho Penal: homenaje al profesor Miguel Bajo* / coord. por Silvina Bacigalupo Saggese, Bernardo José Feijoo Sánchez, Juan Ignacio Echano Basaldua, pp 669-692, p 671 niega el carácter penal de la responsabilidad de la persona jurídica tanto en lo que a la conducta punible se refiere como en relación con la pena. Pero luego, como veremos, intenta como los demás, encontrar acomodo en la teoría del delito y de la pena a la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Tampoco la estrategia de elaborar un Derecho Penal de las Personas Jurídicas por analogía con el Derecho Penal de los Menores o de los incapaces parece prometedora. Aquí vale la pena recordar que Savigny equiparó prácticamente las personas jurídicas a los inimputables, pero lo pudo hacer porque pensaba que las personas jurídicas sólo tenían capacidad jurídico-patrimonial ([capacidad para ser parte/sujeto de una relación jurídica patrimonial](#)), de manera que su equiparación era sensata. Para producir efectos sobre el patrimonio del incapaz, hace falta que un individuo capaz actúe. Porque el incapaz tiene capacidad jurídico-patrimonial (se pueden imputar a su patrimonio bienes, derechos, créditos y deudas) pero carece de capacidad de obrar.

Para cometer delitos, sin embargo, no hace falta tener capacidad de obrar. Basta con la capacidad para actuar, es decir, basta con la condición de ser humano. Lo que le falta al incapaz es capacidad para ser culpable, no capacidad para actuar. La persona jurídica, como el inimputable, tiene capacidad jurídico-patrimonial, pero no tiene capacidad para actuar y, por tanto, [tampoco para cometer actos antijurídicos](#) ni para ser culpable. Esta es una diferencia fundamental entre las personas jurídicas y los inimputables que hace imposible construir el Derecho Penal de las primeras por analogía con el que se ha construido como Derecho Penal de los menores¹⁶.

La distinción entre el delito cometido por un mandatario – que actúe con poder de representación directa – y el delito cometido por un administrador – órgano de una persona jurídica – es ilustrativa. Igual que la personalidad jurídica, la representación opera el «milagro» de que los efectos jurídicos de lo hecho por el mandatario se imputen al patrimonio del mandante. Pero el delito cometido por el mandatario, no se «comunica» al mandante salvo que éste haya participado en él. La ficción que es la persona jurídica va más allá de la representación.

Son dos instituciones en alguna medida sustituibles. De hecho, los romanos inventaron la persona jurídica – en torno a la herencia yacente y a la utilización de esclavos como gestores de negocios – porque la representación directa no se adaptaba al mundo antiguo de modo que, en la persona jurídica, a diferencia de la representación, no hay dualidad de individuos (el representante y el representado). Sólo hay un individuo (el administrador, el esclavo) pero dos «personas», esto es, posiciones jurídicas (imputabilidad) o patrimonios (la persona jurídica y el administrador, el *dominus* y el esclavo). Cuando el mandante que ha otorgado el poder es también un individuo, la representación no plantea problema alguno a la aplicación del Derecho Penal a través de la doctrina sobre la participación. El delito lo habrá cometido el representante – mandatario o el mandante – representado según los casos y, también según los casos, uno u otro habrá participado en el delito cometido por el otro o habrá sido co-autor o inductor.

¹⁶ Por eso no puedo compartir la propuesta de Schünemann, *ADPCP*, 2002, pp 9-38 quien, tras criticar correctamente la aplicación a las personas jurídicas de las figuras de la autoría mediata y la representación, propone someter a «curatela» a las personas jurídicas en las que se cometen delitos en lugar de multas para evitar castigar a «inocentes» (los trabajadores y los accionistas dispersos). Como se explicará más adelante, las multas de gran envergadura señalan al mercado que esa persona jurídica no está «jugando limpio» y, por tanto, que no debe invertirse en ella ni trabajar para ella. Es adecuado, pues, desde el punto de vista de la asignación eficiente de los recursos que su patrimonio se vea reducido y su lugar, en su caso, en el mercado sea ocupado por otras personas jurídicas que jueguen «limpio». Lo que hacen las multas es acelerar la reasignación de los recursos allí donde tienen más valor (en manos de gestores que velan por el cumplimiento de las leyes). Los trabajadores, como cualquier otro «recurso» debe desplazarse a donde tiene más valor, lo que incluye abandonar las empresas con cuyos patrimonios se cometen delitos. V., *infra* lo que se dirá sobre el art. 66 bis CP

4. La relación entre el delito cometido por los administradores o empleados y la pena que se impone a la persona jurídica

Un primer indicio de lo correcto de la aproximación que se ensaya en estas páginas es que la comisión de delitos por parte de administradores o empleados no es solo *conditio sine qua non* para que la persona jurídica pueda ser declarada responsable sino que es el fundamento de la imposición de la multa. Si no hay delito cometido por un individuo, no hay posibilidad de exigir responsabilidad penal a la persona jurídica.

Si se pretendiera construir una responsabilidad penal de las personas jurídicas estructuralmente diferente de la responsabilidad patrimonial en general y análoga a la responsabilidad penal de los individuos, sería necesario volver del revés la previsión del artículo 31 bis CP. Es decir, para poder exigir responsabilidad a los individuos que actúan por cuenta y en interés de la persona jurídica sería necesaria la constatación previa de la comisión de un delito culpablemente por la persona jurídica, de la cual los administradores o empleados serían meros 'instrumentos' de otro 'sujeto de derecho'. En este hipotético escenario podría construirse un Derecho Penal de las Personas Jurídicas específico y, probablemente, muy alejado del Derecho Penal de las Personas Físicas por indistinguible del Derecho Administrativo Sancionador. Afortunadamente para la coherencia del ordenamiento español, el legislador no ha hecho tal cosa.

Algunos penalistas (Feijoo) juegan con las palabras y dicen que, aunque no «independiente», la responsabilidad penal de las personas jurídicas es «autónoma» respecto de la de la persona física porque el artículo 31 ter CP dice que la persona jurídica responderá aunque no se haya podido condenar a individuos determinados. Pero esto es una falacia. El artículo 31 ter CP exige que «*se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse*» por administradores o empleados. Que no se haya impuesto sanción personal-penal a los que cometieron el delito porque, por ejemplo, hayan muerto, es constructivamente irrelevante. El sentido de la norma es evitar que la imposición de la multa dependa de que pueda calificarse a la persona jurídica como partícipe en el delito cometido por su administrador o empleado. Así resulta del tenor literal del apartado 2 que hace irrelevante a efectos de decidir sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no sólo que los delincuentes hayan «*fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia*», sino también las «*circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad*».

Esta decisión del legislador confirma la corrección de la concepción que aquí se sostiene: la responsabilidad de la persona jurídica no es la de un «partícipe» en el delito cometido por otro, por tanto, responsabilidad penal en sentido personal. Es una mera consecuencia patrimonial de la comisión de un delito por un individuo relacionado con el patrimonio personificado: la imposición de una multa al patrimonio personificado.

5. El carácter objetivo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la exención del pago de la multa del artículo 31 bis 2 CP

5.1. El defecto de organización

El legislador ha dado muchos indicios de su voluntad de configurar la responsabilidad penal de las personas jurídicas como puramente objetiva, algunos de los cuales se han expuesto en el apartado anterior. Y si es así, es imposible construir su régimen jurídico por analogía con la de

las personas físicas. Pero eso no ha impedido a muchos penalistas lanzarse a intentarlo inventándose una conducta propia y culpable de la persona jurídica (la tesis del «defecto de organización» o la – peor – tesis del «delito corporativo») para sostener que la responsabilidad penal de las personas jurídicas no es puramente objetiva (*rectius*, basada exclusivamente en un criterio de imputación objetiva como el *ubi commodum*), es decir, se han lanzado a la búsqueda de algo «*que pueda constituir el núcleo del injusto específico*» de la persona jurídica más allá del delito cometido por la persona física¹⁷.

En la jurisprudencia (STS 221/2016)¹⁸ se lee que se trata de responsabilidad penal de «entes colectivos» y que el «derecho a la presunción de inocencia» (¡de una cosa!) exige «*a la acusación probar la comisión de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas a que se refiere el apartado primero del artículo 31 bis del CP, pero el desafío probatorio del Fiscal no puede detenerse ahí. Lo impide nuestro sistema constitucional. Habrá de acreditar además que ese delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual, ha sido realidad por la concurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica, ... La responsabilidad de la persona jurídica ha de hacerse descansar en un delito corporativo construido a partir de la comisión de un previo delito por la persona física*»¹⁹.

Los autores hablan de «dos injustos diferenciados»: el del individuo que comete el delito y el de la organización. Cigüela es especialmente claro²⁰. Dice que «*cuando un cargo de un partido político financia su campaña mediante comisiones ilegales, siguiendo hábitos institucionalizados en la organización o aprovechando la ausencia de controles, el hecho pone de manifiesto dos injustos diferenciados pero conectados entre sí: un injusto individual/subjetivo, que corresponde a la conducta concreta por la que responde culpablemente el individuo; y un injusto estructural/ objetivo, que corresponde al contexto criminógeno que ofrece de modo permanente la propia organización a sus miembros, y que seguiría vigente si sólo se actuase contra el primero.*

¹⁷ Schünemann, *ADPCP*, 2002 ha destrozado convenientemente la mera posibilidad dogmática de construir la responsabilidad penal de las personas jurídicas sobre el defecto de organización: «*La culpabilidad por organización remite finalmente a actos incorrectos de organización de sujetos individuales y conduce, en esa medida, a un regreso infinito, pero no a un reproche de culpabilidad, es decir, de evitabilidad, que afecte directamente a la persona jurídica*». Boldova Pasamar, «Naturaleza jurídica de los programas de cumplimiento», *Revista General de Derecho Penal*, 37(2022), texto sobre nota 29 y ss) explica el estado de confusión en que se encuentra la doctrina española. V., con más indicaciones Ayala González, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: interpretaciones cruzadas en las altas esferas», *InDret*, 2019, texto sobre nota 8 y siguientes.

¹⁸ Citada por González Uriel, *ADPCP*, 2023, p 261.

¹⁹ V., por ejemplo, De La Cuesta Arzamendi, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español», *Revue électronique de l'AIDP / Electronic Review of the IAPL / Revista electrónica de la AIDP*, 2011 y *Revista penal México*, 5(2013), pp. 9-33., texto sobre nota 118 ss: «*para un derecho penal que quiera seguir siendo fiel a sus más elementales principios no deja de ser una exigencia principal la búsqueda de aquello que pueda constituir el núcleo del injusto específico*»... «*carente el Código penal de toda norma (cuya ilegitimidad sería, por otro lado, palmaria) que permita ignorar para la persona jurídica lo dispuesto en los artículos 5 y 10 (los que definen qué es un delito) sin que baste para ello su concurrencia en la persona física, corresponde al intérprete proceder a una lectura del contenido del artículo 31 bis en la línea de lo requerido por aquellos preceptos, los cuales rechazan la responsabilidad penal puramente objetiva y proclaman la irresponsabilidad penal en ausencia de dolo o imprudencia*». Díez Ripollés, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española», *InDret*, 1/2012, texto sobre nota 17 cree que decir, simplemente, que la persona jurídica debe responder por el hecho cometido por personas físicas conectadas a ella, «*elude el núcleo del problema, que es valorar el contenido de injusto específico de los entes colectivos con independencia del injusto específico de sus representantes o empleados*».

²⁰ Cigüela Sola, *InDret*, 2016, texto sobre nota 45.

No creo que haya dos injustos. Hay uno solo: el cobro de comisiones ilegales. Y un solo responsable personal y, por tanto, penal: el que solicitó o aceptó la comisión ilegal. La responsabilidad penal de las personas jurídicas entra, a continuación, como «condición accesoria» de ese delito. Como el político que se ha financiado ilegalmente lo ha hecho en su condición de miembro con capacidad de decisión sobre el patrimonio de la persona jurídica – el partido político, una forma especial de asociación – nos preguntamos si, para evitar la continuidad delictiva – la comisión futura de ese tipo de delitos – conviene a la «salud pública» que se reduzca ese patrimonio – el del partido – o incluso que se proceda a disolver la asociación y liquidar el patrimonio. Esta explicación me parece más convincente y sencilla que la de distinguir entre «injustos... en relación a normas de valoración» e injustos «referidos a normas de determinación» (*Entia non sunt multiplicanda*) y afirmar que las personas jurídicas no pueden cometer delitos en general pero sí cometer uno y solo uno: «su defectuosa organización».

Decir que «el defecto estructural ha de haber generado un «plus de peligrosidad» no imputable a la persona que cometió el delito» es una forma retorcida de expresar una idea más simple: desde el punto de vista de política jurídica, poner una pena al político que cobró las comisiones ilegales no es suficiente para prevenir la continuidad delictiva en el seno de esa organización si el partido, por ejemplo, estaba organizado de forma que se fomentaban esas conductas. Es necesario que también sancionemos a la persona jurídica. No es que esté justificado que la persona jurídica que «ha proporcionado la estructura o contexto favorecedor del delitos... cargue con la parte proporcional que le corresponde». Se trata de que si nos limitamos a castigar al delincuente – el político en el ejemplo – no conseguiremos reducir el volumen de delitos de ese tipo que se cometen en esa persona jurídica porque otros en esa organización podrán seguir usando ese patrimonio para cometer delitos²¹.

²¹ Una tesis algo alambicada es la de AGUILERA GORDILLO, Déficits del enfoque sistémico de responsabilidad penal de la persona jurídica: inimputabilidad y contagio penal en operaciones de M&A. Procedencia del modelo antrópico y behavioral game theory, *RECPC* 25-06 (2023, texto sobre nota 56). Tras destrozarse adecuadamente la plausibilidad de la tesis luhmaniana de la responsabilidad penal de las personas jurídicas como organizaciones autorreferenciales, afirma que «La culpabilidad se presentará en la persona jurídica cuando, en ese contexto, se aprecia una impronta sobre los miembros que permite la comisión irregularidades de trascendencia penal» La posición de Aguilera está muy próxima a Tiedemann y su «defecto de organización» como justificación subjetiva de la imputación a la persona jurídica. Así, inmediatamente, dice: «la previa adopción y ejecución eficaz de un compliance program con mecanismos y controles idóneos para la prevención del delito se presenta como una muestra evidente de la existencia de constricciones tendentes al control de riesgo humano de conducta delictiva». Robles Planas, «Volver a empezar: las personas jurídicas y el Derecho penal», *La Ley compliance penal*, N.º. 8, 2022, nos propone un ejemplo de una calle que ha de estar limpia, de forma que si está sucia alguien comete un delito del que se puede hacer responsables a los vecinos que viven en esa calle sobre la base de tres «lógicas» o criterios de imputación de responsabilidad por el hecho de que la calle esté sucia. Llama a los tres criterios, lógica del beneficio, del favorecimiento y de la colaboración. El argumento es retorcido: como el vecino se beneficia de la calle (¿o de la calle limpia?), tiene que responsabilizarse de que esté limpia (¿por qué, si al vecino no le molesta que esté sucia?). El criterio del favorecimiento es todavía más retorcido. Las calles invitan a los que las usan a ensuciarlas («la propia configuración de la calle estimula que otros la ensucien»). No se entiende muy bien qué hay en las calles que invite a la gente a ensuciarlas, pero en fin. Y el criterio de la colaboración (el vecino ha de ser sancionado por no colaborar con la Administración en las tareas de limpieza) supone que hay una obligación preexistente en los vecinos de limpiar la calle cuyo incumplimiento genera una sanción. Robles concluye que «La primera opción no oculta que se está ante responsabilidad por hechos ajenos, sino que simplemente busca una justificación. Las otras dos, en cambio, disfrazan sutilmente esa conclusión». Los hechos ajenos, supongo, son los de los que ensucian la calle. ROBLES considera que la lógica del beneficio «es desoladoramente objetivista» y que, por sí sola, no explica la complejidad del modelo adoptado por el CP español porque supone abandonar «todo esfuerzo por encontrar un desvalor en la organización que fundamente su responsabilidad en un sentido más fuerte y que, de no concurrir, la excluya, como parece suponer la exigencia de los modelos de prevención de delitos acogida explícitamente por nuestro Derecho positivo». Con eso resume lo que piensa buena parte de la doctrina penalista española V., SILVA SÁNCHEZ, *Liber amicorum Zugaldía*, 2021, págs. 131-150; SILVA SÁNCHEZ, *REDEPEC* (2023); CIGÜELA SOLA, *Indret*, 2016. El problema del ejemplo de ROBLES es que no sabemos quién es la persona jurídica, quiénes son los administradores

La única explicación elaborada que he localizado se encuentra en Silva (2021)²². Dice el profesor de la Pompeu Fabra que el recurso a los principios y conceptos de la responsabilidad patrimonial «conduce a un non liquet». Que quien acepte tal concepción, «se ve obligado a renunciar al manejo del sistema de responsabilidad de las personas jurídicas siquiera como un sistema cuasi-penal. Pues parece claro que la regla de imputación prevista literalmente en el art. 31 bis 1. CP evoca más bien un enriquecimiento injusto o una participación lucrativa de la persona jurídica: esto es, una relación básicamente jurídico-civil con el delito cometido por la persona física. Sin embargo, las consecuencias susceptibles de ser impuestas a las personas jurídicas distan de ser jurídico-civiles...». Si se sanciona a la persona jurídica es para que los que toman las decisiones respecto de tales patrimonios (administradores y socios) «impulsen la adopción y mantenimiento de mecanismos que impidan que la estructura organizativa favorezca la comisión de delitos individuales... dado un estado de déficit de adopción de medidas corporativas de policía que redunde en la comisión individual de un delito, se sanciona a la persona jurídica para que... no vuelva a pasar en el futuro ni en la misma empresa ni en otra».

No se ve, por qué las «consecuencias susceptibles» de ser impuestas a las personas jurídicas distan de ser jurídico-civiles». Tanto la multa como la disolución son sanciones patrimoniales como se explicará más adelante. Además, Silva parece dar por supuesto lo que se ha de demostrar: que el estado de desorganización «revelado» por la ausencia de un plan de *compliance* ha favorecido la comisión de delitos individuales. En fin, para lograr el efecto que Silva asigna a las penas a la persona jurídica, lo que se necesita son penas individualmente dirigidas a los administradores y socios de control²³.

Como digo, el apoyo legal para afirmar la existencia de un «delito corporativo» o un «injusto organizativo» lo han encontrado algunos autores en la exención del pago de la multa que ha otorgado el legislador a las personas jurídicas que demuestren que disponen de un plan de cumplimiento normativo penal²⁴.

Pero esa exención se explica mejor si caracterizamos la pena – multa como una «consecuencia accesoria» del delito cometido por los administradores o empleados que como una causa de

o empleados y cuál es el papel de los vecinos de la calle. Parece que el delito – ensuciar la calle – lo cometen «terceros» pero se imputa a los vecinos porque pesa sobre ellos un deber de que la calle esté limpia. Si el deber no pesa sobre los vecinos individualmente, sino *uti universi*, entonces ¿qué problema hay para que la imposición de la multa se haga depender exclusivamente de la comprobación de que la calle está sucia? ¿por qué hemos de buscar un criterio de imputación de la multa que sea subjetivo, esto es, que podamos imputar a los vecinos el ensuciamiento de la calle? Los vecinos pueden evitar la multa estableciendo un servicio de limpieza, y si éste no es diligente, repitiendo contra ellos la multa impuesta. Se comprueba así que es sólo la «mística» de la teoría de la pena la que conduce a considerar «desoladoramente objetivista» la imposición de una multa a los vecinos.

²² SILVA SÁNCHEZ, *Liber amicorum Zugaldía*, págs. 131-150.

²³ Sobre la tesis de SILVA vid., ALFARO ÁGUILA-REAL, La responsabilidad penal de las personas jurídicas y cuando los cerdos y los osos iban a prisión, *Blog Derecho Mercantil*, 2024.

²⁴ V., especialmente, FEIJOO SÁNCHEZ, *REDEPEC*, 2023, *passim* y al respecto, ALFARO ÁGUILA-REAL, *Blog Derecho Mercantil*, 2024. FEIJOO insiste (correctamente por otro lado desde una consideración de las penas a las personas jurídicas como «consecuencias accesorias») en que la exención refleja la «innecesariedad» de la pena cuando la persona jurídica tiene en vigor un programa de cumplimiento penal adecuado.

justificación o incluso como una mera excusa absolutoria que es a lo que conduce la aplicación analógica de la teoría del delito²⁵.

En primer lugar, la exención de responsabilidad penal de la persona jurídica se aplica en el momento en el que hay que decidir sobre la pena. No en el momento en el que hay que decidir sobre la existencia de la infracción, esto es, sobre si se ha cometido el delito.

En segundo lugar no hay en el supuesto de hecho del artículo 31 bis CP ninguna descripción de ninguna conducta ni referencia alguna a estados subjetivos de la persona jurídica²⁶.

En tercer lugar, si el legislador hubiera querido tipificar un «delito corporativo» del que la existencia del programa de cumplimiento normativo sería una causa de exención, no se entendería que la responsabilidad penal de las personas jurídicas se asociara a la exigencia de que se haya cometido un delito por un administrador o empleado (un delito, no una conducta típica, de modo que ha de ser antijurídica y culpable). Habría de bastar la comprobación del «estado de desorganización» en la persona jurídica.

Si el «estado de desorganización» fundamenta la responsabilidad de la persona jurídica como expresión de su «culpabilidad», habría que obligar a la acusación a demostrar no solo la relación de causalidad entre el «estado de desorganización» y la comisión del delito por los administradores o empleados sino también que dicho estado es imputable subjetivamente (imprudencia o dolo) a la persona jurídica, con lo que estaríamos en un bucle.

Además, como el delito es siempre una acción dolosa por parte de administradores o empleados, la contribución del «estado de cosas» a la comisión del mismo será, siempre, desde una perspectiva causal, irrelevante, en el sentido de que sin la actuación dolosa de los administradores o empleados, el delito no se habría cometido con independencia de la excelente o deficiente organización de la persona jurídica.

En fin, si se trata de sancionar la desorganización que favorece la comisión de delitos, ¿por qué se limita la responsabilidad penal de las personas jurídicas a determinados delitos y no se

²⁵ V., MONTANER FERNÁNDEZ, *LA LEY Compliance Penal*, 2020, apartado 3.2. AGUILERA GORDILLO, *RECPC 2023*, texto sobre nota 56 considera que no estamos ante un elemento negativo del tipo ni ante una causa de justificación sino ante una «causa que excluye la punibilidad» derivada de haber puesto en vigor «constricciones» a la comisión de delitos por parte de sus administradores y empleados. V., AYALA GONZALEZ, *Indret*, 2019, texto sobre nota 17) que recoge el voto particular de la sentencia de 29 de febrero de 2016 que, con gran corrección, dice que «la...conveniencia de que las personas jurídicas dispongan de una cultura de control y de instrumentos eficaces para prevenir la comisión de delitos en el seno de su actividad social constituye indudablemente uno de los motivos relevantes que justifican la decisión del Legislador de establecer en nuestro ordenamiento su responsabilidad penal. Pero la acreditación de la ausencia de esta cultura de control no se ha incorporado expresamente en nuestro derecho positivo como un presupuesto específico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas o como elemento del tipo objetivo...»

²⁶ Esto se corresponde con la distribución de la carga de la prueba. La mejor doctrina (BOLDOVA, *RGDP*, 2022) entiende que corresponde a la persona jurídica probar que disponía del programa de cumplimiento para acogerse a la exención de la multa. Si fuera una cuestión de antijuricidad o culpabilidad de la conducta de la persona jurídica, debería corresponder a la acusación demostrar que no lo tenía, lo cual, desde el punto de vista de la finalidad de la exención, es absurdo y conduce a la práctica inaplicación de la norma. V., ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, La exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas por «debido control» vista desde la teoría patrimonialista de las personas jurídicas, *Almacén de Derecho* 2024 que resume el trabajo citado de BOLDOVA y donde se contienen críticas a la jurisprudencia del Tribunal Supremo a este respecto.

extiende, en particular, a los delitos cometidos por los administradores o empleados de los que es víctima la propia persona jurídica? ¿Acaso el legislador quiere prevenir la comisión de unos delitos pero no de otros?

5.2. La tesis del favorecimiento

La idea del defecto organizativo se refuerza, a veces, con la tesis del favorecimiento. Si el legislador español ha previsto una eximente para la persona jurídica si logra demostrar el 'debido control' es porque al criterio de imputación del beneficio - el patrimonio de la persona jurídica responde de las consecuencias de la conducta de administradores o empleados porque éstos actúan en interés de dicho patrimonio - se le añade el criterio del «favorecimiento»: la persona jurídica responde de dichas conductas sólo si, además de tratarse de conductas realizadas en su interés, no estaba organizada para impedirlos²⁷. Es decir, la *»responsabilidad se asocia a la constatación en la persona jurídica de un estado de cosas favorecedor de la comisión de hechos delictivos por las personas físicas que obran en su seno. ... Lo determinante para la eximente sería entonces poder sostener que la persona jurídica en la que se hubiera implantado y mantenido eficazmente un modelo de prevención de delitos verdaderamente adecuado habría cumplido con las expectativas que cabe dirigirle a la persona jurídica en cuanto a la evitación del delito»*. La ausencia de control debido sería un *»estado objetivo de cosas valorado como riesgo jurídicamente desaprobado de favorecimiento de la eventual comisión de delitos por parte de las personas físicas integradas en la persona jurídica»*²⁸.

Si como Silva reconoce, la persona jurídica es incapaz esencialmente de actuar y de ser culpable, entonces ha de reconocerse que la persona jurídica no puede «favorecer» o disuadir a nadie de nada. Siempre y en todo caso lo que se enjuicia es la conducta voluntaria, dolosa normalmente, de los individuos que ocupan los órganos o son agentes de la persona jurídica, incluyendo su decisión de poner en marcha o no un programa de cumplimiento²⁹.

²⁷ SILVA, 2021; ROBLES PLANAS, *La Ley compliance penal*, 2022

²⁸ SILVA, *Liber Amicorum Zugaldía*, p 131 ss.

²⁹ ROBLES PLANAS, *La Ley compliance penal*, 2022, texto sobre nota 22 y siguiente se da cuenta de que «si esta lógica quiere explicar el modelo acogido por el CP español, tiene que partir necesariamente de la presunción de que toda empresa es un riesgo no permitido en sí misma (toda empresa sería, por definición, un contexto favorecedor de delitos que supera el marco de lo tolerable). Y de la presunción de que solo mediante un programa de compliance (adecuada organización interna) desaparece —o se reduce hasta un límite tolerable— el efecto favorecedor de delitos, pues solo cuando se ha adoptado uno de ellos procede —según el CP— la exoneración de la responsabilidad. Con otras palabras: si no hay programa de compliance, hay un estado de descontrol no permitido (defecto organizativo), ergo: efecto favorecedor de delitos. El injusto (objetivo) sería la no adopción de un programa de compliance. Esta conclusión desdibuja la ratio criminógena que está en la base de la lógica del favorecimiento, pues no serían los factores criminógenos de la organización los que la conducen a la responsabilidad qua favorecimiento, sino simplemente la no adopción del programa de cumplimiento». Luego añade que no hay forma de explicar, con la lógica del favorecimiento, «la legitimación frente a los titulares», supongo que se refiere a los socios: «no es el delito de la persona física lo que tienen que impedir los titulares, sino «solo» (¿cómo?) el «injusto estructural» de la organización». Tampoco se explica «de dónde surge el deber de impedir «injustos estructurales», así como por qué quien no lo infringe debe responder como si lo infringiera, sino también por qué razón la responsabilidad se refiere al delito cometido por la persona física y no solo a la «parte estructural». A todo ello se añade: si el fundamento de la responsabilidad —no penal— de la organización está en que se ha convertido en un contexto favorable a la comisión de delitos, entonces no se explica por qué quienes sin gestionar nada —sus titulares— tienen el concreto deber de remover el efecto favorecedor «injusto» que otros —empleados y administradores— han generado y que si no lo hacen deben asumir su responsabilidad como favorecedores del hecho delictivo que finalmente otro cometa. Quienes argumentan desde la lógica del

Por ejemplo, si el dirigente de un partido político cobra comisiones - para el partido - de un empresario a cambio de favores regulatorios o administrativos, que el partido político tenga en funcionamiento un sistema acabado y eficaz de *compliance* o que no tenga ninguno en absoluto no afecta en modo alguno a la culpabilidad del dirigente o a la gravedad de su conducta. Porque no podía dejar de saber que lo que estaba haciendo era ilícito. La persona jurídica no puede favorecer o dejar de favorecer una conducta cuyo autor sabe que es ilegal. Y si otros individuos dentro del partido 'animaron' al dirigente a cometer el delito o si se repartieron las comisiones entre ellos o si actuaron en su carácter de agentes, empleados u órganos del partido de forma que facilitaron o contribuyeron a la comisión del delito, todos ellos serán responsables personal y penalmente como autores o partícipes o beneficiarios del delito. No necesitamos de la responsabilidad penal de la persona jurídica para 'castigar' la 'desorganización' (que podemos suponer en un partido político en el que muchos de sus dirigentes y empleados acaban participando en la comisión de los delitos de que se trate).

Y en sentido contrario, imagínese un empleado como el administrador infiel del Evangelio que condona deudas de las que es acreedora la compañía a cambio de un futuro empleo o acepta sobornos de un proveedor y adquiere productos de baja calidad a precios inflados. En tales casos, el patrimonio personificado es la víctima del delito cometido por el empleado o administrador y no le negaríamos acción a la persona jurídica contra el empleado desleal alegando que su sistema de control era un desastre y, sin embargo, igual podríamos decir que tal descontrol «favoreció» la comisión del delito por parte del administrador o empleado. De manera que, desde el punto de vista de la doctrina penalista más autorizada, habría que condenar a la persona jurídica también en el caso de que la comisión de delitos por empleados o administradores en perjuicio de la persona jurídica se hubiera visto posibilitada o favorecida por el «descontrol» o la «desorganización» de la persona jurídica. Y nadie está dispuesto a defender tal cosa. La reducción teleológica del art. 31 bis CP que pretende Silva ni es necesaria ni es conveniente. Simplemente, no necesitamos nada más que la actuación en interés y por cuenta de la persona jurídica para justificar constitucionalmente la imposición de penas patrimoniales a las personas jurídicas³⁰.

La existencia de un sistema de cumplimiento normativo en su caso, dificultará la actuación de los delincuentes (como una barra de seguridad dificulta el robo al ladrón de coches), pero no puede decirse, en sentido contrario, que la ausencia de un sistema de cumplimiento normativo (la ausencia de una barra de seguridad) favorece la actuación de los delincuentes. Una persona jurídica no puede considerarse una 'actividad peligrosa' ni un 'objeto peligroso' porque puedan cometerse delitos por parte de los que gobiernan y controlan su patrimonio. Un automóvil ha de

favorecimiento parece que deberían llegar a la conclusión de que los titulares son garantes de la inocuidad organizativa de la empresa».

³⁰ De hecho, esos delitos no están incluidos en el catálogo de los delitos por los que puede ser responsabilizada la persona jurídica. V., al respecto, VASCO MOGORRÓN «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Penal español a partir del nuevo Código Penal español», *Derecho y Sociedad*, 14 (2000) p 197 ss, p 199 ss. que expone la clasificación de Schünemann que distingue entre *Unternehmens-* y *Betriebskriminalität* para incluir a los delitos de los que es víctima la persona jurídica en el segundo grupo. La distinción estaría justificada según SCHÜNEMANN porque «... *La influencia criminógena de una actitud criminal de grupo, las dificultades de determinación normativa de las competencias y, a consecuencia de ello, de la imputación jurídico-penal, producen, en su conjunto, quebraderos de cabeza en relación con la criminalidad de empresa...*» No es muy convincente, a mi juicio, tal afirmación para las personas jurídicas en las que hay separación entre «propiedad y control» como ocurre en todas las corporaciones de cierto tamaño. Los delitos que cometen los administradores y directivos que tienen como víctima al patrimonio de la persona jurídica son delitos tan «organizados» como los que se cometen contra bienes jurídicos de terceros. Piénsese en la realización de transacciones vinculadas que disfrazan apropiaciones indebidas.

disponer de frenos porque, en movimiento, es un objeto peligroso - capaz de causar daños muy graves -. Pero una persona jurídica no es un objeto peligroso como no lo es la barra de pan que el marido psicópata utiliza para matar a su mujer a golpes. No pueden calificarse genéricamente de peligrosas las personas jurídicas. Tal calificación ha de imputarse a actividades o instrumentos determinados³¹.

Un argumento adicional contra la idea de construir dogmáticamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas sobre la base de su carácter «criminógeno» o sobre la base del «defecto organizativo» que favorece la comisión de delitos se refiere a la delimitación de la figura de la «persona jurídica». Como ha dicho Robles, ¿qué obstáculo dogmático habría para extender la responsabilidad penal de las personas jurídicas defectuosamente organizadas por los delitos cometidos por sus administradores o empleados a grupos humanos no personificados como los matrimonios o las familias en general cuando esos grupos estén defectuosamente organizados?³².

Nadie discute, sin embargo, la responsabilidad patrimonial de los padres por los daños causados por sus hijos menores si faltaron a sus deberes paterno-filiales. Generalizando: la responsabilidad penal no puede depender de la decisión del legislador de reconocer personalidad jurídica a un grupo o a un patrimonio. Por ejemplo, a mi juicio, los fondos de inversión no son personas jurídicas. Su estructura patrimonial es la de la copropiedad. Sin embargo, los que lo administran – los empleados y administradores de la sociedad gestora - pueden cometer delitos en su gestión en interés y beneficio del fondo de inversión (*rectius*, de los partícipes). Los rígidos límites a la analogía en Derecho Penal impedirían sancionar penalmente al fondo de inversión. Lo propio con una sociedad civil interna cuyos bienes fueran propiedad de los socios en régimen de copropiedad.

³¹ Silva parece aplaudir a una doctrina alemana que sostiene que «la libertad de empresa se considera una libertad peligrosa... Se parte, en efecto, de que la empresa –por su estructural orientación al lucro, por su complejidad técnica y humana, por las dinámicas de grupo así como por los sesgos cognitivos y volitivos que en ella se generan– constituye un estado de cosas especialmente favorecedor de la comisión de delitos por parte de las personas físicas: un riesgo especial, en la línea de la denominación alemana (Sonderrisiko)». (SILVA, Liber Amicorum Zugaldía, 2021 p 131 ss). Estas afirmaciones se repiten. Así, SILVA dice que «el riesgo/empresa... no puede ser prohibido... (pero sí) ... cabría la posibilidad de establecer condiciones para su permisión» porque esas clasificaciones explican razonablemente la regulación administrativa y penal de actividades determinadas a priori como especialmente peligrosas pero no pueden servir para explicar con carácter general qué actividades pueden desarrollarse libremente en una Sociedad. Y es inaceptable, a la vista del art. 10 de la Constitución, decir que «la opción por un control centralizado (de las actividades de los individuos en las que se utilizan patrimonios especialmente formados para desarrollarlas) choca frontalmente con la tendencia a una disminución de la intervención directa del Estado en las actividades económicas» (semejante en SILVA, REDEPEC, 2023, p 10 y p 15). Con lo que choca es con el Estado de Derecho y con todos los derechos fundamentales de los individuos. Es poner del revés la regla y la excepción. Es partir de un Estado totalitario que 'permite' a sus ciudadanos realizar actividades cuando dicho permiso está justificado. No es un error. Es lo que parece pensar un sector de la doctrina penal: «El fenómeno de máxima extensión de la red descentralizada de policía, al tiempo que de máxima densidad de ésta, viene dado precisamente por la conversión de toda persona jurídica en un delegado de prevención de los delitos que se cometan en su seno. En la práctica, parece que se condiciona la pervivencia de toda persona jurídica como agente económico a la asunción por su parte de esa nueva función de agente de control incluso de agente de fomento (o de promoción). Una función que se manifiesta en la implantación eficaz de los modelos de prevención y gestión de riesgos delictivos» ¿Cómo puede ser compatible una afirmación así con el principio de proporcionalidad? Dejando a un lado la adecuación de la medida al objetivo que se pretende, ¿supera el test de la necesidad? (por no hablar del de proporcionalidad en sentido estricto).

³² V., GRACIA, 2015, texto sobre nota 64

5.3. La lógica de la «colaboración»

Algunos autores consideran que el régimen legal español se explica como un mecanismo para incentivar a los «titulares» de la empresa para que *«impulsen a quienes sí tienen responsabilidades de organización a que las ejerzan instaurando en ellas modelos de prevención de delitos. La exención de responsabilidad prevista para las personas jurídicas debe verse, pues, en clave de los deberes positivos, esto es, de las exigencias de colaboración con el Estado en la misión de prevenir y perseguir delitos»*. Una suerte de complemento a la lógica del beneficio³³.

Este argumento no parece convincente porque no construye la responsabilidad penal de la persona jurídica como consecuencia de una «conducta» de ésta aunque luego se exima por la existencia de un sistema de cumplimiento normativo. Es decir, esta idea de la «colaboración» une a los defectos de la tesis del «favorecimiento», que no proporciona una razón para justificar por qué responde. Robles dice que supone añadir una «segunda dimensión» a la «lógica del beneficio». Pero eso es sólo una forma de repetir que la persona jurídica responde objetivamente (*ubi commodum*) pero disfruta de una causa de exención bastante artificial en el sentido de que la ausencia o existencia de un programa de cumplimiento no puede ponerse en relación causal con la comisión del delito.

Tampoco demuestran estos autores que las conminaciones penales que se dirigen a los individuos sean insuficientes para limitar el volumen de delitos que se cometen por miembros de personas jurídicas en el ejercicio de sus funciones. Si, a su juicio, estas amenazas individuales son suficientes para disuadir a los «dirigentes» para que se abstengan de cometer personalmente delitos en el ejercicio de su cargo, ¿por qué no lo son para disuadir a los empleados – no dirigentes – de hacerlo si también éstos son los destinatarios de las amenazas penales que castigan los delitos individuales? Y si amenazamos suficientemente a *todos* los individuos que se relacionan con la persona jurídica ¿por qué es necesario añadir una amenaza penal específicamente dirigida a ésta?³⁴

6. Sólo sanciones patrimoniales para la persona jurídica

³³ ROBLES (2022, 3.2) «En definitiva, a la lógica del beneficio habría que añadir una segunda dimensión: el beneficio permite justificar al Estado que fomenta o incentiva que las empresas sean cuasi-funcionarias o colaboradoras activas en la prevención y detección del delito». V., SILVA, 2023, p 15: con la responsabilidad penal de la persona jurídica se pretende «producir un efecto intimidatorio sobre los administradores y socios de las personas jurídicas». Ahora bien, «la finalidad de aquella presión intimidatoria –a diferencia de lo que sucede con la pena individual– no es que los dirigentes se abstengan personalmente de la comisión de delitos. Para eso ya están las conminaciones penales que se les dirigen como personas individuales. La pretensión del sistema de responsabilidad corporativa es que administradores y socios impulsen la adopción y mantenimiento de mecanismos que impidan que la estructura organizativa económica –la organización empresarial– favorezca la comisión de delitos individuales»

³⁴ En el fondo, lo que late detrás de todas estas posiciones es el temor de que no se puede identificar a los individuos que han llevado a cabo las conductas delictivas en una organización. Pero no parece que eso sea así. Precisamente las corporaciones en cuyo seno tiene sentido tener un programa de *compliance* se caracterizan por una exacta y eficiente división del trabajo y asignación de funciones, de manera que puede asignarse, ex post, responsabilidad por cada resultado a una unidad determinada.

6.1. La multa: ¿pena o consecuencia accesoria?

La coherencia sistemática del artículo 31 bis CP se preserva íntegramente si consideramos que las penas a las personas jurídicas están «orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma» (como rezaba el artículo 129.3 CP 1995 al referirse a las consecuencias accesorias del delito) reduciendo la envergadura de los patrimonios que tienen a su disposición los administradores y empleados para perseguir los objetivos para los que se formó dicho patrimonio. Esto explica por qué el legislador ha limitado la responsabilidad penal de las personas jurídicas a determinados delitos y no ha incluido los delitos que tienen como «víctima» el propio patrimonio de la persona jurídica según se ha señalado más arriba. Porque lo que quiere el legislador con la imposición de penas a las personas jurídicas es evitar los daños a bienes jurídicos de terceros reduciendo, a base de multas, el volumen de recursos de los que disponen los que actúan por cuenta de personas jurídicas, no reduciendo el volumen de recursos de los que pueden apropiarse indebidamente que sería, ciertamente, una muy oblicua y extraña manera de reducir esos delitos.

En el apartado anterior ha quedado claro que no hay delito de la persona jurídica. Lo que provoca la «apertura» de la «pieza» de la responsabilidad penal de la persona jurídica es la comisión de un delito por un individuo por su cuenta y en su beneficio. También ha quedado claro -espero - que para imputar responsabilidad patrimonial a la persona jurídica - la única que se le puede imputar - basta con que dispongamos de un criterio de imputación objetiva y la comisión de un delito por uno de sus administradores o empleados en el ejercicio de su cargo, lo es. Ahora se trata de explicar que este modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas ha quedado reflejado en, prácticamente, todos los preceptos que el legislador ha dedicado a regularla.

El primero de ellos es el artículo 33.7 CP. Es muy revelador que, entre las penas que se pueden imponer a la persona jurídica, se hayan incluido las antiguas «consecuencias accesorias» del artículo 129 CP y se haya añadido exclusivamente la multa³⁵.

La razón, desde una concepción de las personas jurídicas como patrimonios, es obvia: sólo los patrimonios separados pueden soportar una multa. No se puede imponer una multa a un bien singular ni a un montón de bienes. Porque como dice el artículo 1911 CC, uno responde con sus bienes. No son los bienes los que responden, sino «el deudor». Los bienes singulares, incluso aunque formen una unidad porque se trate, por ejemplo, de un rebaño o una biblioteca (*corpora ex distantibus*) pueden decomisarse, pero no recibir una multa. La multa se impone necesariamente, a un patrimonio. Y el titular de un patrimonio puede ser un individuo o una persona jurídica porque las personas jurídicas son patrimonios dotados de capacidad de obrar.

Ahora bien, el dueño de los bienes y el delincuente pueden no coincidir. Es decir, el delincuente puede haber utilizado, para cometer su delito, bienes ajenos. Tal es lo que ocurre en el caso de los delitos cometidos por administradores y empleados de una persona jurídica a los que se refiere el artículo 31 bis CP. En estos casos tiene sentido que, junto a la pena al delincuente se

³⁵ La doctrina había llamado la atención sobre el hecho de que la multa no estuviera recogida entre las «consecuencias accesorias» que podían imponerse a «empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones» ... «en caso de delitos cometidos en el seno, con la colaboración, o a través o por medio de» ellas en la versión del Código Penal de 1995 (Cuesta, 2011).

imponga la «consecuencia accesoria» de multa al patrimonio al que pertenecen los bienes que están relacionados con la comisión del delito si los delincuentes los utilizaron legítimamente y actuaron movidos por el interés en aumentar el valor o promover de cualquier forma el patrimonio del que forman parte esos bienes. Porque con la multa se reduce la probabilidad de que, en el futuro, se sigan utilizando tales bienes – el patrimonio – para la «continuidad de la actividad delictiva»³⁶.

Por tanto, una vez que el legislador decide introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas, puede incluir la multa entre las «consecuencias accesorias» del delito cometido por el administrador o empleado de la persona jurídica porque el patrimonio que deberá soportarla está plenamente identificado. Sin personalidad jurídica, no es posible identificar el patrimonio que deba soportar la multa. Cuando la pena se impone a un individuo, es pena. Es personal. Cuando se impone a una persona jurídica no es pena. Es responsabilidad patrimonial. Es una «consecuencia accesoria» del delito cometido por los únicos sujetos capaces de delinquir: los individuos. Pero como se ha introducido la multa como consecuencia accesoria y ésta sólo se puede imponer a individuos o personas jurídicas según se ha explicado, es correcto decir que el artículo 31 bis CP regula la responsabilidad *penal* de las personas jurídicas con independencia de que la multa – o, como se verá a continuación, la disolución – no sean penas en sentido material desde el punto de vista de su finalidad.

6.2. La «pena» de disolución es una consecuencia patrimonial

Explicado el sentido de la multa como «pena» a la persona jurídica (*rectius*, consecuencia accesoria), podemos examinar el sentido de la «pena» de disolución prevista en el artículo 33.7 b) CP para tratar de demostrar que, igualmente, se trata de una «consecuencia accesoria», esto es, de responsabilidad patrimonial³⁷.

Una importante objeción a la concepción del Derecho Penal de la persona jurídica que estoy desarrollando pasa por afirmar que las «penas» que se pueden imponer a personas jurídicas no incluyen solo la responsabilidad patrimonial - multas – sino otras consecuencias aflictivas que no son patrimoniales, como sería la disolución/liquidación. Pero esta conclusión se basa en una comprensión errónea de lo que significa la disolución. Tras la explicación que sigue, quedará demostrado que la disolución (*rectius*, la liquidación) es también una pena patrimonial.

En 1995, el legislador penal incluyó, entre las consecuencias accesorias la posibilidad de ordenar la «disolución de la sociedad, asociación o fundación». ¿Por qué incluyó esta «consecuencia»? La razón nos la da el art. 129.3 CP en su versión original que rezaba que las «consecuencias accesorias... estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma». Dado que las «consecuencias accesorias» las imponía el juez discrecionalmente («podrá

³⁶ Como he explicado en ALFARO ÁGUILA-REAL, *La Persona Jurídica*, 2023 pp 73 ss, la personificación reduce notablemente los costes de delimitar los derechos sobre cada patrimonio. Esta apreciación sirve igualmente a la asignación de penas a personas jurídicas. Las penas a personas jurídicas permiten determinar, a bajo coste, sobre qué patrimonio podrá hacerse efectiva la multa.

³⁷ Recuérdese que, una vez transformada en «pena», la disolución/liquidación ha sido suprimida del listado de las consecuencias accesorias en el artículo 129 CP que, en su versión vigente reduce el elenco de «consecuencias accesorias» a las de las letras c) a g) del art. 33.7.

imponer, motivadamente» rezaba y reza el artículo 129.1) era razonable que el legislador orientase al Juez sobre el sentido de su imposición.

Hemos visto que una multa sólo puede imponerse a una persona jurídica. Pero la «disolución» puede imponerse a «organizaciones, grupos, empresas» etc que carezcan de personalidad jurídica porque la disolución hace referencia a la terminación del contrato de sociedad (*infra i*). Pero, si el legislador del artículo 129 CP estaba imponiendo medidas sobre bienes o patrimonios, entonces la referencia a la disolución está equivocada. Debería haber ordenado la liquidación del patrimonio de la sociedad, asociación o fundación (*infra ii*).

(i) De modo que, cuando el artículo 129 en su versión de 1995 se refería a la «*disolución de la sociedad, asociación o fundación*» podía entenderse como una referencia a sociedades que carecen de personalidad jurídica. Las sociedades internas no tienen patrimonio. Los bienes empleados en la persecución del fin común pertenecen a los socios individualmente (forman parte del patrimonio individual de cada socio) o pertenecen a los socios en copropiedad (hay una comunidad de bienes sobre cada uno de los bienes que los socios utilizan para conseguir el fin común). Hay – más discutiblemente – asociaciones que carecen de personalidad jurídica porque no tienen patrimonio. Son las que se podrían llamar «[asociaciones internas](#)» entre las que se encontraría la mutua por derrama y las agrupaciones de individuos que otorgan un poder a un individuo colectivamente para que les represente. No hay, en nuestro Derecho, fundaciones sin personalidad jurídica (v., art. 4-1 LF que exige la inscripción para que se produzca la formación del patrimonio destinado al fin fundacional)³⁸. Pues bien, si se trataba de sociedades o asociaciones sin personalidad jurídica, terminado el contrato (disolución por orden judicial) que unía a los socios o asociados, cesan las obligaciones principales de éstos que podrían retirar los bienes que se utilizaban para perseguir el fin común y los asociados ya no vendrían obligados a pagar las cuotas periódicas con las que se financia la asociación. Muerto el perro, se acabó la rabia (art. 129.3 CP 1995).

(ii) Si se trataba de sociedades, asociaciones o fundaciones con personalidad jurídica – esto es, con patrimonio separado del de sus socios -, entonces, el error del legislador, al incluir en el artículo 129 b) de 1995 la referencia a la consecuencia accesoria de «*disolución de la sociedad, asociación o fundación*», era leve. Porque, también en relación con sociedades y asociaciones con personalidad jurídica, el objetivo de «*prevenir la continuidad en la actividad delictiva*» se lograba con la disolución. En efecto, una vez disuelta, la sociedad o la asociación entra en fase de liquidación y decaen en sus cargos los administradores que son sustituidos por liquidadores cuya función es pagar las deudas, cobrar los créditos, convertir en dinero los bienes y dar al remanente el destino previsto en los estatutos y en la ley. Por tanto, ordenar la disolución era una medida adecuada para evitar que el patrimonio social o fundacional se continuara empleando en la comisión de delitos.

En la versión vigente, el artículo 33.7 b) CP recoge, ahora como pena, la «consecuencia accesoria» de la «disolución». Pero ahora, el error del legislador penal es de mayor envergadura. Dice que la

³⁸ V., ALFARO ÁGUILA-REAL, Las estructuras jurídicas de la acción colectiva, *Almacén de Derecho*, 2023. Una sociedad y una asociación se disuelven, esto es, el vínculo contractual que une a los socios entre sí se extingue, típicamente por voluntad de los socios (art. 1705 CC; art. 17 LODA). Pero la Ley de Fundaciones no hace referencia a la disolución de una fundación porque las fundaciones no son contratos (el negocio jurídico fundacional no es un contrato, aunque tampoco lo es, en sentido estricto, el negocio jurídico por el que se constituye una asociación).

pena consistirá en la «disolución de la persona jurídica». Lo que se disuelven son los lazos o vínculos jurídicos, no las personas jurídicas. Se disuelve una sociedad o una asociación en cuanto vínculo entre los socios creado por la celebración del contrato de sociedad o del negocio jurídico de asociación. El legislador penal no sabe lo que dice. Pero se le entiende porque, inmediatamente, añade otro error que anula el que acaba de cometer. Añade que *«la disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o lleva a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita»*.

La incuria del legislador penal es notable porque el artículo 371.2 LSC, desde 1951 al menos (v., [art. 154 LSA 1951](#)), dice que *«la sociedad disuelta conservará su personalidad jurídica mientras la liquidación se realiza»*. Y no puede ser de otra forma porque si la disolución extingue la personalidad jurídica *ipso facto*, la liquidación del patrimonio no puede llevarse a cabo.

Por tanto, hay que corregir al legislador penal del artículo 33.7 b) y entender que lo que ha querido decir es que el juez, cuando proceda, condenará a la sociedad o asociación a liquidarse y a la fundación a extinguirse. Dado que todas las personas jurídicas en nuestro Derecho son, bien sociedades, bien asociaciones, bien fundaciones (la mutua y la cooperativa son sociedades), que el legislador hable – erróneamente – de «disolución de la persona jurídica» no daña y la segunda frase del precepto aclara el significado de la «disolución».

La pena de «disolución» consiste, pues, en que se proceda a liquidar el patrimonio de la sociedad, asociación o fundación y que los liquidadores se abstengan de realizar cualquier acto o negocio jurídico que implique la continuidad de la participación del patrimonio en el tráfico. En definitiva, apenas una delimitación más restrictiva (o quizá no) de la «capacidad de obrar» de la sociedad disuelta de acuerdo con la Ley de Sociedades de Capital (arts 383 y siguientes). Como bien se ve, una medida – la disolución – perfectamente adaptada al objetivo de *«prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma»*.

La conclusión es la misma que respecto de la redacción del Código Penal de 1995: el legislador ha configurado la pena de disolución dirigida a las personas jurídicas con la misma finalidad que tenía cuando se consideraba una «consecuencia accesoria» de determinados delitos: *«prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma»*. A mi juicio, tal función de evitar la continuidad no debe confundirse con la función de prevención general o especial de las penas. Las penas a las personas jurídicas no tienen función, ni retributiva, ni preventiva como se explicará inmediatamente.

Las demás penas que el artículo 33.7 CP dice que se pueden imponer a una persona jurídica, como la *«suspensión de actividades»*, *«clausura de sus locales»*, *«prohibición de realizar... actividades»*, *«inhabilitación para obtener subvenciones... para contratar...»*, *«intervención judicial...»* son restricciones a los usos que se pueden dar a un patrimonio. Limitan la libertad de los que toman decisiones sobre el patrimonio que es la persona jurídica para asignar los bienes y derechos que forman parte del mismo a los destinos o actividades que tengan por conveniente. Por tanto, estamos claramente dentro de la actividad patrimonial, de empleo y explotación del patrimonio y, de nuevo, también en la línea del objetivo marcado por el antiguo artículo 129.3 CP.

7. Las penas a las personas jurídicas no son penas: son «consecuencias accesorias» del delito cometido por los administradores o empleados de la persona jurídica

7.1 Exposición general

La conclusión que se deduce de lo que se ha explicado en los apartados anteriores es que la analogía con los delitos y las penas que se imponen a las personas físicas no da cuenta del régimen jurídico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas dibujado en el artículo 31 bis CP y concordantes. Estamos ante una simple consecuencia accesoria del delito cometido por el administrador o empleado. El legislador penal ha transformado las «consecuencias accesorias» del artículo 129 CP en penas cuando se aplican a personas jurídicas y, precisamente por eso, ha añadido la multa. Las «consecuencias accesorias» no se consideraban penas ni medidas de seguridad porque no estaban basadas ni en la culpabilidad ni en la peligrosidad. García Arán, probablemente con buen criterio, consideraba que tenían naturaleza administrativa³⁹. Además, se sustituyó la discrecionalidad judicial en la imposición de la multa por la medida equivalente consistente en introducir una exención del pago de la multa. Porque, si hay «debido control» o un programa adecuado de cumplimiento penal en la persona jurídica, la imposición de la multa deviene innecesaria desde los principios de política criminal que justifican la imposición de «consecuencias accesorias» que, debe repetirse, no es la que justifica la imposición de una pena personal, sino *«prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma»*.

El resultado no es que las personas jurídicas no fueran responsables penalmente antes de 2010 y lo sean después de 2010. El resultado es que las consecuencias accesorias de los delitos cometidos en el seno de las personas jurídicas incluyen ahora las multas, multas que se imponen en el proceso penal.

De modo que, en el Derecho vigente, hay dos tipos de «consecuencias accesorias». Unas se aplican a los delitos cometidos en el seno de personas jurídicas. Las otras en caso de *«delitos cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas»* que carecen de personalidad jurídica. Las primeras están reguladas en el artículo 31 bis. Las segundas, en el artículo 129 CP.

Los argumentos a favor de esta comprensión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas son abrumadores. En los siguientes apartados se exponen con cierto orden

7.2 La imposición de penas a las personas jurídicas no puede cumplir con la función retributiva o preventiva de las penas

La imposición de multas o la liquidación de las personas jurídicas no puede cumplir una función retributiva como se predica de las penas en general. Las personas jurídicas carecen de emociones. No se les pueden dirigir reproches morales ni se les puede castigar. No tiene sentido, pues, extender las garantías que proporcionan tales principios cuando se trata de imponer una multa a un patrimonio.

³⁹ APUD, CUESTA, 2011, texto sobre nota 23 ss.

Las multas o la disolución tampoco tienen una función preventiva. Si así fuera, deberían imponerse también cuando los delitos cometidos por sus administradores y empleados tienen como «víctima» a la propia persona jurídica y deberían imponerse, no al patrimonio personificado sino directamente a los *insiders*, esto es, a los que están en condiciones de impedir la comisión de delitos en el seno de la persona jurídica⁴⁰. Y estos son exclusivamente los que pueden controlar la toma de decisiones, es decir, administradores y socios de control, no los accionistas – o asociados – dispersos. Imponer una multa al patrimonio no intimida a quien no puede hacer otra cosa que vender sus acciones o darse de baja de la asociación ante la comisión del delito por sus administradores o empleados⁴¹.

7.3. Consecuencias accesorias y función social de las personas jurídicas

La función que se ha atribuido a las penas que se imponen a las personas jurídicas («*prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma*») es coherente con la función económico-social de la personalidad jurídica. [Es esta servir a la acción colectiva](#); facilitar a los individuos cooperar con otros individuos en la consecución de objetivos o fines de su interés. Estos fines requieren de medios económicos, de bienes y derechos obligatorios en cuantía o variedad que exceden con mucho los que un individuo puede aportar o quiere arriesgar si se quieren obtener las economías de escala, etc⁴².

En muchos casos, el fin supraindividual perseguido es, simplemente, maximizar ese patrimonio para repartir las ganancias entre los que lo han formado (sociedades). Cuando el objetivo es otro, maximizar el patrimonio correlaciona con la maximización de los objetivos últimos que llevaron a los individuos a formarlo (asociaciones).

El objetivo de *Repsol SA* es maximizar el valor de su patrimonio y, con ello, las ganancias de sus accionistas. El *Real Madrid* – una asociación – quiere maximizar los triunfos deportivos pero este

⁴⁰ FEIJOO (2023) p 3, por ejemplo, dice «Los efectos intimidatorios sólo pueden lograrse indirectamente incidiendo en el comportamiento de personas físicas. Esto hace que, en mi opinión, la prevención general basada en la disuasión de conductas no suponga un fundamento normativamente válido para una pena corporativa. Incluso aunque se asuma que tal pena pueda representar un incentivo para decisiones de gestores y socios de las empresas, se trataría de una pena impuesta a la corporación por decisiones estrictamente individuales. No queda de esta manera justificado el mal que sufre la persona jurídica, debiendo recurrirse a la transferencia o traslación (basadas en la representación o la identificación)». Obsérvese que si hay separación entre propiedad y control (entre la titularidad del patrimonio de la persona jurídica, que corresponde a los socios en el caso de las corporaciones societarias y la gestión de dicho patrimonio, que corresponde a los administradores), los titulares del patrimonio no están en condiciones de vigilar estrechamente lo que hacen los administradores y éstos tienen los incentivos adecuados para no delinquir en la gestión dado que responderán penalmente en tal caso.

⁴¹ SILVA, Indret, 2021. El mensaje que envía la responsabilidad de la persona jurídica es «organicen sus empresas de modo que en ellas no se incentive la actividad delictiva, de lo contrario se impondrá una sanción a la organización misma, además de la que les pueda corresponder como individuos por sus injustos personales». CIGÜELA y la doctrina mayoritaria penal aciertan cuando se remite al ubi commodum ibi est incommodum para justificar la imposición de penas al patrimonio en cuyo manejo se han cometido delitos. En SILVA, 2023, p 17 ss, p 20 puede leerse que la multa a la persona jurídica a quien realmente intimida a administradores y socios para que sean agentes de prevención especial – sirviéndose como velo del poder omnímodo del legislador para decidir sobre quién es sujeto de imputación. De este modo se contribuye a «convencionalizar», esto es, a nominalizar por contagio a la culpabilidad personal». Esto no es convincente porque, de nuevo, ¿por qué entonces no se les libera de responsabilidad penal personal por el delito a esos «administradores y socios»? V., también, GRACIA, 2015, texto sobre nota 257 a nota 262 ¿Por qué no basta con la condena a esos individuos?

⁴² V., ampliamente, ALFARO ÁGUILA-REAL, Persona jurídica, capítulo I y II.

objetivo correlaciona estrechamente con la maximización del patrimonio que puede dedicar a él. La dirección causal va en los dos sentidos: más presupuesto predice más triunfos (podrá fichar mejores jugadores) y más triunfos predicen más presupuesto (sus ingresos por todos los conceptos están correlacionados con los triunfos deportivos y, en consecuencia, aumentarán si aumentan éstos).

El Derecho Penal, al imponer multas sobre los patrimonios cuyos administradores han cometido delitos en el ejercicio de su cargo contribuye a mejorar la asignación de los recursos a la consecución de fines supraindividuales: retirando fondos de los patrimonios en cuyo beneficio se han cometido delitos, proporciona información útil a los potenciales miembros de una persona jurídica (a potenciales accionistas de Repsol o socios del Real Madrid) para que estos adopten una decisión racional sobre si adquirir o desprenderse de las acciones de Repsol o hacerse socio o darse de baja del Real Madrid (y hacerse o no del Barcelona). El carácter penal de la sanción aumenta el efecto informativo de la señal para los socios.

Si, como se sostiene en estas páginas, con la multa se trata de prevenir la continuidad de la actividad delictiva, es irrelevante si los accionistas o los socios influyen o no sobre los administradores y trabajadores de *Repsol* o *Real Madrid* para que manejen y exploten el patrimonio social respetando la legalidad. La imposición de la multa produce automáticamente una reducción de la envergadura de las actividades delictivas futuras que pueden llevarse a cabo porque el patrimonio a disposición de los delincuentes es menor. De disuadirlos de cometer delitos en el futuro se ocupa la responsabilidad penal personal de los individuos condenados.

Al mismo tiempo, el efecto señalizador de la multa penal pone en marcha una dinámica que refuerza esa reducción porque los accionistas de *Repsol* y los seguidores del *Real Madrid*, que votan con los pies, venderán las acciones o se darán de baja como socios ante la noticia de la conducta criminal de sus administradores o empleados de la misma forma que lo harían si los administradores de *Repsol* gestionaran mal la exploración petrolífera o si el *Real Madrid* bajara a 2ª División⁴⁵.

Desde esta perspectiva, la legitimidad de la imposición de una multa (como lo estaría la inexistencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas) está fuera de toda duda. Si los accionistas de *Repsol* y los socios del *Real Madrid* se benefician cuando su consejero delegado o su junta directiva lo hacen extraordinariamente bien (o tienen suerte, simplemente), han de soportar las consecuencias cuando los administradores de la persona jurídica de la que son

⁴⁵ Dice SILVA (2023) p 6 sobre las penas a las *corporations* en los EE.UU. que las penas son idénticas a las sanciones administrativas de modo que si las primeras tienen un efecto reputacional que no tienen las segundas, éste debe derivarse del «*contenido implícito de lo penal*» que está asociado a las conductas más gravemente antisociales y que al imponerse por un «*órgano judicial penal en el contexto del proceso penal... se les apli(can) las garantías sustantivas y procesales específicas de este sector del ordenamiento*» superiores a las del procedimiento administrativo lo que aumenta la «*seriedad de la amenaza*» si llega a imponerse la pena. O sea, calificar la sanción a la persona jurídica como «pena» tiene un «valor expresivo» que «*empieza ya con la investigación criminal*» y que es «*especialmente demoleedor en términos económicos en el caso de sujetos para los que... la fama de honradez constituye un activo patrimonial decisivo*». La persona jurídica se ve envuelta en un proceso penal y «*pasa a ser tildado públicamente de criminal*». Pero, debido a que la inmensa mayoría de los procesos penales terminan mediante transacción y no hay juicio oral, las diferencias con el Derecho Administrativo Sancionador desaparecen. Es más, a menudo los acuerdos transaccionales se traducen en la imposición de una pena-multa a la *corporation*, la condena a algún empleado subalterno y la impunidad de las «*personas físicas responsables de los delitos económico-empresariales*», que es lo que ocurre, precisamente, con las sanciones administrativas en Europa.

miembros lo hacen mal; no porque les sea imputable en modo alguno la comisión del delito por parte de administradores o empleados de la persona jurídica.

7.4. El artículo 130.2 CP: la responsabilidad penal de las personas jurídicas no se extingue a pesar de que se extinga la personalidad jurídica⁴⁴

Otra regla que confirma la bondad de la tesis que aquí se sostiene es la del artículo 130.2 CP. Es una obviedad que las penas no se heredan. Sin embargo, las penas a las personas jurídicas, sí. Que las penas no se hereden es una exigencia del principio de personalidad de las penas, un valor de primer rango en la configuración constitucional del Derecho Penal. Pues bien, que se hereden en el caso de las penas a las personas jurídicas es otra prueba de su carácter de «consecuencias accesorias» ya que, siendo la formación de personas jurídicas un producto de la autonomía privada, también lo es su extinción, de manera que la responsabilidad penal quedaría al arbitrio de los particulares.

De ahí que, cuando una persona jurídica se extingue sin liquidación porque ha sido absorbida por otra en virtud de una modificación estructural (fusión, escisión) que provoca que su patrimonio

⁴⁴ Este punto lo he desarrollado en ALFARO ÁGUILA-REAL, Las penas y sanciones administrativas no se heredan, salvo que seas una persona jurídica, Almacén de Derecho 2024. Además de la literatura ahí citada v., SCHULLER RAMOS, Propuesta de exclusión de la responsabilidad penal de la entidad absorbente en caso de procedimiento de resolución de una entidad bancaria. Análisis del caso Popular Santander, LA LEY 2023 y sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional 179/2023 de 11 de diciembre, v., ALFARO ÁGUILA-REAL, ¡Qué bazofias produce doña Laura Díez Bueso!, Derecho Mercantil, 2024. Se explica ahí que la absorbente no responde penalmente de los delitos cometidos por la absorbida cuando la absorción se produce en el marco de un proceso de reestructuración supervisado públicamente. Otra solución sería incompatible con la finalidad del Derecho público de resolución de entidades bancarias que explica la intensa intervención pública. Es decir, la efectividad de este derecho (evitar crisis financieras sistémicas) se vería en entredicho si las compañías que están dispuestas a suceder a la persona jurídica objeto de reestructuración o resolución hubieran de hacerse cargo de las multas. El volumen de reestructuraciones exitosas se reduciría extraordinariamente. El legislador no puede actuar contradictoriamente y desnudar a un santo para vestir a otro... En los términos que se está abordando la cuestión en este trabajo, la multa, además, carece de sentido porque el proceso de reestructuración permite prever razonablemente la «discontinuidad» en la actividad delictiva, y las «consecuencias accesorias» deben imponerse sólo cuando sean necesarios para prevenir la continuidad en la actividad delictiva. Sobre los orígenes de la personalidad de las penas v., BLANCH NOUGUÉS, La intransmisibilidad de las acciones penales en Derecho romano (tesis doctoral, p 67 ss y 287 ss «En el campo del Derecho penal público romano tiene vigencia el principio jurídico esencial de la intransmisibilidad hereditaria pasiva de las acciones penales. En una primera aproximación, desde unos postulados de pura lógica jurídica, la afirmación anterior parece ser elemental ya que si en el Derecho penal privado, en el que se contemplan penas exclusivamente patrimoniales, incluso a veces equivalentes al valor del daño sufrido por la víctima, es, en palabras de GAYO, una certissima iuris regula, la de la intransmisibilidad hereditaria pasiva de las acciones penales, mucho más lo será cuando nos encontramos en el Derecho penal público con penas gravemente afflictivas, tales como la pena de muerte, o la relegatio ad insulam. No obstante, no encontramos en este campo declaraciones tan claras como las que aparecen en el Derecho penal privado, aunque sí... diversas constituciones imperiales que.. reafirman el principio de... la intransmisibilidad de las penas públicas». En resumen: los romanos permitieron las acciones contra los herederos de los delincuentes en la medida en que su contenido consistía en recuperar aquello en lo que los herederos se hubieran enriquecido (lo que Blanch llama «reipersecutoriedad» y hoy consideraríamos responsabilidad civil derivada del delito. Respecto de determinados delitos, la pena capital iba acompañada de la publicatio bonorum o confiscación de todos los bienes lo que impedía que pasasen a los herederos. En Roma, la confiscación del patrimonio del reo : l«ablazione del patrimonio» era... «considerata una pena accessoria conseguente alla perdita dello status civitatis. Per tale ragione la confisca è un istituto che si rinviene sin dagli albori della storia del diritto: rispondeva, in origine, alla necessità fattuale di dover comunque trovare una destinazione alla generalità del patrimonio di un soggetto che non avrebbe più potuto disporne per via dell' esclusione dalla collettiva reale (mediante soppressione fisica) o ideale (mediante ostracismo). La confisca, dunque, in origine consisteva nella totale neutralizzazione patrimoniale conseguente all'annichilimento fisico del reo poiché, come detto, la spoliazione dei beni era la naturale conseguenza di ogni condanna a morte ovvero all' «esilio».

se transmita (sucesión universal), la absorbente «hereda» la pena – multa (art. 130.2 CP). Es decir, que el legislador penal, con buen criterio ha establecido que si hay transmisión del patrimonio – sucesión universal -, también se transmiten las penas incluso aunque todavía no hayan sido impuestas.

El artículo 130.2 CP es, por lo demás, una norma perfectamente constitucional y acertada desde el punto de vista de la finalidad de las reglas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Fuera de los casos de fusión u otras modificaciones estructurales, el problema de la extinción de la «responsabilidad penal» por la extinción de la persona jurídica no se plantea porque, como patrimonios que son, las personas jurídicas no pueden extinguirse sin haber sido liquidadas. Liquidadas significa que, antes de repartir el remanente entre los socios – o destinar el remanente a los fines que indiquen la ley o los estatutos –, es imprescindible que se hayan pagado todas las «deudas» incluidas las que todavía no han nacido pero cuyo supuesto de hecho ya se ha producido que «pertenecen» a ese patrimonio y, por tanto, también las multas penales se hayan o no impuesto en el momento de la liquidación.

7.5. La responsabilidad penal de la persona jurídica no depende de lo simple o compleja que sea ésta ni de que se haya constituido para perseguir fines ilícitos⁴⁵

Si las penas a las personas jurídicas son «consecuencias accesorias» del delito cometido por sus administradores y empleados, la simplicidad o complejidad de la organización del patrimonio personificado es irrelevante. Y así resulta del hecho de que el art. 31 bis CP no distinga entre personas jurídicas simples y complejas. Parte de la doctrina penal, sin embargo, considera por el contrario que la responsabilidad penal de las personas jurídicas solo se aplica a personas jurídicas cuya organización tenga una mínima complejidad.

La imposición de responsabilidad a la persona jurídica no depende, pues, de que la persona jurídica responsable tenga *«una estructura organizativa suficientemente compleja como para poder vincular la comisión del hecho delictivo con cierto defecto organizativo o, expresado de otro modo, con cierto defecto estructural en la gestión de sus riesgos»*⁴⁶.

No veo por qué no se ha de imponer la responsabilidad penal de la persona jurídica si la falta del «debido control» se debe al administrador único. El apartado 3 del art. 31 bis CP incluye también las «personas jurídicas de pequeñas dimensiones». Por tanto, la multa debe imponerse sobre el patrimonio de la persona jurídica además de la pena que corresponda al administrador o al

⁴⁵ V., para lo que sigue el caso *Pescanova* y la suerte de las dos sociedades instrumentales constituidas por el matrimonio condenado para transferir los fondos desde Pescanova a su patrimonio personal. RAGUÉS I VALLÈS, Responsabilidad penal de las personas jurídicas: los elementos de conexión, InDret, InDret 3.2023 Revista Crítica de Jurisprudencia Penal, p 714 ss. Lo que se expone a continuación coincide, en cuanto al fondo, con la tesis expuesta por AGUILERA GORDILLO, *RECPC*, 2023, apartado 2.1 que contiene una extensa y fundamentada crítica a la STS 18 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1022) en el marco de una igualmente extensa y fundamentada crítica a la tesis luhmaniana sobre el carácter autorreferencial de las organizaciones.

⁴⁶ MONTANER FERNÁNDEZ, *LA LEY Compliance Penal*, 2020, texto sobre nota 32.

empleado⁴⁷. Es obvio que las medidas organizativas necesarias para mantener el «debido control» – y evitar la continuidad en la actividad delictiva – serán más simples y, a menudo, el administrador deberá, simplemente, «controlarse a sí mismo» pero de inducirle a que lo haga se encargan las penas personales anudadas a la comisión por su parte del delito de que se trate. La multa a la persona jurídica trata, únicamente, de prevenir que ese patrimonio se siga utilizando para desarrollar actividades delictivas.

La conclusión no se deja esperar: la aplicación del art. 31 bis CP no depende de la complejidad de la organización de la persona jurídica sino de la *ratio* de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Si ésta residiera en promover el establecimiento de sistemas de *compliance*, es imposible que, cuando la persona jurídica está «dominada» absolutamente por el que ha cometido el delito – el administrador – exista un sistema de *compliance* que pueda «resistir» al ímpetu delictivo de su socio único o de control, de manera que nunca se darán los requisitos que permiten excluir la responsabilidad penal de la persona jurídica (art. 31 bis 2 CP). Y el caso es el mismo cuando se dan los supuestos conocidos como de «levantamiento del velo», es decir, cuando el administrador-socio no ha mantenido debidamente separada la esfera personal de la de la persona jurídica. En estos casos, procede en principio imponer la pena a la persona jurídica salvo que, a la vista de las circunstancias del caso, conduzca a un exceso punitivo en la medida en que se haga responsable del pago de la multa al propio socio único o mayoritario que ha sido condenado personalmente por el delito que «abre» la «pieza» de la responsabilidad penal de la persona jurídica⁴⁸.

En realidad, estos casos deben resolverse a través de la aplicación del artículo 31 ter 1 in fine CP. Este precepto ordena que, «cuando como consecuencia de los mismos hechos» se impusiere una multa tanto al individuo como a la persona jurídica, «los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos». Cuanto más reprochable sea la conducta individual, mayor será la multa que pueda justificarse a cargo del individuo que delinquiró. Y cuanto menos probable sea la continuidad en la actividad delictiva, menos justificación tendrá imponer una multa a la persona jurídica.

⁴⁷ Tampoco depende de «factores estructurales *de origen no individualizable* que hayan favorecido o incentivado... la comisión de un delito individual» (CIGÜELA SOLA, *Indret*, 2016, p 12). Como se ha explicado, la organización no puede favorecer la comisión de delitos dolosos. La retribución del administrador o del empleado, sí.

⁴⁸ Dice AGUILERA GORDILLO, *RECPC* 2023, texto sobre nota 40 que la doctrina de la STS 22 octubre 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3430) y de la STS 894/2022 11 noviembre (ECLI:ES:TS:2022:4116) en la que se mantuvo la improcedencia de aplicar la responsabilidad penal de las personas jurídicas a sociedades constituidas para delinquir o que tienen mayor actividad ilícita que lícita es contraria al principio de seguridad jurídica (no se sabe cuándo se da el supuesto de hecho que permite aplicar tal doctrina; contraria al principio de legalidad porque el Código no distingue entre personas jurídicas simples y complejas y contraproducente desde el punto de vista de política criminal. Y la doctrina sentada en la STS 18 marzo 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1022) que «parece querer englobar, más bien, casos de sociedades unipersonales, cuando tales supuestos se corresponden con la aplicación del *non bis in idem*».

7.6. Las penas a las personas jurídicas cumplen una función semejante al decomiso: las multas son a los patrimonios lo que el decomiso es a los bienes singulares. El artículo 66 bis CP

El decomiso afecta a bienes o activos singulares⁴⁹. La pena – de multa – se impone, sólo puede imponerse, a patrimonios. El objetivo del decomiso es privar al delincuente de los bienes que ha utilizado para cometer el delito o los que han sido producto del delito o de las ganancias que ha obtenido al cometerlo. La multa a un patrimonio pretende privar al delincuente – el administrador o empleado de la persona jurídica del acceso a parte de, o en caso de que se condene a la disolución y liquidación, a todos los recursos que le permitirían continuar delinquiendo y tiene, como el decomiso, un efecto limitador de los delitos. Como afecta al patrimonio, la multa reduce la «capacidad» general de la persona jurídica a la que se impone⁵⁰.

Recuérdense las condenas penales medievales a edificios ruinosos o a [animales](#). El paralelismo es extraordinario. Entonces se sancionaba penalmente ('se condenaba') a cosas o a seres vivos no humanos. La función de tales penas era la misma que la del decomiso. Se trataba de que el edificio, cuyo derrumbe había causado la muerte o herido a alguien no causara daños adicionales. Lo mismo con los animales («muerto el perro, se acabó la rabia»)⁵¹.

Este paralelismo disuelve las preocupaciones de los penalistas. En efecto, ¿alguien afirmaría que la regulación del decomiso es inconstitucional porque los activos decomisados no han «hecho nada» de lo que, además, puedan ser considerados culpables? Esta pregunta tan evidentemente absurda puede reformularse y aplicarse a las personas jurídicas. Si las personas jurídicas no pueden actuar – ni ser culpables – en el sentido que actúan y son culpables los humanos, no tiene sentido preguntarse qué «han hecho» para merecer que se les prive de una parte de sí mismas (del patrimonio que son) o que se les obligue a liquidarse.

En fin, véase el artículo 66 bis CP, sobre la «*aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas*» que está lleno de referencias a que las personas jurídicas son «*instrumentos*», no sujetos activos del delito. Así, la regla 1ª del precepto, letra a) se refiere a que la imposición de la multa o la liquidación sea necesaria «*para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos*» reproduciendo literalmente el derogado apartado 3 del artículo 129 referido a las «consecuencias accesorias». Que se tenga en cuenta qué efectos tiene la imposición de la pena ¡sobre los trabajadores! ¿Se imaginan que se dijera algo así cuando se condena por alguno de esos delitos a un empresario individual? ¿Que la multa puede arruinarle y tenga que cerrar la empresa? Más adelante, (Regla 2ª letra b) se reitera que «*la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la*

⁴⁹ v., art. 127 bis CP que se refiere a «bienes, efectos y ganancias».

⁵⁰ V., ampliamente, ALFARO ÁGUILA-REAL, *Persona Jurídica*, p 29 ss y 43 ss, donde se explica el principio de especialidad o determinación de los derechos reales.; SÁNCHEZ OSTIZ, *La Ley compliance penal*, 2020, texto sobre nota 39 dice algo parecido pero no idéntico: «Así, tendrán capacidad y proyección criminógena, si son empleadas para lograr con ellas ese efecto. Y entonces será ese sujeto persona física el que ha delinquido mediante un objeto o instrumento. Se trata de algo con lo que ya cuenta el ordenamiento jurídico mediante esa peculiar serie de consecuencias jurídicas que podrían agruparse bajo la denominación de «Derecho penal de cosas», en cuanto respuesta jurídico-penal no frente al sujeto agente, sino frente a los objetos del delito: el cuerpo y los efectos, los instrumentos, los medios empleados. Ciertamente, poseen peligrosidad en cuanto capacidad y virtualidad para cometer o asegurar delitos, y por eso no son propiamente meras cosas».

⁵¹ V., GRACIA MARTÍN, *La inexistente responsabilidad*, 2015, texto sobre nota 84) explicando que se trata de una forma metafórica de hablar personificando cosas o fenómenos de la naturaleza

comisión de ilícitos penales». ¿Cómo puede ser la persona jurídica instrumento y actor simultáneamente?

7.7. No es un debate nominal

Zugaldía y Nieto Martín han ensayado una tercera vía diciendo que se trata de un debate «puramente nominal» porque cuando se le deja de llamar «pena» a la consecuencia jurídica y se la denomina «*con otro nombre como el de medida de seguridad, consecuencia accesoria, etc., los obstáculos se esfuman*»⁵². La crítica de Nieto confirma, sin embargo, que su posición es errónea. Si los problemas desaparecen no es porque dejemos de llamar a las sanciones que se imponen a las personas jurídicas «penas», sino porque dejamos de aplicarles el régimen jurídico de las penas. No exigimos personalidad, ni culpabilidad, ni siquiera acción. Y, si no son penas, hay que averiguar su naturaleza jurídica – como aquí se ha hecho – para encontrar las normas jurídicas que les serán aplicables, rellenar lagunas, resolver antinomias etc⁵³.

7.8. La constitucionalidad del régimen legal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: ni responsabilidad por hechos de otros ni responsabilidad colectiva

Si este análisis es correcto, no se sostiene el reproche dirigido contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sentido de que se hace pagar a justos por pecadores, esto es, a los accionistas o socios o asociados o mutualistas o cooperativistas que carecen de cualquier posibilidad de influencia sobre el comportamiento de los administradores y empleados de las personas jurídica, verdaderos «pecadores» sin un criterio subjetivo de imputación de algún «injusto» a la persona jurídica. Es más simple. El que se convierte en miembro de una persona jurídica – y titular o beneficiario de un patrimonio – asume el riesgo de que los que gestionan el patrimonio cometan delitos y que se sigan, por ello, consecuencias negativas para dicho patrimonio. No necesitamos culpabilidad alguna al nivel de los individuos-miembros porque la pena no se dirige a ellos sino al patrimonio separado que es la persona jurídica. Basta, pues, tomarse en serio la personalidad jurídica para justificar, desde las más estrictas garantías penales, la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Ni siquiera afirmar que un grupo de seres humanos es culpable añade nada a decir que todos y cada uno de los individuos que forman el grupo lo son. Si las personas jurídicas fueran personas colectivas ¿por qué no imponer penas de privación de libertad colectivas una vez demostrado el

⁵² Apud, GRACIA MARTÍN, *La inexistente responsabilidad*, 2015, texto sobre notas 88-90

⁵³ Como dice GRACIA MARTÍN, *La inexistente responsabilidad*, texto sobre nota 95, cuando le negamos el carácter de «pena» estamos afirmando que la responsabilidad de la persona jurídica tiene carácter no penal. Y, concluye: «*el delito que comete el que actúa para la persona jurídica, y por el que sólo su autor responderá —él sí— criminalmente, es un acto relacionado con la administración del patrimonio de aquélla por éste, y por ello el patrimonio de la persona jurídica también debe responder de las consecuencias derivadas de los actos relativos a su administración, pero una intervención en un patrimonio que está administrado por otro, como afirma clara y contundentemente Jakobs, —no tiene absolutamente nada que ver con una pena, y por esto, —para evitar confusiones, no se debería bautizar con el nombre de pena*». A continuación, GRACIA acusa a ZUGALDÍA de antropomorfizar la personalidad jurídica con razón, ya que ZUGALDÍA califica a las personas jurídicas de «ente real» de «individuo» de «realidad social». V., BAJO FERNÁNDEZ, «De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 34(1981), pp. 371-380, p 377.

«defecto» en la organización? ¿Por qué no pueden imponerse penas a grupos humanos que carezcan de personalidad jurídica?⁵⁴

7.9. La ausencia de buenas razones de política criminal

La doctrina penalista aquí criticada da por probado que el hecho de que *societas delinquere non potest* es «claramente insatisfactorio» desde el punto de vista político-criminal⁵⁵. No nos explican dónde está la laguna de punibilidad que requiere condenar penalmente también a la persona jurídica además de a los individuos que cometen los delitos en su interés. Al respecto, sería deseable que se proporcionaran estudios empíricos que probaran que los países con responsabilidad penal para las personas jurídicas ven reducido el nivel de delincuencia económica. Mi impresión – extraída del Derecho norteamericano que considera delito participar en un cártel – es que lo que disuade a los órganos corporativos de cometer delitos en el ejercicio de sus funciones y en beneficio de las corporaciones es la amenaza de penas de cárcel para los miembros de tales órganos. Mientras no se pueda «meter en la cárcel» a las personas jurídicas, me temo, amenazarlas penalmente no tendrá ningún efecto sobre la delincuencia económica⁵⁶.

Aun aceptando que tal sea el caso, la cobertura de esa laguna mediante la imposición de responsabilidad penal a la persona jurídica no exige aplicar a ésta la teoría del delito y de la pena.

Pero no es para nada seguro que esta política jurídica sea acertada. Como demuestra el caso de la auditoría obligatoria, si los programas de cumplimiento normativo son eficientes, es decir, aumentan el valor del patrimonio de la persona jurídica, se adoptarán voluntariamente. No hay necesidad de coacción. Esta idea es la que está detrás de la negativa del TJUE y de la Comisión Europea a considerar una eximente la existencia de un programa de cumplimiento en las infracciones del derecho de la competencia. Al «premiar» a todas las personas jurídicas con la exención de responsabilidad penal, el legislador distorsiona los incentivos de éstas y convierte el programa de cumplimiento normativo en un «seguro» cuya «prima» no se ajusta al riesgo que representa cada persona jurídica concreta porque los jueces penales no están en condiciones de determinar la eficiencia, en términos de coste-beneficio sociales (para toda la Sociedad) de los

⁵⁴ V., ALFARO ÁGUILA-REAL, «Crítica de la descripción de la persona jurídica como metasujeto», *Blog Derecho Mercantil*, 2024 criticando la concepción de CIGÜELA SOLA, *Indret*, 2016. Nada menos que Engisch cayó en este – a mi juicio – error. Según el famoso iusfilósofo es insuficiente la condición de miembro de una corporación para sufrir la condena penal por las conductas realizadas por otros miembros: «... cada uno de nosotros ya tiene suficiente carga con responder por aquello que él mismo es y ha hecho, y que no tenemos ninguna inclinación a responder también, sin culpa, por aquello que otros han hecho culpablemente, y con los cuales la casualidad, la desprevención, la buena fe, nos ha unido en una asociación. Solo en la medida en que se nos pueda hacer realmente el reproche de haber participado en alguna forma culpablemente, activa o pasivamente, dolosa e imprudentemente, en el hecho delictivo dentro de la asociación, sentimos como justa una responsabilidad penal por este hecho delictivo» (apud Vasco, 2000, p 210). Engisch estaba contemplando a la corporación como una agrupación de individuos y su argumento suena convincente porque nadie está a favor de los castigos colectivos, de hacer responsables penalmente a los colectivos por los delitos cometidos por alguno de sus miembros. Pero una persona jurídica no es un grupo de individuos, de manera que el significado jurídico de la exigencia de responsabilidad a la persona jurídica nada tiene que ver con la imposición de un castigo a un colectivo. Carece absolutamente de rigor hablar indistintamente de «delitos de personas jurídicas» o «criminalidad empresarial» o «criminalidad asociacionista».

⁵⁵ Por todos, CUADRADO RUIZ, «¿Hacia la erradicación del principio «societas delinquere non potest»?» en MUÑOZ CONDE (coord.), *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, 2008, págs. 537-562., p 539

⁵⁶ BAJO, 1981, p 378 quien advertía sobre los riesgos de deslizarse a un Derecho penal autoritario también para los individuos.

gastos de cada persona jurídica en la implantación de un programa de cumplimiento. Por tanto, no es un desiderátum «*que todas las personas jurídicas... implanten voluntariamente tales sistemas*» y no es seguro que sea una buena idea que «*el Estado punitivo pretend(a) coaccionarlas para que lo hagan*»⁵⁷. Puede suponer un enorme despilfarro de recursos públicos y privados.

8. Bibliografía

AGUILERA GORDILLO, «Déficits del enfoque sistémico de responsabilidad penal de la persona jurídica: inimputabilidad y contagio penal en operaciones de M&A. Procedencia del modelo antrópico y behavioral game theory», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 25-06 (2023).

ALFARO ÁGUILA-REAL, , *La persona jurídica*, Granada, 2023

ALFARO ÁGUILA-REAL, «Importa quién pague las multas? *Almacén de Derecho*, 2021, <https://almacenederecho.org/importa-quien-pague-las-multas>

ALFARO ÁGUILA-REAL, «La concepción contractualista del Derecho de Sociedades y la concepción patrimonialista de la personalidad jurídica», *Almacén de Derecho*, 2023

ALFARO ÁGUILA-REAL, «Las estructuras jurídicas de la acción colectiva, *Almacén de Derecho*, 2023

ALFARO ÁGUILA-REAL, «Responsabilidad personal y responsabilidad patrimonial», *Almacén de Derecho*, 2019, <https://almacenederecho.org/responsabilidad-personal-y-responsabilidad-patrimonial>

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, «Crítica de la descripción de la persona jurídica como metasujeto», *Blog Derecho Mercantil*, 2024

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, «Las personas jurídicas no son personas. Son 'cosas'. Por eso no se les puede aplicar el Derecho Penal. Sólo las normas penales sobre 'cosas'», *Blog Derecho Mercantil*, 2024, <https://derechomercantiles pana.blogspot.com/2024/02/las-personas-juridicas-no-son-personas.html>

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, «Los delirios a los que conduce aplicar analógicamente el Derecho de Personas a las personas jurídicas y el barco de Teseo», *Blog Derecho Mercantil* 2024

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, «Una nota contra la personalidad de las multas penales y las teorías analíticas de la persona jurídica», *Almacén de Derecho*, 2024

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, La exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas por «debido control» vista desde la teoría patrimonialista de las personas jurídicas, *Almacén de Derecho* 2024

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, La responsabilidad penal de las personas jurídicas y cuando los cerdos y los osos iban a prisión, *Blog Derecho Mercantil*, 2024

⁵⁷ SILVA 2023, p 13

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, Responsabilidad penal de la persona jurídica: teoría del delito y dogmática de la responsabilidad, *Blog Derecho Mercantil*, 2024

AYALA, Alejandro, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: interpretaciones cruzadas en las altas esferas», *InDret*, 2019.

BAJO FERNÁNDEZ, «De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 34(1981), pp. 371-380

BOLDOVA PASAMAR, «La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII (2013), p 219 ss.

BOLDOVA PASAMAR, «Naturaleza jurídica de los programas de cumplimiento», *Revista General de Derecho Penal*, 37(2022)

CIGÜELA SOLA, «El injusto estructural de la organización. Aproximación al fundamento de la sanción a la persona jurídica». *InDret*, 1/2016, pp 1-28

COCA VILA, «La pena de multa en serio. Reflexiones sobre su dimensión y aseguramiento aflictivos a través del delito de quebrantamiento de condena (art. 468 CP)», *InDret* 3/2021

CUADRADO RUIZ, «¿Hacia la erradicación del principio «societas delinquere non potest»?» en MUÑOZ CONDE (coord.), *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, 2008, págs. 537-562.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español», *Revue électronique de l>AIDP / Electronic Review of the IAPL / Revista electrónica de la AIDP*, 2011 y *Revista penal México*, 5(2013), pp. 9-33.

DIAMANTINIS, Mihaili, «Corporate Essence and Identity in Criminal Law». *Journal of Business Ethics* 154, 955–966 (2019).

DÍEZ RIPOLLÉS, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española», *InDret*, 1/2012.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, «¿Responsabilidad penal de personas jurídicas por absorción de sociedades? A la vez, algunas consideraciones constitucionales al hilo del caso Santander-Popular (SAN nº 246/2019, de 39 de abril)» en AA.VV., *Un modelo integral de Derecho penal: Libro homenaje a Corcoy Bidasolo*, Vol. 1, 2022, págs. 573-588

DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Dos interpretaciones contra legem del régimen de exoneración de responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 31 bis, apartados 2 y 4)», *Logos Guardia Civil, Revista Científica del Centro Universitario de la Guardia Civil, (Especial)*, 2023;

FEIJOO SÁNCHEZ, «La función de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho penal español», *Revista de Responsabilidad Penal de Personas jurídicas y Compliance*, 1(2023), pp 1-121.

GOENA VIVES, «Sanción penal y reestructuraciones societarias: ¿Responsabilidad por sucesión o sucesión de responsabilidad?», *InDret* 1.2022 ,pp. 230-264.

GÓMEZ-JARA, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal», *Diario La Ley*, Nº 7534, *Sección Tribuna*, 23 de Diciembre de 2010.

GONZÁLEZ GUGEL «Traslado de la responsabilidad penal entre personas jurídicas: la existencia de fraude como requisito para la aplicación del 130.2 CP», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, LXXVI, 2023, p 326 ss

GONZÁLEZ URIEL, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas, el delito corporativo y el blanqueo de dinero», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, LXXVI, 2023, p 221 ss.

GRACIA MARTÍN, «La inexistente responsabilidad «penal» de las personas jurídicas», 2015, <https://www.ficp.es/wp-content/uploads/Ponencia.-Luis-Gracia.pdf>

LASCURAÍN SÁNCHEZ, «¿Son lo mismo las penas y las administraciones? (I) », *Almacén de Derecho*, 2017; <https://almacenederecho.org/lo-las-penas-las-adminisanciones-i>

LASCURAÍN SÁNCHEZ, «¿Son lo mismo las penas y las administraciones? (y II)», *Almacén de Derecho* 2017, <https://almacenederecho.org/lo-las-penas-las-adminisanciones-ii>

LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Elogio de la pena a la persona jurídica (I)», *Almacén de Derecho*, 2020, <https://almacenederecho.org/elogio-de-la-pena-a-la-persona-juridica-i>

LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Elogio de la pena a la persona jurídica (y II)», *Almacén de Derecho*, 2020, <https://almacenederecho.org/elogio-de-la-pena-a-la-persona-juridica-y-ii>

MOLINA FERNÁNDEZ, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y el valor de Pi», *Almacén de Derecho*, 2018, <https://almacenederecho.org/la-responsabilidad-penal-las-personas-juridicas-valor-%cf%80>

MOLINA FERNÁNDEZ, «Societas peccare non potest...nec delinquere», en *Estudios de Derecho Penal: homenaje al profesor Miguel Bajo* / coord. por Silvina Bacigalupo Saggese, Bernardo José Feijoo Sánchez, Juan Ignacio Echano Basaldua, pp. 361-416

MONTANER FERNÁNDEZ, «El compliance como termómetro de la diligencia penalmente exigible a las empresas», *LA LEY Compliance Penal*, abril-julio 2020, núm. 1

NIETO MARTÍN, «Regreso al futuro: el nuevo 31 bis del Código Penal desde la experiencia Italiana. El caso Impregilo», *Almacén de Derecho*, 2015, <https://almacenederecho.org/regreso-al-futuro-el-nuevo-31-bis-del-codigo-penal-desde-la-experiencia-italiana-el-caso-impregilo>

NIETO MARTÍN, Adán, «Regreso al futuro (2): el nuevo 31 bis del Código Penal desde la experiencia Italiana. El caso Impregilo», *Almacén de Derecho*, 2022, <https://almacenederecho.org/regreso-al-futuro-2-la-eficacia-de-los-programas-de-cumplimiento-en-el-caso-impregilo-de-la-cassazione>

PANTALEÓN DÍAZ, *Delito y responsabilidad civil extracontractual*, 2022

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, «¿Existe un deber de legalidad de los administradores? *Revista de derecho mercantil*, nº 330, 2023, pág. 1 ss.

ROBLES PLANAS, «Volver a empezar: las personas jurídicas y el Derecho penal», *La Ley compliance penal*, N.º. 8, 2022;

SÁNCHEZ OSTIZ, «La acción de las personas jurídicas: límites de una ficción», *La Ley compliance penal*, N.º. 3, 2020

SCHULLER RAMOS, «Propuesta de exclusión de la responsabilidad penal de la entidad absorbente en caso de procedimiento de resolución de una entidad bancaria. Análisis del caso Popular Santander», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N.º. 163, 2023

SCHÜNEMANN, «Responsabilidad penal en el marco de la empresa Dificultades relativas a la individualización de la imputación», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, LV. 2002, pp 9-38.

SILVA SÁNCHEZ, «La eximente de «modelos de prevención de delitos». Fundamentos y bases para una dogmática», *Estudios de Derecho Penal: homenaje al profesor Miguel Bajo*, 2016/ coord. por Silvina Bacigalupo Saggese, Bernardo José Feijoo Sánchez, Juan Ignacio Echano Basaldua, pp 669-692

SILVA SÁNCHEZ, ¿«Quia peccatum est» o «ne peccetur»? Una modesta llamada de atención al Tribunal Supremo», *InDret* 1.2021 ,pp. vi-ix

SILVA SÁNCHEZ, «El compliance de detección como «eximente» supralegal para las personas jurídicas, en *El derecho penal en el siglo XXI»: Liber amicorum Zugaldía*, 2021, págs. 131-150;

SILVA SÁNCHEZ, «Lo real y lo ficticio en la responsabilidad «penal» de las personas jurídicas», *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, 1(2023)

VASCO MOGORRÓN, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Penal español a partir del nuevo Código Penal español», *Derecho y Sociedad*, 14(2000) p 197 ss

El Impago de la pensión de alimentos de hijos menores como principal manifestación de la violencia económica y la necesaria reparación integral del daño.

Sumario

La materia de la violencia de género no debe ser afrontada únicamente desde la perspectiva punitiva del Derecho Penal, sino desde una óptica multidisciplinar, pues para que la lucha contra la violencia de género sea efectiva, debe contemplar todas sus manifestaciones, incluida la económica o patrimonial. Este trabajo se centra en una de las manifestaciones más comunes de la violencia económica tras la ruptura de la pareja, el impago de la prestación de alimentos a hijos menores. En estos casos, la reparación integral del daño deberá incluir, no sólo el reembolso de las cantidades debidas por el padre y de la parte de los alimentos satisfechos por la madre, sino también una indemnización por los daños morales o psicológicos y los daños sociales infligidos a la mujer y a sus hijos a consecuencia del incumplimiento de esta obligación.

Abstract

The issue of gender-based violence should not be approached only from the punitive perspective of Criminal Law, but from a multidisciplinary perspective, since in order for the fight against gender-based violence to be effective, all its manifestations must be considered, including economic or patrimonial violence. This paper focuses on one of the most common manifestations of economic violence after the break-up of a couple, the non-payment of child support. In these cases, the comprehensive reparation of damages should include not only the reimbursement of the amounts owed by the father and the corresponding maintenance paid by the mother, but also a compensation for the moral or psychological damage and social damage inflicted on the woman and her children as a result of the non-fulfilment of this obligation.

Title: *Non-payment of child support as the main manifestation of economic violence and the need for full reparation of the damage.*

Palabras clave: *Violencia de género, violencia económica, obligación de alimentos, impago de pensión alimenticia, responsabilidad civil, daños morales, daños sociales.*

Keywords: *Gender violence, economic violence, maintenance obligations, non-payment of alimony, civil liability, moral damages, social damage.*

DOI: 10.31009/InDret.2024.i3.14

3.2024

Recepción
28/02/2024

-

Aceptación
24/05/2024

-

1. Consideraciones previas: la obligación de alimentos a hijos menores

1.1. Introducción

1.2. Naturaleza de la obligación de alimentos a hijos menores y su especial protección en nuestro ordenamiento jurídico

2. La violencia económica como manifestación de la violencia de género

2.1. Concepto de violencia económica. Reconocimiento legislativo y jurisprudencial

2.2. Principales manifestaciones de la violencia económica: en especial, el impago de la obligación de alimentos

a. *Violencia económica durante la convivencia de la pareja*

b. *Violencia económica tras la ruptura de la pareja: el impago de la obligación de alimentos*

3. La reparación integral de los daños por violencia económica frente al impago de la pensión alimenticia a hijos menores

3.1. Daños económicos o patrimoniales

3.2. Daños morales y sociales

4. Reflexiones finales

5. Bibliografía

-

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

1. Consideraciones previas: la obligación de alimentos a hijos menores *

1.1. Introducción

La materia de la violencia de género no debe ser afrontada únicamente desde la perspectiva punitiva del Derecho Penal, sino desde una óptica multidisciplinar, pues para que la lucha contra la violencia de género sea efectiva, debe contemplar todas sus manifestaciones, incluida la económica o patrimonial.

A pesar del incipiente reconocimiento jurisprudencial de la violencia económica que veremos, y de que la normativa internacional sí recoja este tipo de violencia (el Convenio de Estambul incluye la violencia económica como forma de violencia contra la mujer), en España la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, aún no la contempla, no recoge una definición específica de violencia económica de género (lo que sí sucede en la normativa de la mayoría de Comunidades Autónomas). Por eso, en aras de aumentar la protección a las víctimas de violencia de género, por su especial vulnerabilidad, el legislador español debe llevar a cabo los cambios necesarios para reforzar la protección integral a las mujeres víctimas de violencia, comenzando por reconocerla expresamente, porque tiene entidad por sí misma, y desde el plano económico o patrimonial, mediante la reparación integral de los daños causados.

Pues bien, este trabajo se centra en una de las manifestaciones más comunes de la violencia económica tras la ruptura de la pareja, el impago de la prestación de alimentos a hijos menores, y en la necesaria reparación integral del daño causado a la víctima en esos supuestos.

Hace años que voces de juristas expertos en la materia claman por un reconocimiento de la violencia económica como manifestación de la violencia de género. En este sentido, tal y como explica Susana GISBERT¹, fiscal especializada en violencia de género, no cumplir con los pagos estipulados desde un juzgado «es una forma de perpetuar el control, de obligar a la mujer a no romper nunca el vínculo que le une a su maltratador. También es un modo de continuar humillando, una clase de demostración de poder, de que él sigue siendo necesario y no puede prescindir de él. Hay, incluso, un modo más sibilino, que ni siquiera roza el ilícito penal. Consiste en los pequeños retrasos en el pago de la pensión. La necesidad por parte de ella de atender pagos –hipoteca, facturas de luz, agua, etc.- en una determinada fecha, la obligan a que, si él todavía no ha abonado la pensión ese mes, haya de ponerse en contacto para pedírselo, incluso para suplicárselo. Y eso perpetúa la situación de dominación». Esta fiscal matiza que: «Este tipo de violencia es de las más frecuentes, sola o acompañando a otros tipos. Precisamente, el hecho de que no tenga encaje específico en muchos casos en el Código Penal y que no deje huella física la convierte en un instrumento de tortura óptimo. No hay más que echar un vistazo a las

* Dra. Alba PAÑOS PÉREZ. Prof. Titular Derecho Civil en la Universidad de Almería (CEIA3-CIDES-SEJ235). albapanos@ual.es. El presente trabajo se enmarca en el Contrato (convocatoria *UAL Transfiere 2022*) para proyecto de investigación y desarrollo solicitado por el Ayuntamiento de Almería (Área de Familia, Igualdad y Participación) “Promoción de la igualdad efectiva y protección integral de la violencia de género” (IP PAÑOS PÉREZ).

¹ Disponible en: <https://www.cuartopoder.es/sociedad/violencia-machista/2019/08/21/susana-gisbert-la-violencia-economica-no-es-un-invento-del-feminismo/>. Autora también del libro *Balanza de género*, Ed. LoQueNoExiste, Madrid, 2018.

estadísticas de las personas que incumplen con estas obligaciones para echarse las manos a la cabeza».

Por su parte, destacamos la labor de la magistrada AVILÉS PALACIOS, cuya resolución del Juzgado de lo Penal de Mataró, de 22 de julio del 2021², marcó un hito en el reconocimiento de la violencia económica y en la reparación integral del daño. Y ello, por la repercusión que tuvo su fallo en un caso de incumplimiento de alimentos establecidos a menores, donde señalaba que «no podemos hablar de un “simple” impago de pensiones, sino de una situación de violencia económica como manifestación y/o continuación de la violencia de género sufrida», solicitando al Gobierno que tipificase la «violencia económica» como una modalidad de violencia de género dentro de nuestro Código Penal y reclamando que se establezcan cláusulas de responsabilidad civil que permitan una reparación integral del daño causado a las mujeres víctimas. Es decir, que se resarza no sólo el daño económico efectivamente causado por el impago de las pensiones alimenticias debidas, sino también el llamado «daño social» y el moral causado a consecuencia del anterior, por el sufrimiento psicológico, la ansiedad y la angustia a la que se somete a la mujer que debe suplir las carencias económicas de sus hijos. Así, tal y como expondremos a lo largo del presente trabajo, esta violencia económica, invisible en cierto modo a nivel social y argumento inusual aún en la realidad cotidiana de los juzgados y tribunales, encuentra apoyo legal e interpretativo más que suficiente para ser esgrimido como base de una situación de malos tratos psicológicos.

Pues bien, la modificación de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección integral contra la violencia de género, operada por la Disposición final 9.9 de la Ley Orgánica 10/2022 de 6 de septiembre, que ha introducido un Capítulo V sobre el derecho a la reparación³ (dentro del título II de la Ley, relativo a los derechos de las víctimas) ya ha marcado el camino a seguir para un necesario cambio de paradigma que aumente los derechos de las víctimas. Pero, aún así, es de sobra conocida la escasez de la reparación que obtienen las víctimas de esta lacra social que supone la violencia de género, especialmente porque los abogados de la acusación particular prefieren no contaminar la declaración de las víctimas, que en muchos casos es la prueba de cargo, con solicitudes de reparación de los daños, a pesar de que dicha reparación es un derecho de toda víctima o perjudicado por un delito.

Este artículo se enmarca en aquellas manifestaciones de la violencia económica consistentes en el impago de la pensión de alimentos cuando se produce la ruptura de una relación matrimonial o de pareja y, fruto de esa relación, existen unos hijos menores necesitados de una serie de prestaciones básicas que no reciben; en una edad en la que no tienen posibilidad de procurarse a sí mismos los medios para subsistir y amparados legalmente, en todo caso, por el principio del interés superior del menor. Este incumplimiento supone una manifestación de violencia de género que puede comportar a los hijos e hijas menores de edad privaciones de todo tipo que amenacen su desarrollo y bienestar; por ello, constituye, sin lugar a dudas, violencia económica, además de contra la madre que se ve obligada a suplir las carencias de sus hijos, contra los menores de edad directamente perjudicados⁴.

² SJP de Mataró (Provincia de Barcelona) 58/2021, de 22 julio 2021 (ECLI:ES:JP:2021:58).

³ Añadido, con efectos desde el 7 de octubre de 2022, por la disposición final 9.9 de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre. BOE-A-2022-14630.

⁴ LONDOÑO, «La Inasistencia Alimentaria como Violencia Económica», *Nuevo derecho*, Vol. 16, núm. 26, 2020, p. 9, aboga por que se distinga el impago de alimentos de los hijos e hijas de la violencia económica que conlleva para la mujer y se sancionen ambas conductas de forma independiente.

1.2. Naturaleza de la obligación de alimentos a hijos menores y su especial protección en nuestro ordenamiento jurídico

Como consideración previa, es necesario aclarar que este trabajo se circunscribe exclusivamente a la obligación de alimentos debidos a hijos menores de edad, excluyendo, no sólo a mayores de edad, sino también a hijos menores emancipados (casos en que el deber de alimentos se transforma en una obligación genérica de alimentos entre parientes⁵); dado el carácter reforzado de la obligación de alimentos a los menores de edad y el alcance de la responsabilidad por su incumplimiento. En base a ello nos vamos a centrar, precisamente, en la necesaria reparación integral del daño causado por dicho incumplimiento en casos de violencia económica.

El deber de alimentos a hijos menores se superpone a cualquier otra obligación, incluida la de alimentos recíprocos entre padres e hijos, siendo figuras jurídicas distintas⁶. La obligación alimenticia a favor de los hijos menores de edad es definida por SERRANO CASTRO⁷ como «el deber impuesto a una o varias personas de asegurar la subsistencia de una u otra, suponiendo la conjunción de dos partes: una acreedora alimentista, que tiene derecho a exigir y recibir los alimentos, y otra deudora alimentante, que tiene el deber legal y moral de prestarlos». No ha de confundirse, pues, la obligación de alimentos a hijos menores con el deber de alimentos entre parientes (artículos 142 y siguientes del Código Civil), que es de carácter recíproco y vitalicio, pero cuyo régimen es notablemente más limitado o reducido. Así, el deber de alimentar previsto en el artículo 154 del Código Civil (lo mismo que el del artículo 110 del mismo código) comprende, tal y como señala YZQUIERDO TOLSADA⁸, no solamente los conceptos que van referidos a «sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción» del artículo 142 del mismo Código, sino todos aquellos que el hijo requiera para su desarrollo y equilibrio mental y emocional.

Sentada esta base, podemos afirmar que estamos ante una de las obligaciones de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico, que alcanzaría rango constitucional en base al artículo 39.3 de la Carta Magna, según el cual: «Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda». Este mandato constitucional se plasma en nuestro Código Civil a través de la configuración de los alimentos a los hijos como una obligación básica de los progenitores y un derecho de aquellos, fundada, como reitera la jurisprudencia⁹, en un principio

⁵ DUTREY GUANTES, *Memento Familia* (Civil), (Col.), LEFEBVRE (Coord.), Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2020, marg. 2678.

⁶ Así lo establece la mayoría de la doctrina, entre otros: BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, «Comentarios a los artículos 142 a 153», en ALBALADEJO GARCÍA, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, T. III, V. 2, Edersa, Madrid, 2004, p. 1; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentarios a los artículos 154 a 161, 164 a 168, 172 a 180, 184, 189, y Disposiciones transitorias 9 y 10 de la Ley 11/1981», en AMORÓS GUARDIOLA et. al. (coords.), *Comentario a las reformas del derecho de familia*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 1051.

⁷ *Relaciones paterno-filiales*, Madrid: El Derecho, 2010, p. 177.

⁸ Así en «Comentario al artículo 154 del Código Civil», en CAÑIZARES LASO, DE PABLO CONTRERAS, ORDUÑA MORENO y VALPUESTA FERNÁNDEZ (Dirs.), *Código Civil comentado*, Vol. I, 2ª Ed., @Civitas Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016.

⁹ Así, entre otras muchas, la STS 881, Sala de lo Civil, de 5 de octubre de 1993; STS 749/2002, Sala de lo Civil, de 16 julio de 2002 y STS 742/2013, Sala de lo Civil, de 27 noviembre de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:5707).

de solidaridad familiar que, en caso de hijos menores de edad, se concreta en mayor medida como contenido básico derivado directamente de la relación de filiación.

De hecho, la prestación alimenticia a favor de hijos menores tiene naturaleza de orden público en nuestro ordenamiento, pues constituye uno de los deberes fundamentales e inherentes de la patria potestad, consecuencia directa del hecho mismo de la filiación¹⁰. Por tanto, el deber de alimentos que recoge el artículo 154.1 del Código Civil, según el cual la función de la patria potestad comprende, entre sus deberes y facultades, en primer lugar, la de: «Velar por ellos (hijos e hijas no emancipados), tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral», derivaría directamente de la filiación y constituiría una prestación más amplia que la contenida en el artículo 143 del mismo Código¹¹. Dicho carácter inexcusable se mantiene en los casos de separación o divorcio de los progenitores, a pesar de las posibles alteraciones sustanciales de su capacidad económica; e incluso, persiste a los supuestos de privación de la patria potestad¹² pues, como hemos señalado, es un deber insoslayable inherente a la filiación (tanto biológica como jurídica), consecuencia de su determinación.

Estos alimentos a hijos se encuentran regidos por el principio del interés superior del menor, como criterio rector imperante en nuestro ordenamiento para la adopción de cualquier medida relativa a menores. No ofrece duda, por tanto, que la determinación de los alimentos a los hijos menores de edad sea una manifestación derivada del interés superior de los mismos, que exige que sus necesidades vitales se encuentren debidamente cubiertas, requiriendo un mayor nivel de protección inherente a su vulnerabilidad personal. El interés superior del menor se sustentaría así, en este ámbito, en el derecho del menor a ser alimentado, y en la correlativa obligación de sus progenitores de cumplirla «en todo caso», tal y como determina el artículo del 93 del Código Civil¹³. Como señala al respecto MÚRTULA LAFUENTE¹⁴, el carácter imperativo del art. 93.1 del Código Civil y su propia naturaleza de orden público, al entrar en juego el interés del menor, permite mantener que el progenitor custodio carezca de poder dispositivo para renunciar a los alimentos a favor de sus hijos¹⁵.

El cumplimiento de esta obligación de prestar alimentos a los hijos menores, que se ve satisfecha en situación de normalidad matrimonial en base al deber de los cónyuges de contribuir al

¹⁰ Vid. STS 917/2008, Sala de lo Civil, de 3 de octubre de 2008 y STS 742/2013, Sala de lo Civil, de 27 noviembre (ECLI:ES:TS:2013:5707).

¹¹ Según el cual: «Están obligados recíprocamente a darse alimentos en toda la extensión que señala el artículo precedente: 1. ° Los cónyuges. 2. ° Los ascendientes y descendientes. Los hermanos sólo se deben los auxilios necesarios para la vida, cuando los necesiten por cualquier causa que no sea imputable al alimentista, y se extenderán en su caso a los que precisen para su educación».

¹² Artículos 110, 111 y 170 del Código Civil.

¹³ STS 860/2023, Sala de lo Civil, de 1 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2554); Fundamento de Derecho 3.1.

¹⁴ El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 273 y 274.

¹⁵ Artículo 751.1 en relación con el 748.4º LEC. De hecho, MÚRTULA LAFUENTE, *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, pp. 273 y 274, señala que «el Juez puede acordar de oficio las pruebas que estime necesarias para comprobar la concurrencia de las circunstancias fácticas de las que dependen los pronunciamientos sobre medidas que afecten a los hijos menores o incapacitados (art. 770 regla 4ª LEC) y puede, sin incurrir en incongruencia, conceder una pensión de alimentos superior a la solicitada. Esta facultad supone al fin y al cabo una salvaguarda para el interés del menor y la atención de sus necesidades vitales, frente a las presiones que pueda sufrir la madre en situaciones de crisis familiar conflictiva o propiamente de violencia de género».

levantamiento de las denominadas «cargas del matrimonio»¹⁶, cuando deviene la crisis matrimonial, la nulidad, el divorcio o la separación de la pareja de hecho, en ningún caso quedan eximidos los padres de sus obligaciones respecto de sus hijos, tal y como recuerda el artículo 92.1 del Código Civil. Es, por tanto, en estos casos de crisis, en los que la obligación alimenticia de los hijos menores sigue existiendo al margen de las relaciones entre los progenitores, donde mejor se observan las diferencias entre ésta y las cargas matrimoniales.

Es más, el alcance y extensión del deber de alimentos no se limita a lo «indispensable» para los menores (según la literalidad del artículo 142 del Código Civil), sino que el progenitor no custodio debe alimentos a sus hijos en base a la propia filiación, sin que sea precisa la necesidad o «indispensabilidad» de los mismos, como no lo ha sido mientras ha mediado la situación de cotidianidad familiar previa a las crisis¹⁷. No obstante, será esencial considerar el contexto en el que se desenvuelve la crisis matrimonial, pues éste impone diferenciar las circunstancias concretas derivadas de la misma, otorgando a los beneficiados por los alimentos un interés digno de tutela.

En este sentido se acaba de pronunciar el Tribunal Constitucional, en sentencia 2/2024, de 15 de enero¹⁸, al establecer la nulidad de las sentencias que fijan la pensión de alimentos en un porcentaje (en este caso, un 10%) de los ingresos mensuales del padre, sin establecer ninguna precisión sobre dicha cuantificación ni motivar por qué ese porcentaje satisface el interés superior del hijo. El Tribunal Constitucional concluye que, el desconocerse la cuantía de los ingresos y de la capacidad económica del padre, debido a su propia elusión de sus deberes paternofiliales, no es posible determinar si ese porcentaje es suficiente o no para proveer a las necesidades del menor. Y ello, «no puede erigirse en obstáculo para que la sentencia del juzgado, o en su revisión la de la audiencia provincial, hubiera fijado en este caso una cantidad líquida suficiente para la satisfacción de las necesidades del menor hijo de la recurrente *ex art. 142 CC*».

En definitiva, la obligación de prestar alimentos a hijos menores de edad tiene unas connotaciones peculiares que la distinguen de las restantes deudas alimentarias legales respecto a los parientes e, incluso, a los hijos mayores de edad y menores emancipados¹⁹. Por esto mismo,

¹⁶ Así, el artículo 90, letra d), del Código Civil incluye, entre el contenido del convenio regulador, la «contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso». Las cargas del matrimonio comprenden el global sostenimiento de la familia, en el sentido del artículo 1362.1 del Código Civil, que abarca, por tanto, los gastos de alimentos en su sentido amplio.

¹⁷ A pesar de los genéricos alimentos a los que se refiere el artículo 90 d) del Código Civil, o de que se engloben en la también genérica denominación de «cargas matrimoniales» del artículo 103.3.^a del mismo código. Así, MUÑOZ GARCÍA, «Alimentos a favor de los hijos en supuestos de ruptura matrimonial. Conciliación con el régimen general de alimentos de los artículos 142 y siguientes del Código Civil (1)», @*Diario La Ley*, Núm. 8224, Sección Doctrina, 8 de enero de 2014.

¹⁸ STC 2/2024, Sala Primera, de 15 de enero de 2024 (ECLI: ES:TC:2024:2).

¹⁹ En este sentido, la STC 57/2005, de 14 de marzo de 2005, (ECLI:ES:TC:2005:57), proclama al respecto que: «Por lo que respecta a la pensión de alimentos a los parientes -el otro elemento de comparación alegado-, su fundamento descansa únicamente en la situación de necesidad perentoria o “para subsistir” (art. 148 CC) de los parientes con derecho a percibirlos -cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos (art. 143 CC)-, se abona sólo “desde la fecha en que se interponga la demanda” (art. 148 CC), y puede decaer por diversos motivos relacionados con los medios económicos o, incluso, el comportamiento del alimentista (art. 152 CC). Por el contrario, los alimentos a los hijos, en la medida en que tienen su origen exclusivamente en la filiación (art. 39.3 CE), ni precisan demanda alguna para que se origine el derecho a su percepción, ni la ley prevé excepciones al deber constitucional de satisfacerlos”. Y continúa señalando que “Tampoco coincide la finalidad en una y otra pensión: si en la de alimentos a los parientes ha de facilitarse el sustento básico para salvaguardar la vida del alimentista, esto es, “todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica” (art.

la jurisprudencia considera que es necesario distinguir si nos encontramos ante alimentos cuyo destinatarios son hijos mayores o menores de edad, al ser éstos últimos tributarios de distinto tratamiento jurídico, pues con respecto a ellos, ya vimos que «más que una obligación propiamente alimenticia lo que existen son deberes insoslayables inherentes a la filiación, que resultan incondicionales de inicio con independencia de la mayor o menor dificultad que se tenga para darle cumplimiento o del grado de reprochabilidad en su falta de atención»²⁰.

A mayor abundamiento y como garantía de la recepción de alimentos por los menores, la Ley 42/2006, de 28 de diciembre²¹ creó el llamado Fondo de Garantía del Pago de Alimentos, regulado por Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos²², en cumplimiento del mandato previsto por el artículo 39 de la Constitución Española. Así, el fundamento de la creación de este Fondo radica en la protección integral de las familias y de los hijos que debe prestar el Estado ante la detección del problema social derivado de los incumplimientos del pago de alimentos establecidos a favor de los hijos menores de edad en los supuestos de divorcio, separación, declaración de nulidad del matrimonio, o en procesos de filiación o de alimentos.

Y ello, tras hacerse evidente para el Gobierno la frecuencia de estos incumplimientos de obligaciones establecidas judicialmente y producidas, en la mayoría de los casos, de forma deliberada por la negativa del obligado al pago de alimentos a satisfacerlos y, en otros casos, por la imposibilidad real del deudor para satisfacerlos. En ambos supuestos, el resultado es que se producen numerosas situaciones de precariedad para los hijos menores y, con ello, para la unidad familiar en que se integran junto con la persona que los tiene bajo su guarda y custodia. Frente a esta situación que afecta a una obligación cuya naturaleza, tal y como hemos señalado, es de orden público, los poderes públicos tienen la obligación de dar cobertura y solución a la desatención de los hijos e hijas menores de edad, proporcionando una adecuada garantía para la protección económica de las familias que se encuentren en estas circunstancias.

Así, tal y como se señala en la exposición de motivos del Real Decreto mencionado, el Fondo de Garantía del Pago de Alimentos surge, ante el frecuente incumplimiento de las obligaciones alimenticias establecidas judicialmente, para garantizar a los hijos e hijas menores de edad la percepción de unas cuantías económicas, definidas como anticipos, que permitan a la unidad familiar en la que se integran subvenir a sus necesidades ante el impago de los alimentos por el obligado a satisfacerlos. El montante de los recursos económicos de que disponga dicha unidad familiar es, lógicamente, el criterio central para determinar si concurren o no las circunstancias de insuficiencia económica que justifican la concesión de anticipos por el Fondo.

142 CC), ya hemos dicho que la de alimentos a los hijos no se reduce a la mera subsistencia, al consistir en un deber de contenido más amplio, que se extiende a todo lo necesario para su mantenimiento, estén o no en situación de necesidad».

²⁰ Entre otras ya citadas, la STS 55/2015, Sala de lo Civil, de 12 de febrero de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:439); la STS 275/2016, Sala de lo Civil, de 25 de abril de 2016 (RJ 2016\1712) y la STS 525/2017, Sala de lo Civil, de 27 de septiembre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3369).

²¹ La Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, creó un Fondo, en su disposición adicional quincuagésima tercera, dotado inicialmente con diez millones de euros, destinado a garantizar, mediante un sistema de anticipos a cuenta, el pago de alimentos reconocidos a favor de los hijos menores de edad en convenios judicialmente aprobados o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, procesos de filiación o de alimentos.

²² BOE núm. 299, de 14 de diciembre de 2007, pp. 51371 a 51376.

Serán beneficiarios de los anticipos que conceda el Fondo, en lo que nos interesa, los hijos e hijas menores de edad titulares de un derecho de alimentos judicialmente reconocido e impagado. Este Fondo no es sino una muestra de que el fundamento de esta obligación radica, como venimos exponiendo, en el principio del superior interés del menor. Así, señala el propio legislador que el Estado, ante el fracaso de la ejecución judicial del título que reconoció el derecho a alimentos, debe garantizar primordialmente dicho interés, sufragando con cargo a los fondos públicos las cantidades mínimas necesarias para que la unidad familiar en que se integra pueda atender a las necesidades del menor. En contrapartida, y atendiendo a los principios de buen uso y defensa de los recursos públicos, el Estado se subrogará en los derechos que asisten al menor frente al obligado al pago de alimentos, y repetirá contra éste el importe total satisfecho a título de anticipos²³.

Por tanto, el Real Decreto exige que el pago de alimentos esté reconocido en resolución judicial y así lo traslada la jurisprudencia, como la reiterada y reciente sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2023²⁴, al señalar lo siguiente: «La argumentación de la sentencia recurrida deja al arbitrio del alimentante el cumplimiento de sus obligaciones con respecto a su hijo por el mero hecho de ausentarse de su lugar de residencia, sin informar de su paradero, gravando al otro progenitor con la obligación de soportarlos en exclusiva, y, de esta forma, eludiendo una obligación insoslayable y mancomunada, además que imposibilitar a la actora a acogerse, en caso de concurrirlos restantes presupuestos, a las ayudas del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos, (...), en tanto en cuanto exige que el pago de alimentos esté reconocido en resolución judicial...».

Pues bien, ante el recurrente impago de las pensiones de alimentos como manifestación de violencia de género de carácter económico²⁵, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante LOPVG), que no recoge la violencia económica en su artículo 1, establece en su Disposición Adicional Decimonovena (modificada por la disposición final 9.16 de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre) que: «El Estado garantizará el pago de alimentos reconocidos e impagados a favor de los hijos e hijas menores de edad en convenio judicialmente aprobado o en resolución judicial, a través de una legislación específica que concretará el sistema de cobertura en dichos supuestos y que, en todo caso, tendrá en cuenta las circunstancias de las víctimas de violencia de género. Para reforzar las medidas de apoyo a las víctimas de violencia económica, el Gobierno modificará la regulación actual del Fondo de Garantía de Pensiones en el sentido de mejorar su accesibilidad,

²³ En atención a estos principios, y a la configuración del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos como un fondo carente de personalidad jurídica de los previstos por la Ley General Presupuestaria, su gestión se ha encomendado al Ministerio de Economía y Hacienda, a través de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas. Vid. Exposición de Motivos del Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos (BOE núm. 299, de 14 de diciembre de 2007.)

²⁴ STS 860/2023, Sala de lo Civil, de 1 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2554).

²⁵ Vid. SOLÉ RESINA, “Violencia económica contra la mujer. El impago de pensiones y la reparación integral del daño”, *LA LEY Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 161, LA LEY 3448/2023; quien subraya que, en todo caso, “para tener derecho a los anticipos a cuenta del pago de los alimentos, la unidad familiar en la que se integra el hijo o hija menor o con el grado de discapacidad exigida no han de superar el límite de ingresos del 1,5 IPREM (1 hijo) incrementado en 0,25 por cada hijo más. Y la cuantía del anticipo es de un máximo de 100€ mensuales durante un período máximo de 18 meses, por lo que es una solución de mínimos del todo insuficiente que, desde luego, no resuelve el problema del impago de los alimentos. En este sentido, se ha dicho que el Fondo de Garantía del Pago de los Alimentos no es sino un intento de alivio al fracaso de la ejecución judicial del pago de las pensiones alimenticias”.

su eficacia y su dotación económica, a través de la modificación del Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos».

2. La violencia económica como manifestación de la violencia de género

2.1. Concepto de violencia económica. Reconocimiento legislativo y jurisprudencial

Podría afirmarse que la perspectiva jurídica de la violencia económica es un objeto de estudio reciente, si bien no lo es para la psicología o la sociología²⁶. Los textos internacionales y la literatura afirman que existen cuatro tipos diferentes de violencia familiar no física: violencia emocional, psicológica, social y económica. En la década de los ochenta surgió el término «abuso económico» o «abuso financiero» para indicar el control ejercido sobre una mujer para obtener, usar y mantener los recursos económicos, lo que amenaza su seguridad económica y su potencial de autosuficiencia. El abuso económico es una herramienta para manipular, dominar y controlar a otra persona, sometiéndola al hacerla dependiente económicamente, bien porque se apropia de todos los recursos económicos o los controla casi en exclusiva, bien porque impide a la mujer obtenerlos o incumple las pensiones familiares, no costeando las necesidades básicas de la mujer y/o de los hijos; y todo ello para doblegar y crear una dependencia de la mujer hacia su pareja o ex pareja, padre de sus hijos.

Así pues, el maltrato a una mujer puede iniciarse mucho antes de la violencia física, a través de la llamada violencia de género económica, que comienza a perfilarse a través de una fiscalización excesiva sobre los gastos y la economía familiar ya durante el matrimonio (normalmente en régimen de gananciales), como mecanismo de control y presión psicológica, y que puede perdurar incluso después de condenado el agresor por violencia de género. En estos casos, el hombre va a emplear varios medios, entre ellos el económico, para seguir castigando a la mujer y a sus hijos, como último nexo de control; de este modo, la mujer se ve obligada a mantener el contacto con el maltratador para reclamarle continuamente que cumpla con sus obligaciones patrimoniales, perpetuándose así el dominio que éste ejerce sobre ella. Por tanto, podemos decir que hay violencia económica contra la mujer cuando el hombre ejerce el poder de control y dominación sobre la mujer a través de los recursos económicos²⁷.

La violencia económica cabe en distintos ámbitos, y cuando se ejerce contra la mujer pareja o expareja tiene, pues, la consideración de violencia de género. Esto es, la violencia económica ejercida contra la mujer por su pareja o ex pareja por el hecho de ser mujer, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres. Así se reconoce a nivel internacional; está establecido en el artículo 3 a) del Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, realizado en Estambul el 11 de mayo de 2011 y parte de nuestro derecho interno²⁸ (y, por tanto, aplicable directamente sin necesidad de trasposición), que incluye la violencia económica contra la mujer como una forma de violencia de género al definirla como «todos los actos de violencia

²⁶ MARTÍN LÓPEZ, “Explorando la violencia económica en la pensión de alimentos”, en *LA LEY Derecho de familia*, Núm. 39, Tercer trimestre de 2023, LA LEY 8852/2023.

²⁷ PALAZÓN GARRIDO, “La violencia económica como forma invisible de violencia de género”, en TOMAS, Gema y VIDU, Ana (Coords.), *Mujer como motor de innovación jurídica y social*, Tirant lo Blanch, 2021, p. 529.

²⁸ BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014.

basados en el género que impliquen o puedan implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza sexual, psicológica o económica».

Siendo consciente el Consejo de Europa de que la situación de dependencia económica de las mujeres puede impedir la ruptura con otras formas de violencia, prevé en el Capítulo IV, Art. 18 del Convenio (en materia de «Obligaciones Generales») que: «las Partes velarán por que las medidas tomadas conforme al presente capítulo – Se basen en una comprensión fundamentada en el género de la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, y se concentren en los derechos humanos y la seguridad de la víctima; - Se basen en un enfoque integrado que tome en cuenta la relación entre las víctimas, los autores de los delitos, los niños y su entorno social más amplio; - Estén dirigidas a evitar la victimización secundaria; - Estén dirigidas al empoderamiento e independencia económica de las mujeres víctimas de violencia; - Permitan, en su caso, el establecimiento de un conjunto de servicios de protección y apoyo en los mismos locales; - Respondan a las necesidades específicas de las personas vulnerables, incluso los hijos de las víctimas, y sean accesibles para ellos». Por otra parte, el Capítulo VI del Convenio de Estambul, dedicado a «Investigación, procedimientos, derecho procesal y medidas de protección», obliga a los Estados parte a adoptar todas las medidas necesarias y las reformas legislativas pertinentes para evitar y sancionar la violencia contra las mujeres y conseguir la reparación integral del daño causado²⁹. En los mismos términos, la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, por la que se establecen Normas Mínimas sobre los Derechos, el Apoyo y la Protección de las Víctimas de Delitos³⁰. Asimismo, en la Recomendación General número 35 del Comité CEDAW de 2017 se subraya expresamente la necesidad de la justicia y la reparación efectiva de los daños de la violencia³¹.

Respecto al reconocimiento legislativo nacional de la violencia económica como un tipo de violencia de género, a pesar del desarrollo normativo internacional que acabamos de referenciar y de los avances de los últimos años en la lucha contra esta lacra social, nuestra legislación estatal no recoge aún una definición de violencia económica de género; lo que sí sucede, sin embargo,

²⁹ El art. 49 del Convenio de Estambul, titulado «Obligaciones generales», dispone: «1. Las partes deben adoptar las medidas legislativas o de otros tipos necesarias para que la investigación y los procedimientos judiciales relativos a todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio se lleven a cabo sin demoras injustificadas, sin perjuicio del derecho de la víctima a todas las fases del proceso penal. 2. Las partes deben adoptar las medidas legislativas o de otro tipo necesarias, de conformidad con los principios fundamentales de los derechos humanos y teniendo en cuenta la perspectiva de género en este tipo de violencia, para garantizar una investigación y un procedimiento efectivos por los delitos previstos en el presente Convenio».

³⁰ La citada Directiva establece en materia de violencia de género que: «La violencia dirigida contra una persona a causa de su sexo, identidad o expresión de género, o que afecte a personas de un sexo en particular de modo desproporcionado se entiende como violencia por motivos de género. Puede causar a las víctimas lesiones corporales o sexuales, daños emocionales o psicológicos, o perjuicios económicos (...)». Sobre ello, más ampliamente, *Vid.* GALDEANO SANTAMARÍA, «El delito de impago de la pensión de alimentos como violencia económica por discriminación de género. Reflexiones acerca de la STS 239/2021, de 17 de marzo», *Práctica Penal. Cuadernos Jurídicos*, núm. 104, 2021, pp. 13-21.

³¹ Así, la Recomendación General Núm. 35 del Comité CEDAW, emitida en 2017, sobre violencia de género contra las mujeres, establece una concreción de estas obligaciones generales, en cuanto a las medidas legislativas generales que deben tomar los Estados. El Comité recomienda que los Estados parte apliquen las siguientes medidas legislativas: a) Velar por que todas las formas de violencia por razón de género contra la mujer en todas las esferas que constituyan una violación de su integridad física, sexual o psicológica se tipifiquen como delito e introducir, sin demora, o reforzar, sanciones legales proporcionales a la gravedad del delito, así como recursos civiles; y b) Velar porque todos los sistemas jurídicos, en particular los sistemas jurídicos plurales, protejan a las víctimas y supervivientes de la violencia por razón de género contra la mujer y velar porque tengan acceso a la justicia y a una reparación efectiva, de conformidad con las orientaciones que ofrece la recomendación general núm. 3.

en la normativa autonómica³². La mayoría de las leyes sobre violencia de género de las distintas Comunidades Autónomas definen la violencia económica en términos similares, entendiéndola como la privación intencionada y no justificada de recursos para el bienestar físico o psicológico de una mujer y de sus hijas o hijos, así como la discriminación o limitación en la disposición de los recursos propios o compartidos en el ámbito familiar o de la pareja. Como meras alusiones en nuestra normativa nacional a aspectos patrimoniales integrados en la violencia de género, podemos mencionar la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito, que considera en su artículo 2 a) como víctima directa a «(...) toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito»³³.

No obstante, la LOPVG no la contempla. En su exposición de motivos expresa que: «Estas medidas tienen por objeto posibilitar que las víctimas afronten el proceso contra sus agresores sin riesgos innecesarios, garantizándoles un mínimo de cobertura económica...»; pero la única referencia en su articulado a la violencia económica se hace en su Disposición adicional decimonovena, relativa al Fondo de garantía de pensiones de alimentos, estableciendo que: «En el marco de la protección contra la violencia económica en los términos previstos en esta ley, el Estado garantizará el pago de alimentos reconocidos e impagados a favor de los hijos e hijas menores de edad ...». La LOPVG no recoge ni define, pues, la violencia económica como modalidad de violencia de género. Y ello, a pesar de que en junio de 2021 se reformase el concepto de violencia de género del artículo 1 de la LOPVG para añadirle un apartado 4 que recogiese los supuestos de violencia vicaria, modificación de la Ley introducida por la Disposición Final Décima Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio de Protección Integral a la Infancia y Adolescencia frente a la Violencia.

Dicha LOPVG, además, incluye a los hijos menores como víctimas de violencia de género al establecer en su vigente artículo 1. 2º que: «Por esta ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia». También respecto de los hijos menores, el apartado 4º del mismo artículo dice expresamente que: «La violencia de género a que se refiere esta Ley también comprende la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad por parte de las personas indicadas en el apartado primero».

En el caso concreto de los hijos menores de edad, es interesante hacer mención al artículo 1 de la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, al definirla en su apartado 2 como «(...) toda acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar, que amenaza o interfiere en

³² Una exposición detallada puede consultarse en PALAZÓN GARRIDO, en *Mujer como motor de innovación jurídica y social*, pp. 530-532. La autora pone el foco de atención, desde el punto de vista normativo, en el largo camino que nos queda por recorrer, pues las legislaciones de los estados latinoamericanos están mucho más avanzados en esta materia (aunque reconoce las carencias en el momento posterior de la protección), distinguiendo incluso entre violencia económica y patrimonial. Sobre ello, *vid.* CORDOVA LÓPEZ, «La violencia económica y/o patrimonial contra las mujeres en el ámbito familiar», en *Persona y Familia, Revista del Instituto de la Familia, Facultad de Derecho*, núm. 6, 2017, pp. 44 y ss.

³³ Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima (BOE núm. 101, de 28/04/2015).

su ordenado desarrollo físico, psíquico o social, con independencia de su forma y medio de comisión (...)»³⁴, abundando, aunque en ocasiones pueda pasar desapercibida, en las graves repercusiones que esta realidad puede representar para los más vulnerables.

Y, de forma más expresa, la violencia económica sí ha sido conceptualizada como violencia de género en autorizados estudios, como el «estudio sobre la aplicación de la ley integral contra la Violencia de Género por las Audiencia Provinciales», editado por el Consejo General del Poder Judicial en marzo de 2016; o en la Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2005, que comprende como violencia de género de carácter psicológica: «Toda conducta que produzca en la víctima desvalorización o sufrimiento, sea a través de insultos, amenazas, control, aislamiento, anulación, humillaciones o vejaciones, limitación de la libertad, exigencia de obediencia o sumisión. Comprendiéndose dentro de la violencia psicológica, la violencia económica (entendida como abuso económico o la privación o discriminación intencionada y no justificada de recursos) o espiritual, comprensiva de aquellas conductas dirigidas a obligar a aceptar un sistema de creencias cultural o religioso determinado o destruir las creencias de otro».

Doctrina y jurisprudencia también son unánimes al considerar que la violencia económica es una forma de violencia de género que el ordenamiento jurídico debe combatir. Así, COLÁS TURÉGANO³⁵ puso de relieve cómo el delito de impago de alimentos puede considerarse una manifestación más de la violencia de género (violencia económica), erigiéndose como una herramienta que utiliza el agresor para mantener el control y la presión sobre la mujer, y sobre los hijos en común, quienes sufren directamente las consecuencias del impago. Efectivamente, el impago de las pensiones alimenticias es uno de los medios más frecuentes para perpetuar el maltrato a la mujer, a través del perjuicio económico a sus hijos, que debe suplir ella en solitario (o recurriendo a préstamos o a ayudas de terceras personas, como familiares o amigos). Con ello, el agresor mantiene una posición de control, empobrece a su exmujer, la somete a estrés psicológico, y aumenta la vulnerabilidad de sus hijos. Y no es un caso aislado, sino una «pauta de funcionamiento» para un número importante de maltratadores, que dejan de pagar las pensiones de alimentos destinadas a cubrir las necesidades más básicas de sus hijos, las pensiones compensatorias a sus ex parejas o, incluso, sus cuotas de la hipoteca en común, lo que puede llegar a suponer el desahucio de la familia.

El impago de pensiones fijadas mediante sentencia judicial constituye un delito de violencia de género según la ley española, desde 2015 (artículo 227.1 del Código Penal³⁶). Asimismo, el

³⁴ Cfr. Artículo 1 de la LO 8/2021, de 4 de junio (BOE núm. 134, de 05/06/2021), de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia. Además, hay que señalar que el artículo 57.1 del Código Penal, en su redacción dada por esta misma ley, queda redactado con el siguiente tenor literal: «Las autoridades judiciales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos (...), y las relaciones familiares, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48 por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave, o de cinco si fuera menos grave».

³⁵ «El bien jurídico protegido en el delito de impago de pensiones como instrumento de tutela frente a la desigualdad de género», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 5 bis, 2016, p. 256. En una línea similar, LLORIA GARCÍA, «La violencia sobre la mujer en el siglo XXI: sistema de protección e influencia de las tecnologías de la información y la comunicación en su diseño», *La Ley Penal*, núm. 138, 2019, p. 5, y más recientemente ROCA AGAPITO, «El delito de impago de pensiones y la violencia contra las mujeres: (a propósito de lo que no hace el Pacto de Estado en materia de Violencia de Género)», *Violencia de Género, Justicia Penal y Pacto de Estado*, Villa Sieiro, S.V. (Dir.), 2023, pp. 505 ss.

³⁶ La última modificación efectuada sobre el artículo 227 del Código Penal, operada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre (que es la vigente a día de hoy), señala lo siguiente: «1. El que dejare de pagar durante dos meses

impago del préstamo hipotecario de la vivienda donde residen los hijos y el progenitor necesitado de protección puede constituir igualmente un delito de impago de pensiones del artículo 227.2 del Código Penal. Así, conforme al Convenio de Estambul, el delito del impago de prestaciones económica de ese artículo 227 del Código Penal, si el obligado al pago es hombre y la víctima es la mujer que ha asumido la custodia de los hijos, constituye un acto de violencia contra la mujer por razones de género, cuando le genera daños o sufrimientos de naturaleza económica, dado que afecta a las mujeres de manera mayoritaria y desproporcionada³⁷.

La magistrada Lucía AVILÉS, que reconoce en la violencia económica «una manifestación de violencia de género, una de las formas en que se manifiesta la violencia machista», concisa su definición en «la privación intencionada y no justificada de recursos para el bienestar físico o psicológico de una mujer y/o de sus hijos o hijas, en el impago reiterado e injustificado de pensiones alimenticias estipuladas en caso de separación o divorcio, en el hecho de obstaculizar la disposición de los recursos propios o compartidos en el ámbito familiar o de pareja y en la apropiación ilegítima de bienes de la mujer». La jueza fundamenta una resolución, en la que nos detendremos más adelante³⁸, en que la violencia económica «se lleva a cabo controlando el acceso de las mujeres a los recursos económicos, disminuyendo la capacidad de las mujeres para mantenerse a sí mismas, a sus hijas e hijos y sus hábitos de vida previos, dependiendo financieramente del marido/pareja/ex y socavando sus posibilidades de escapar del círculo de abuso». Y, por ello, señala que afecta tanto a las mujeres como a sus hijos respecto del padre y da a este un instrumento de poder que los deja a merced de sus decisiones.

Esta magistrada ha señalado que se trata de un fenómeno complejo, que puede actuar aisladamente o en conexión con otros actos violentos (siendo esto último lo más frecuente en la práctica), y sus consecuencias resultan también complejas y más gravosas de lo que pudiera parecer a simple vista. Tiene un fuerte impacto sobre la salud mental y el bienestar psicológico de las mujeres, especialmente cuando las mujeres son víctimas además de otras formas de violencia de género y puede condicionar el bienestar y desarrollo emocional y educativo de los hijos, afectando, por tanto, a los derechos de la infancia. Asimismo, alerta de que una de las consecuencias más graves sería la creación de una dependencia económica de la víctima hacia su agresor que termina afectando a la capacidad de la ésta para generar recursos financieros y adquirir autosuficiencia económica, para sí y para sus hijos, y condiciona en muchas ocasiones su decisión de denunciar o de mantenerse en el ejercicio de acciones penales contra el perpetrador.

consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos en favor de sus hijos, será castigado con la pena de prisión de tres meses a uno o multa de seis a 24 meses. 2. Con la misma pena será castigado el que dejare de pagar cualquier otra prestación económica establecida de forma conjunta o única en los supuestos previstos en el apartado anterior. 3. La reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas».

³⁷ Vid. LEÓN ALAPONT, *El delito de impago de prestaciones económicas (Arts. 227 y 228 CP)*, Tirant lo Blanch, 2021; y «Aspectos controvertidos del delito de impago de pensiones: prestaciones económicas incluidas, responsabilidad civil y perseguibilidad», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 134, 2021, pp. 315 ss. LÓPEZ JARA, «La reclamación de alimentos y otras prestaciones en el proceso penal: el delito de impago de pensiones», *La Ley. Derecho de Familia: Revista Jurídica sobre Familia y Menores*, núm. 21, 2019, pp. 25 ss.

³⁸ Vid. Fundamento de Derecho Décimo de la SJP de Mataró (Provincia de Barcelona) 58/2021, de 22 julio 2021 (ECLI:ES:JP:2021:58).

Tal y como adelantábamos, esta violencia económica, invisibilizada a nivel social y argumento inusual aún en la realidad cotidiana de los juzgados y tribunales, encuentra apoyo legal e interpretativo más que suficiente para ser esgrimido como base de una situación de malos tratos psicológicos, fácilmente contrastables con documentación bancaria (que puede ser aportada como prueba documental o recabada por los Tribunales). Por citar tan sólo algunos de los primeros pronunciamientos jurisprudenciales que comenzaron a reconocer en estas conductas claras manifestaciones de violencia de género de tipo económica o patrimonial; mencionamos la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de junio de 2007³⁹, una de las primeras que se cuestionó si el impago de pensiones debía considerarse un supuesto de violencia de género, concluyendo lo siguiente: «Se aprueba que tal problemática debe interpretarse en el sentido de que se trata de un supuesto de violencia de género. El artículo 87.1, 3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial no exige que la mujer y los hijos hayan sufrido actos de violencia previa. Tampoco exige violencia psíquica o física previa. La dejación del cumplimiento de deberes familiares supone un acto de violencia machista, al vulnerar los derechos de la mujer y de los menores en el ámbito familiar». En la jurisprudencia social, en concreto, se pueden encontrar menciones expresas desde hace ya años a la violencia económica, y a su consideración como violencia de género, a los efectos del derecho a la percepción de la pensión de viudedad, por aplicación del artículo 220.1 (párrafo tercero) de la Ley General de la Seguridad Social⁴⁰. Así, en la STJ de Canarias, Sala de lo Social, de 28 de noviembre de 2017⁴¹, en la que se concede la pensión de viudedad a una mujer, pese a existir separación legal (*ex* artículo 174.2 de la Ley General de la Seguridad Social, vigente en el momento del supuesto⁴²), al entender el tribunal que la actora había sufrido malos tratos psicológicos y «violencia económica» fundamentando que su marido no le había proporcionado medios para subsistir.

Del mismo modo, y más recientemente, hay resoluciones en que se tiene en cuenta la existencia de este tipo de conductas en el maltratador para sustentar la condición de víctima de violencia de género de la solicitante, como la sentencia del TSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 20 de septiembre de 2019⁴³, también sobre pensión de viudedad para mujer separada víctima de violencia de género que, tras tener por probada la constante retirada de fondos de las cuentas comunes por parte del esposo fallecido, establecía: «A lo anterior se añade lo que narra el hecho probado octavo de la sentencia impugnada con los añadidos admitidos, de suerte que está demostrado que la actora se hallaba sometida a tratamiento médico por depresión, y que la profesional de atención primaria que la atendió el día 10 de octubre de 2.002 objetivó la existencia de un riesgo vital importante tanto para ella como para su hija con motivo de la conducta mantenida por su esposo. También son de reseñar las disposiciones dinerarias que el causante realizó en agosto de 2.002 y junio de 2.003 a favor de su madre y un hermano suyo, lo que supuso un severo quebranto de la economía familiar. En suma, cuantos datos se han puesto

³⁹ Acuerdo de 26 junio 2007.

⁴⁰ Según el cual: «En todo caso, tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio mediante sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento; en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de ser víctima de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho». *Cf.* RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, «Pensión de viudedad y violencia de género», en *Diario La Ley*, núm. 9548, 8 de enero de 2020.

⁴¹ STSJ de Canarias 1082/2017, Sala de lo Social, de 28 de noviembre de 2017 (ECLI:ES:TSJICAN:2017:3025).

⁴² Actual artículo 220.1 de la Ley General de la Seguridad Social.

⁴³ STSJ de Madrid 860/2019, Sala de lo Social, de 20 septiembre (ECLI:ES:TSJM:2019:7355).

de relieve permiten concluir que, a la sazón de la separación judicial, la recurrente tenía la condición de víctima de violencia de género que, si no fue física, sí tuvo un evidente carácter psicológico. Como establece el artículo 1.3 de la Ley Orgánica 1/2.004, ya calendada: “La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad».

Así llegamos hasta la pionera sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, núm. 239/2021, de 17 de marzo de 2021⁴⁴, donde se estableció por primera vez, en un caso de alzamiento de bienes, que dejar de pagar la pensión alimenticia de los hijos era violencia económica y producía una doble «victimización»: la de los hijos, que no ven cubiertas sus necesidades, y la del otro progenitor, que ha de hacerse cargo de estos con un exceso de cuidado que no le corresponde. Esta doctrina jurisprudencial ya ha sido seguida por otras resoluciones, como la sentencia de la AP de Barcelona 495/2022 de 18 julio⁴⁵, cuyo fundamento jurídico cuarto (apartado 7) señala que: «A la escasez probatoria se suma un eventual contexto de violencia de género, que se dio y en el que nació originalmente la obligación alimenticia, y que podría haber permitido al tiempo de la separación un debut de la que se ha venido a llamar “violencia económica” como modalidad de violencia sobre las mujeres en la línea marcada por el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica».

Esta resolución continúa precisando que la violencia económica no se ha incluido en La LOPVG ni ha forzado la modificación del Código Penal para regularla expresamente como una de las modalidades de violencia contra la mujer, y que «consiste en la privación intencionada y no justificada de recursos para el bienestar físico o psicológico de una mujer y/o de sus hijos o hijas, derivada por ejemplo del impago reiterado e injustificado de pensiones alimenticias estipuladas en caso de separación o divorcio, en el hecho de obstaculizar la disposición de los recursos propios o compartidos en el ámbito familiar o de pareja y en la apropiación ilegítima de bienes de la mujer».

2.2. Principales manifestaciones de la violencia económica: en especial, el impago de la obligación de alimentos

a. Violencia económica durante la convivencia de la pareja

El abuso económico que se ejerce contra las mujeres en la relación de pareja puede aparecer ya durante la convivencia, antes de que exista crisis de pareja, en múltiples expresiones. El agresor suele establecer distintos mecanismos de bloqueo económico, haciendo que la mujer no tenga recursos suficientes para abandonar la relación.

Entre ellos, que sea él quien tome de forma habitual todas las decisiones relacionadas con la economía familiar, impidiendo a la mujer tomar algunas o realizar compras de forma independiente; que se niegue a darle a la mujer dinero para los gastos del hogar; que el marido domicilie a su nombre la nómina de la esposa o le impida el acceso a las cuentas; que retire efectivo de las cuentas comunes dejando sin saldo las mismas; que impida a la mujer operar con tarjetas de crédito; que el hombre no permita a la mujer trabajar o formarse para mejorar su

⁴⁴ STS 239/2021, Sala de lo Penal, de 17 de marzo (ECLI: ES:TS:2021:914).

⁴⁵ Sentencia de AP de Barcelona núm. 495/2022, de 18 julio (RJ 2023/1690). ECLI:ES:APB:2022:12652.

empleo, o inducir de algún modo que la mujer abandone el trabajo y quede sin ingresos⁴⁶; que el hombre menosprecie la aportación de la mujer a la economía familiar; que contraiga deudas sin consentimiento de la mujer; o que, en caso de separación o divorcio, no pague las cuotas de la hipoteca en común⁴⁷ o de las pensiones de alimentos debidas a los hijos o hijas menores de edad o mayores económicamente dependientes, pudiendo hacerlo⁴⁸.

La jurisprudencia ha reconocido ya que la violencia económica se puede dar durante las relaciones de pareja, de manera exclusiva o en combinación con otras formas de violencia. Y ello, a través del «control» de las cuentas, a través de la llamada «explotación» económica de la mujer que se puede ver privada de la disponibilidad de su propio sueldo u obligada a trabajar en la empresa familiar sin derecho a salario ni prestaciones sociales, y el llamado «sabotaje» laboral que frena las expectativas laborales de la mujer mediante la imposición de tareas de cuidado y roles asociados al sexo femenino y a la maternidad.

Y también reconoce que se pueda dar, igualmente, después de rota la relación de pareja, bien como continuación de la ejercida de manera única o en combinación con otras formas de violencia, bien de manera autónoma. En ambos casos, cuando se constituye judicialmente un vínculo entre las partes respecto de las cargas hipotecarias del domicilio familiar u otras deudas adquiridas constante el matrimonio o de las pensiones alimenticias; ello supone, *de facto*, un instrumento idóneo para seguir sometiendo y controlando a las mujeres.

En este sentido, se plantea la posibilidad de extinguir automáticamente el régimen de gananciales a favor de la víctima en supuestos de separación de hecho cuando ha existido violencia de género durante el matrimonio⁴⁹. Al no existir una previsión legal expresa sobre la subsistencia del régimen económico matrimonial en los casos en que la violencia no produzca una pronta separación legal o divorcio, podrían darse situaciones en que el agresor participase de las ganancias obtenidas por mujer maltratada mientras subsista dicho régimen común (normalmente gananciales o de comunidad)⁵⁰. El artículo 1393 del Código Civil prevé que la sociedad de gananciales pueda concluir por decisión judicial, «a petición de uno de los cónyuges, en alguno de los casos siguientes casos», entre los que se encuentran, en los apartados segundo y tercero: «2º. Venir el otro cónyuge realizando por sí solo actos dispositivos o de gestión patrimonial que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad. 3º. Llevar separado de hecho más de un año por acuerdo mutuo o por abandono del hogar». Por tanto, ni el perjuicio patrimonial intencionado ni la separación de hecho prolongada por más de

⁴⁶ Respecto a los supuestos de despido laboral en casos de violencia de género, es de interés consultar, entre otras muchas, la resolución del TSJ de Aragón, Sala de lo Social, sentencia 499/2019, de 2 de octubre, sobre la obligación por parte de la empresa de informar correctamente a la víctima de violencia de género sobre su posibilidad de suspender el contrato laboral con reserva del puesto de trabajo; y la sentencia del TSJ de Valencia, Sala de lo Social, sentencia 1246/2021, de 21 de abril, sobre la nulidad de un despido, por discriminatorio, de una trabajadora ocurrido a los once días de que se dictara sentencia condenatoria contra su expareja y administrador de la sociedad empleadora (el cese sanciona y castiga de nuevo a la víctima de violencia de género, condición que sólo puede recaer sobre la mujer).

⁴⁷ *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, núm. 348/2020 de 25 junio (RJ 2020\2250). ECLI:ES:TS:2020:2158.

⁴⁸ PALAZÓN GARRIDO, *Mujer como motor de innovación jurídica y social*, pp. 534 ss.

⁴⁹ *Vid.* NIETO GARCÍA, «Conclusión de la sociedad de gananciales y violencia de género», *Diario La Ley*, Nº 10427, 2024.

⁵⁰ Así, VELA SÁNCHEZ, «Efectos patrimoniales esenciales de la violencia de género en la pareja», en *La Ley Digital*, LA LEY 3063/2016.

un año, aunque existiese violencia de género, conllevarían la extinción automática del régimen económico matrimonial, sino que sólo permitiría a la mujer solicitarla judicialmente, y sin efectos retroactivos.

Por su parte, NIETO GARCÍA⁵¹ señala que hemos de dar por bueno el presupuesto de la extinción previa de la *affectio maritalis*, como voluntad de ambos cónyuges de mantener una comunidad de vida, el matrimonio, o al menos de uno de ellos. Y, en el supuesto de que existan antecedentes de denuncias previas por violencia de género, de adoptarse medidas de protección a la víctima en el ámbito penal (previas al procedimiento civil), cabría preguntarse si las mismas pueden ser inherentes para que la autoridad judicial proceda de oficio a la disolución de la sociedad de gananciales (en solicitud de la víctima del delito). El autor apunta que esta circunstancia, que parece coherente a la realidad legislativa actual, al menos si hay condena penal, el Código Civil no la recoge en su artículo 1393 (pese a su reciente reforma en 2021⁵²). Y, en este sentido, concluye que la ruptura del matrimonio (de la *affectio maritalis*) se produce por una condena penal de violencia de género, y que su reconocimiento legal en el artículo 1393 del Código Civil, para que la autoridad judicial pueda dar por concluida la sociedad de gananciales, no supone una injerencia de los poderes públicos en la esfera privada del régimen económico matrimonial (a pesar de no haber pasado un período de tiempo como en el supuesto del abandono del hogar).

Pues bien, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 febrero de 2007⁵³ ya concluyó que la separación fáctica libremente consentida (seria, prolongada y demostrada por los actos subsiguientes de formalización judicial, no sólo una simple interrupción de la convivencia) destruye el fundamento de la sociedad conyugal, defendiendo, al amparo de una sólida corriente jurisprudencial, que el artículo 1393 del Código Civil se debe adaptar a la realidad social y al principio de buena fe. Así, prosigue, «es la separación de hecho la que determina, por exclusión de la convivencia conyugal, que los cónyuges pierdan sus derechos a reclamarse como gananciales bienes adquiridos por éstos después del cese efectivo de la convivencia, (...). Entenderlo de otro modo significaría, en efecto, un acto contrario a la buena fe, con manifiesto abuso de derecho, al ejercitar un aparente derecho más allá de sus límites éticos».

En este sentido, en jurisprudencia más reciente, como la sentencia de 27 de septiembre de 2019, el Tribunal Supremo ha matizado, respecto a la adquisición de bienes posteriores a la separación que, cuando media una separación de hecho seria y prolongada en el tiempo, no se considerarán gananciales los bienes individualmente adquiridos por cualquiera de los

⁵¹ *Diario La Ley*, N° 10427, 2024. El autor señala que «En este sentido, cierto halo de esperanza, en la protección a la víctima, lo proporciona la redacción dada al artículo 808 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por la Ley 2/2022, de 21 de marzo, de mejora de la protección de las personas huérfanas víctimas de violencia de género, cuando respecto al inventario señala que «1. Admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, o iniciado el proceso en que se haya demandado la disolución del régimen económico matrimonial, cualquiera de los cónyuges o sus herederos, podrá solicitar la formación de inventario». Si bien la práctica real de su elaboración no cuenta con elementos o medidas de protección concretas en la concurrencia de la víctima con el maltratador, más allá de esta genérica previsión para la protección de los huérfanos. Igual sensibilidad y riesgo lo tiene la liquidación de los bienes gananciales entre ambos cónyuges —aun cabiendo la posibilidad de que algunos bienes continúen perteneciendo a los cónyuges, en comunidad—».

⁵² Se modifica el ordinal 1º con efectos de 3 de septiembre de 2021, por el art. 2.57 de la Ley 8/2021, de 2 de junio (Ref. BOE-A-2021-9233), quedando el 1º párrafo como sigue: «Si respecto del otro cónyuge se hubieren dispuesto judicialmente medidas de apoyo que impliquen facultades de representación plena en la esfera patrimonial, si hubiere sido declarado ausente o en concurso, o condenado por abandono de familia. Para que la autoridad judicial acuerde la disolución bastará que el cónyuge que la pidiere presente la correspondiente resolución judicial».

⁵³ Sentencia núm. 238/2007, de 23 febrero (RJ 2007/656).

cónyuges, especialmente cuando lo sean por el propio trabajo o industria, si bien «esta doctrina, como puso de relieve la sentencia 226/2015, de 6 de mayo, no puede aplicarse de un modo dogmático y absoluto, sino que requiere un análisis de las circunstancias del caso. Es lógico que así sea porque, frente a los preceptos que establecen que la sociedad de gananciales subsiste a pesar de la separación de hecho (arts. 1393.3.º, 1368 y 1388 Código Civil) solo cabe rechazar la pretensión del cónyuge que reclama derechos sobre los bienes a cuya adquisición no ha contribuido cuando se trate de un ejercicio abusivo del derecho contrario a la buena fe (artículo 7 del Código Civil)».

Precisamente, en sede de violencia de género sobre la pareja, la jurisprudencia menor ha acogido repetidamente estas propuestas extintivas automáticas del régimen ganancial por la simple separación fáctica de los esposos. De esta manera, en supuestos de separación de hecho motivada por una situación de violencia de género sobre la pareja, en los que se ha dictado una orden de alejamiento (que supuso, obviamente, la separación fáctica de los cónyuges), interponiéndose posteriormente la demanda de divorcio y sin haberse reanudado la convivencia, han sido constantes los pronunciamientos judiciales en los que se ha aplicado la anterior doctrina jurisprudencial, para fijar como fecha de la disolución de la sociedad de gananciales la del dictado del auto de alejamiento y no la de la sentencia firme de divorcio. En este sentido, por ejemplo, podemos destacar, entre otras, la sentencia de la AP de Jaén de 28 de junio de 2013⁵⁴, según la cual: «En los supuestos, como el de autos, de separación de hecho motivada por una situación de violencia de género en donde se ha dictado una orden de alejamiento que supuso la separación de hecho de los cónyuges, interponiéndose posteriormente la demanda de divorcio sin haberse reanudado la convivencia, han sido constantes los pronunciamientos judiciales en donde se ha aplicado la anterior doctrina jurisprudencial para fijar como fecha de la disolución de la sociedad de gananciales la del dictado del auto de alejamiento y no la de la sentencia firme de divorcio. En este sentido podemos destacar las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de Enero

⁵⁴ Sentencia núm. 193/2013, de 28 junio (AC 2013/1527. ECLI:ES:APJ:2013:858). *Cft.*, en cambio, con las SSPA de Valencia núm. 98/2013, de 13 de febrero (JUR 2013/154414. ECLI:ES:APV:2013:585), que sostuvo que «con carácter ordinario la disolución de la sociedad de gananciales tiene lugar cuando se dicta la sentencia de divorcio... de acuerdo con el art. 1.392 1.º del Código Civil, que sitúa el fin de la sociedad, cuando se disuelva el matrimonio, y de acuerdo con el art. 95 del mismo cuerpo legal. Es cierto que la jurisprudencia ha admitido la retroacción de los efectos de la disolución del régimen económico matrimonial a la fecha de la separación de hecho, pero no siempre sino cuando este periodo de separación ha sido lo suficientemente prolongado como para determinar el cese de la comunidad de vida que en el orden económico implica la ruptura de la convivencia, y que está en la base de la sociedad de gananciales, de modo que puedan considerarse injustas algunas de las consecuencias de la aplicación de las normas propias de este régimen de comunidad. No sucede esto en el presente caso, en el que entre la separación de hecho y la sentencia de divorcio no ha transcurrido ni siquiera un año, y en el que no se observa que las consecuencias jurídicas de la vigencia de la sociedad de gananciales sean contrarias a la justicia». Y con la de la AP de Albacete núm. 1/2010, 7 de enero (JUR 2010/67678. ECLI:ES:APAB:2010:2), que argumentaba: «Aunque ha de reconocerse que la cuestión no es clara, la Sala no comparte la manera de ver las cosas plasmada en la sentencia recurrida. Efectivamente, la jurisprudencia viene, en determinados casos, “corrigiendo” lo dispuesto por el legislador respecto de la fecha de disolución de la sociedad de gananciales, pero esos casos son aquellos excepcionales en los que se ha producido un largo período de separación de hecho, con voluntad inequívoca de poner fin al régimen económico matrimonial (STS 26-IV-OO). Tal doctrina no puede aplicarse de manera generalizada, a todas las crisis matrimoniales. Repárese, al respecto, en que de ordinario cualquier proceso de separación o divorcio va precedido de una separación de hecho. Si se actuara de esa manera se estaría atacando frontalmente lo dispuesto por el legislador. Por lo tanto, solo en casos muy excepcionales puede entenderse disuelta la sociedad de gananciales con la separación de hecho: cuando esta se prolonga muchos años, y es absoluta la independencia de vidas entre los cónyuges, que no colaboran entre sí para obtener el bien común económico que constituye la base de la sociedad de gananciales. Y tal doctrina no puede aplicarse a los supuestos normales, en los que la separación de hecho no es más que el punto de partida o inicio del proceso personal y judicial que culmina con la sentencia de separación o divorcio».

de 2013, Murcia 10 de octubre de 2012, Barcelona 12 de Julio de 2012, Granada 1 de Junio de 2012 o Valencia 11 de Mayo de 2012».

Por tanto, a falta de norma expresa y ante las trabas que podría sufrir la víctima de violencia de género para solicitar judicialmente la disolución de su régimen económico matrimonial de gananciales, abogamos⁵⁵ porque los tribunales puedan decretar la disolución automática del régimen de gananciales en supuestos de interrupción de la convivencia por separaciones de hecho cuando concurra violencia de género. Y ello, a pesar de que la separación no sea prolongada en el tiempo, pues la existencia de actos de violencia de género previos debería ser tomada en consideración por el Juez (y recogida en el artículo 1393 del Código Civil), como factor personal y económico de entidad suficiente en la liquidación de los bienes gananciales, pudiendo decretarse de oficio su disolución, en beneficio de la mujer maltratada.

En definitiva, ver embargado el propio sueldo o perder la vivienda a causa de la falta de pago de la otra parte obligada, obligar a las mujeres a acudir continuamente a procesos judiciales para lograr el pago completo o puntual de las pensiones alimenticias o cualquier otro gasto del que dependen necesidades básicas de las hijas y de los hijos, incluso los que afectan a su formación, o simplemente obligarlas a ponerse en contacto con quién fuera el agresor para reclamarle el pago de los gastos a los que está obligado, constituyen (junto a otros casos en que las relaciones económicas de la pareja no finalizan con la ruptura de pareja) formas diversas de violencia de género económica. Supuestos que además se ven agravados por una discriminación de género estructural que sostiene elevadas brechas salariales, segregaciones ocupacionales, precariedad laboral del empleo femenino, mayor incidencia del paro y del trabajo informal, menor participación en los órganos de decisión de las empresas y de organizaciones en general. También se observa en los procesos judiciales a menudo su posible vinculación con delitos de alzamiento de bienes para la ocultación de ingresos frente a obligaciones de pago de pensiones alimenticias⁵⁶.

Precisamente es esta última, el impago de los alimentos, una de las principales manifestaciones de la violencia económica, por la recurrente frecuencia con la que el maltratador utiliza este recurso como último nexo de control a la mujer, una vez interrumpida la convivencia tras la crisis de pareja, razón por la que le dedicamos este trabajo; pero no podemos dejar de mencionar, siquiera, otros mecanismos de agresión económica y los efectos patrimoniales que se derivarían de ellos, a los que haremos referencia posteriormente⁵⁷.

b. Violencia económica tras la ruptura de la pareja: el impago de la obligación de alimentos

Hasta hace poco tiempo, la doctrina científica prestaba más atención a la violencia económica durante la relación de pareja que después de la ruptura, pero actualmente está reconocido que el incumplimiento de las pensiones alimenticias en casos de ruptura de la familia es una de las

⁵⁵ En la línea de lo defendido por VELA SÁNCHEZ, *La Ley Digital*, LA LEY 3063/2016 y NIETO GARCÍA *Diario La Ley*, Nº 10427, 2024.

⁵⁶ Así, la STS 239/2021, Sala de lo Penal, de 17 de marzo (ECLI: ES:TS:2021:914). Argumento recogido también en la SJP de Mataró (Provincia de Barcelona) 58/2021, de 22 julio 2021 (ECLI:ES:JP:2021:58).

⁵⁷ Vid. GARCÍA ABURUZA, «La violencia doméstica desde el ámbito civil», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2010, pp. 101-126.

manifestaciones más comunes de la violencia económica⁵⁸. Centrándonos pues en la más habitual de las manifestaciones de violencia económica y objeto de este trabajo, el impago de la prestación de alimentos a hijos menores; CAPPELLA⁵⁹ afirma que «el incumplimiento alimentario en sus distintas variables (total, parcial, tardío, etc.) constituye un modo particularmente insidioso de violencia de género en la familia, pues ocasiona un deterioro de la situación socio económica de la mujer que repercute negativamente al limitar los recursos destinados a satisfacer las necesidades que deben cubrirse y la priva de los medios imprescindibles para afrontar la vida con dignidad».

El delito de impago de pensiones, como modalidad de violencia de género por referencia a la víctima mujer esposa/pareja/ex, o a la víctima incluida en el artículo 173.2 del Código Penal, no está tipificado expresamente en nuestro ordenamiento jurídico, que sí prevé con carácter genérico el delito de impago de pensiones alimenticias (artículo 227 del Código Penal). Pero a pesar de que estos incumplimientos están tipificados como delitos, lo cierto es que la vía penal (que impone penas de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses⁶⁰) es poco resolutive en estos casos, frente a la reclamación del impago por vía civil⁶¹. Si tenemos en cuenta que el dato más relevante en este ámbito es el relativo al límite máximo de la pena privativa de libertad (no superior a dos años), que permitirá acudir, en su caso, al mecanismo de suspensión de la ejecución (de acuerdo con lo establecido en el artículo 80 de nuestro texto legal), el maltratador no llegará a entrar en prisión. En este sentido, consideramos que acudir a la jurisdicción civil sería la opción idónea si se tiene conocimiento de la solvencia económica del deudor para afrontar los pagos, ya que el juzgado procederá directamente al embargo de los bienes del demandado sin necesidad de requerimiento previo. Y es que, sobre todo en estos supuestos, la principal pretensión de las mujeres acreedoras es percibir los importes adeudados para hacer frente a los pagos y, para ello, la vía civil es más rápida y efectiva que la penal.

La jurisprudencia lleva ya unos años reconociendo que el incumplimiento de las pensiones alimenticias en casos de ruptura de la pareja con hijos es violencia económica. Son significativas en este reconocimiento, en primer lugar, la sentencia del Tribunal Supremo núm. 557/2020, de 29 de octubre⁶², que, sin mencionar aún el término violencia económica, considera como perjudicado del delito del impago de pensiones alimenticias al otro progenitor, «que sufraga los gastos no cubiertos por la pensión impagada», «además, no existe duda de que el progenitor conviviente con el alimentista es una de las personas que soporta las consecuencias inmediatas

⁵⁸ Entre otros muchos, por su actualidad, CASADO CASADO, «Violencia económica y relaciones de pareja. Los efectos de una violencia soterrada», *Actualidad Civil, La Ley Digital*, núm. 1, 2024.

⁵⁹ CAPPELLA, «Violencia económica y patrimonial: Hacia una justicia con rostro humano y mirada de mujer», en SALOMÓN (Dir.), *Violencia en las relaciones de familia. Visión desde el Derecho y la Interdisciplina*, Delta Editora, 2022, pp. 177- 228.

⁶⁰ Se ha de contemplar también la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa cuando el condenado no haya satisfecho, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta (artículo 53.1 CP). PÉREZ FERRER, «La respuesta penal al impago de la pensión de alimentos en situaciones de especial vulnerabilidad de la víctima», *La obligación de alimentos: un análisis multidisciplinar*, Atelier, 2024, pp. 361-398.

⁶¹ Cft. PRATS CANUT señalaba que la previsión expresa contenida en la cláusula del artículo 227.3 del Código Penal obedecía a que, en sentido estricto, el impago de dichas cuantías constituya no tanto un daño derivado del delito sino el presupuesto fáctico del mismo; y, a que, en aras del principio de economía procesal, parece recomendable que, una vez recaída sentencia condenatoria en el proceso penal por impago de prestación, no se obligue a la víctima a acudir a la vía civil, máxime cuando es precisamente la ineficacia de la vía civil la que ha ocasionado el recurso a la penal. «Delitos contra las relaciones familiares», en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 8ª edición, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2009, p. 507.

⁶² STS 557/2020, Sala de lo Penal, de 29 octubre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3554).

de la actividad criminal, llevada a cabo por el otro progenitor que impaga la pensión alimenticia a los hijos, por lo que debe ser considerado agraviado a los efectos de tener legitimación para formular la preceptiva denuncia e instar así su pago en vía penal».

Y, por otra parte, la célebre sentencia del Tribunal Supremo 293/2021, de 17 de marzo de 2021⁶³, ya mencionada, pionera al afirmar que el impago de pensiones alimenticias constituye una conducta de violencia económica en cuanto representa una doble victimización: sobre los hijos como necesitados de unos alimentos que no reciben y sobre el progenitor que debe sustituir al obligado incumplidor por tener que cubrir los alimentos que no presta el obligado a darlos. Así, esta resolución reconoce por primera vez en la jurisprudencia del Alto Tribunal la naturaleza de violencia económica de algunos supuestos de delito de impago de pensiones, al afirmar que: «(...) puede configurarse como una especie de violencia económica, dado que el incumplimiento de esta obligación deja a los propios hijos en un estado de necesidad en el que, ante su corta edad, y carencia de autosuficiencia, necesitan de ese sustento del obligado a prestarlo, primero por una obligación moral y natural que tiene el obligado y si ésta no llega, lo tendrá que ser por obligación judicial. Y ello, al punto de que, si se produce el incumplimiento del obligado a prestarlos, ello exige al progenitor que los tiene consigo en custodia a llevar a cabo un exceso en su esfuerzo de cuidado y atención hacia los hijos, privándose de atender sus propias necesidades para cubrir las obligaciones que no verifica el obligado a hacerlo. Todo ello determina que podamos denominar a estas conductas como violencia económica cuando se producen impago de pensiones alimenticias. Y ello, por suponer el incumplimiento de una obligación que no debería exigirse ni por ley ni por resolución judicial, sino que debería cumplirse por el propio convencimiento del obligado a cubrir la necesidad de sus hijos, todo ello desde el punto de vista del enfoque que de obligación de derecho natural tiene la obligación al pago de alimentos. Pero, sin embargo, por los incumplimientos que se producen, debe ser el legislador el que configure esta obligación ex lege, y los tribunales los que resuelvan estos conflictos que no deberían existir, por la exigencia moral y natural del progenitor obligado a no dejar desabastecidas las necesidades de sus propios hijos, y sin anteponer nunca sus deseos y/o preferencias a las de aquellos, ya que, respecto a éstos, no son deseos o preferencias, sino necesidades de los mismos. Además, si no se satisface la pensión alimenticia en la cuantía que se estipuló en convenio o resolución judicial, será el progenitor que se queda con ellos en custodia quien tiene que sustituir con su esfuerzo personal, el incumplimiento del obligado, con lo que, al final, se ejerce una doble victimización, a saber: sobre los hijos como necesitados de unos alimentos que no reciben y sobre el progenitor que debe sustituir al obligado incumplidor por tener que cubrir los alimentos que no presta el obligado a darlos».

Especialmente relevante para la reivindicación del reconocimiento legal de la violencia económica como violencia de género, y su reparación integral, es la posterior resolución del Juzgado de lo Penal de Mataró, de 22 de julio del 2021⁶⁴ (sobre la que volveremos en el siguiente epígrafe). Y ello, por la repercusión que tuvo su fallo, cuyo ponente fue Dña. Lucía AVILÉS PALACIOS, quien, tras condenar a un hombre a 11 meses de cárcel e imponerle una fianza de 7.400 euros por impago de pensiones, solicita al Gobierno, mediante el recurso que posibilita el artículo 4 del Código Penal⁶⁵, que tipifique la «violencia económica» como una modalidad de violencia de

⁶³ STS 239/2021, Sala de lo Penal, de 17 de marzo (ECLI: ES:TS:2021:914).

⁶⁴ SJP de Mataró (Provincia de Barcelona) 58/2021, de 22 julio 2021 (ECLI:ES:JP:2021:58).

⁶⁵ Cuyos apartados 2 y 3 estipulan: «2. En el caso de que un Juez o Tribunal, en el ejercicio de su jurisdicción, tenga conocimiento de alguna acción u omisión que, sin estar penada por la Ley, estime digna de represión, se abstendrá

género dentro de nuestro Código Penal, reclamando que se establezcan cláusulas de responsabilidad civil que permitan una reparación integral del daño causado a las mujeres víctimas. Es decir, que se resarza no sólo el daño económico efectivamente causado por el impago de las pensiones alimenticias debidas, sino también el llamado «daño social» y el moral causado a consecuencia del anterior, por el sufrimiento psicológico, la ansiedad y la angustia a la que se somete a la mujer que debe suplir las carencias económicas de sus hijos o que vive con el riesgo de un desahucio ante el impago de las cuotas de una hipoteca en común. Vamos a centrarnos, a continuación, en dicha reparación integral de los daños que ha sufrido la mujer, como víctima de violencia económica, por el impago de la pensión alimenticia de sus hijos menores.

La solicitud de la magistrada AVILÉS PALACIOS, remitida por escrito al Ministerio de Justicia el 2 de noviembre de 2021 mediante el mecanismo permitido por el artículo 4.2 del Código Penal, fue recogida por el Gobierno. El Ministerio de Justicia le contestó vía escrito, igualmente, a su requerimiento de tipificar la violencia económica como modalidad de violencia de género y prever la reparación integral a las víctimas de la misma, con fecha de 27 de enero de 2022⁶⁶, manifestando que en ese Ministerio estaban «plenamente convencidos de que erradicar la violencia de género, en todas sus manifestaciones, y garantizar la protección, atención y recuperación de las mujeres que la sufren, así como la de sus hijas e hijos, debe ser el objetivo prioritario de un Gobierno comprometido no solo con el bienestar y la seguridad de las personas, sino también con la justicia y la igualdad» y comprometiéndose a llevar a cabo las reformas necesarias para «tipificar de manera adecuada esta forma de violencia de género».

Pues bien, la posterior Ley Orgánica 10/2022, de 6 septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual, ya menciona en su Exposición de Motivos que pretende «garantizar una respuesta adecuada, integral y coordinada que proporcione atención, protección, justicia y reparación a las víctimas». Para ello, modifica la Disposición Adicional Decimonovena de la LOPVG, dedicada a que el Estado garantice el pago de alimentos reconocidos e impagados a favor de hijos menores de edad en convenio judicialmente aprobado o en resolución judicial, «en el marco de la protección contra la violencia económica». Además, esencialmente y como novedad, Ley Orgánica 10/2022 desarrolla el derecho a la reparación, como uno de los ejes centrales de la responsabilidad institucional para lograr la completa recuperación de las víctimas y las garantías de no repetición de la violencia. Y así, por fin, esta ley añade a la LOPVG un nuevo Capítulo V sobre el «Derecho a la reparación» dentro del Título II sobre los: «Derechos de las mujeres víctimas de violencia de género».

3. La reparación integral de los daños por violencia económica frente al impago de la pensión alimenticia a hijos menores

3.1. Daños económicos o patrimoniales

de todo procedimiento sobre ella y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal. 3. Del mismo modo acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo».

⁶⁶ La magistrada Dña. Lucía AVILÉS PALACIOS compartió en sus redes sociales (Twitter: https://x.com/Luc_Aviles?s=20) el escrito íntegro del Ministerio de Justicia con la contestación a la solicitud que les había trasladado mediante escrito con fecha de 2 de noviembre de 2021, recogiendo el requerimiento que fundamenta en la SJP de Mataró (Provincia de Barcelona) 58/2021, de 22 julio 2021 (ECLI:ES:JP:2021:58).

Como ya hemos señalado, en aras de aumentar la protección a las víctimas de violencia de género, por su especial vulnerabilidad, el legislador español debe reforzar la protección integral a las mujeres víctimas de violencia, también en el plano económico o patrimonial mediante la reparación integral de los daños causados. Es cierto que ya con la reforma de la LOPVG, producida por la nueva Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual, se pretende (con la necesaria intervención de las Administraciones Públicas) la integridad de la reparación de los daños sufridos por las víctimas de violencia de género, entre los que destacamos los daños patrimoniales y, por supuesto, los morales.

Nuestro ordenamiento jurídico prevé, ante casos de violencia de género sobre la pareja, que el maltratador, además de la pena de alejamiento o de cárcel que le corresponda legalmente, deberá responder civilmente por todos los daños causados a la víctima; como hemos visto, los distintos episodios de violencia de género pueden causar daños de muy diversa índole. En general, en cuanto a la reparación de los daños producidos como consecuencia de la comisión de delitos, ya en la normativa civil, el artículo 1089 del Código Civil establece que: «Las obligaciones nacen... de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia»; añadiendo el artículo 1092 del Código Civil que: «Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal». En el ámbito penal, el artículo 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal señala que: «De todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible»⁶⁷. Por su parte, la responsabilidad civil derivada de delitos y faltas se regula concretamente en los artículos 109 a 122 del Código Penal, en cuanto a las normas sustantivas, y en los artículos 100 y 106 a 117 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, respecto a las específicas normas procesales.

MARTÍN LÓPEZ⁶⁸, por su parte, propone implantar un sistema que minimizara las relaciones y la problemática de violencia de género económica (o de otro tipo de violencia) vinculado a la pensión alimenticia, a través de la creación de una unidad con competencia para reclamar, gestionar y adelantar económicamente la pensión de alimentos, como existe en otros países: en Reino Unido se ha aprobado recientemente, el pasado 29 de junio de 2023, la Ley de cobro de manutención infantil —*Child Support Collection (Domestic Abuse) Act*—, con la cual se pretende evitar el abuso económico de la manutención infantil, pues esta norma garantizará que las víctimas de abuso doméstico puedan recibir manutención infantil sin comunicación con su agresor. Según esta ley, el llamado «Servicio de Mantenimiento de Niños» puede intervenir para asegurar los pagos en nombre de la víctima, esto es, cobrar y realizar pagos sin que la víctima mantenga relación con el progenitor abusador y además se garantiza el pago evitando así el trauma y el control financiero.

La autora se plantea la posibilidad de incluir un precepto específico en nuestro Código Penal que contemplase la violencia económica como forma de violencia de género, en sus distintas modalidades y, en especial, el impago de pensiones, por ser la más habitual (en coherencia con el Pacto de Estado contra la Violencia de Género de 2017, el artículo 14 CE y los estándares europeos e internacionales). No obstante, un sector doctrinal, al que nos sumamos, atendiendo

⁶⁷ Téngase en cuenta que, a pesar de la vigencia de dicho artículo, las faltas penales desaparecieron en la reforma del Código Penal de 2015 para dar paso a los delitos leves.

⁶⁸ LA LEY Derecho de familia, núm. 39, 2023.

al principio de intervención mínima del derecho penal, optaría preferentemente, frente a la creación de un nuevo delito, por una modificación del artículo 227.3 del Código Penal para que la responsabilidad civil por reparación del daño causado en el impago de pensiones incluyese el daño psicológico que ha sufrido la mujer, no sólo la devolución de las cuantías adeudadas.

Por otra parte, algunas de las propuestas que MARTÍN LÓPEZ traslada a la doctrina civilista son: modificar el artículo 112 CC, para que incluya: «La retroactividad se producirá siempre respecto al deber de alimentar a los hijos menores»⁶⁹; establecer un régimen especial de la deuda de alimentos incrementando el tiempo de prescripción; incorporar la obligación de realizar una declaración jurada con expresa mención de los elementos patrimoniales que acreditan la capacidad de pago; hacer preferente el procedimiento ejecutivo⁷⁰, cuando se trate del impago de las pensiones alimentarias; mejorar los medios del procedimiento ejecutivo, como por ejemplo, un uso más radical del embargo permitiendo de forma directa ordenar al empleador la retención de nómina o la inscripción en el Registro de la propiedad, pero también debería facilitarse respecto a vehículos, por ejemplo. La autora también plantea, como posibles medidas mejorar la eficacia civil del cobro de pensiones alimenticias, intensificar las medidas cautelares a partir de la redacción actual del artículo 158 CC por LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la Infancia y la Adolescencia que prevé la «posibilidad» de que la autoridad judicial, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dicte las medidas convenientes para garantizar la prestación de alimentos y proveer las necesidades futuras «en caso de incumplimiento de este deber por sus padres». Esto es, exigir garantías al pago de las pensiones de alimentos futuras, pudiendo ser de carácter real o personal⁷¹. O, también, incrementar las consecuencias sancionadoras del incumplimiento, que en la actualidad se limita a multas coercitivas en caso de reiterado incumplimiento, conforme al artículo 776.1º LEC.

Por último, nos hacemos eco de la exigencia de MARTÍN LÓPEZ sobre modificar el concepto de responsabilidad civil derivada del delito de impago de pensiones, en pro de una justicia restaurativa y reparadora. La autora señala que cabe una interpretación diferente del art. 227.3

⁶⁹ Hay que tener en cuenta que, ante el supuesto de determinar los alimentos debidos a los hijos menores de edad en casos de crisis entre sus progenitores, dado que deben prestarse como consecuencia de la relación de filiación y que su contenido trasciende al de los alimentos entre parientes, es preciso determinar cuándo nace esta obligación. El artículo 148 del Código Civil determina que los alimentos se deben desde que la persona acreedora los necesite, y se abonarán desde el momento de la interposición judicial de la demanda. Por tanto, si se exigen judicialmente, no se puede reclamar la deuda pendiente hasta el momento, sino que sólo se exigirán desde aquel en que se interponga la demanda. De modo que el día inicial será el de la fecha de la interpelación judicial, limitando la retroactividad al momento de la presentación de la demanda y excluyendo la retroactividad del momento en que se produce la necesidad. El Tribunal Supremo se ha pronunciado al respecto en numerosas ocasiones, manteniendo este criterio en los supuestos en que se fija la pensión por primera vez, aunque no se haya solicitado expresamente en la misma o en la contestación. Así, entre otras, las STS 483/2017, Sala de lo Civil, de 20 de julio (ECLI: ES:TS:2017:3021); STS 32/2019, Sala de lo Civil, de 17 enero de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:49); STS 86/2020, Sala de lo Civil, de 6 febrero de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:349), entre otras.

⁷⁰ Regulado en los arts. 548 y ss. LEC.

⁷¹ Al respecto, MARTÍN LÓPEZ (*LA LEY Derecho de familia*, núm. 39, 2023), aclara que las medidas personales que pueden estar relacionadas con la salida del país (denegación o retirada del pasaporte), y que podrían adoptarse si se acredita su necesidad en relación con el impago de la pensión alimenticia y la proporcionalidad. De no ser así, señala que se considerará por el TEDH como violación del art. 8 del Convenio de Roma y del art. 2 del Protocolo núm. 4 del Convenio. *Vid.* STEDH de 2 de diciembre de 2014 (Caso Battista contra Italia), caso en el que se aprecia la violación del art. 2 del Protocolo núm. 4 del Convenio al considerar el Tribunal que la imposición automática de tal medida de restricción de la libertad de circulación, por una duración indeterminada, sin tener en cuenta las circunstancias propias del interesado, no puede calificarse de necesaria en una sociedad democrática, teniendo en cuenta, además, que la restricción impuesta al recurrente no ha garantizado el pago de la pensión alimenticia; y STEDH de 3 de febrero de 2022 (Caso Vlasenko contra Ucrania).

del Código Penal, según el cual «la reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas», en el siguiente sentido: «no cabe hacer un pronunciamiento sobre responsabilidad civil derivada de este delito que no incluya el pago de las cuantías adeudadas»⁷². De esta forma, con dicho precepto el legislador penal establecería, en primer lugar, que «siempre» debe hacerse un pronunciamiento de responsabilidad civil constituido por el pago de las cuantías adeudadas. Por eso sería posible, en su caso, la aplicación de la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal, excepción a la regla general prevista en el artículo 109.2 del mismo Código, que establece: «El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil». Esta excepción tiene su fundamento en la especial naturaleza que, como hemos señalado al inicio del presente trabajo, ostenta la obligación alimentaria a los hijos y el cumplimiento de los deberes familiares. Y, en segundo lugar, que la reparación de otros daños procedentes del delito, si los hubiera, serán indemnizados conforme a las reglas generales de la responsabilidad civil dimanante de un hecho delictivo previstas en los artículos 109 y siguientes del Código Penal. En apoyo de esta interpretación se alzaría la aplicación judicial de los delitos patrimoniales de estafa y alzamiento de bienes relacionados con el delito de impago de pensiones, pues en estos delitos, de naturaleza patrimonial, sí se indemnizan daños económicos y morales⁷³.

Por tanto, el delito de impago de pensiones conlleva la reclamación de la deuda generada por esa falta de pago como responsabilidad civil, planteando el interrogante de si nace del delito o es un presupuesto de éste. Ante esta situación, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en su Sentencia núm. 323/2022, de 30 de marzo⁷⁴, reitera la doctrina de que existen supuestos de obligaciones legales no nacidas directamente del delito que, sin embargo, por declaración legal expresa o por virtud de una interpretación jurisprudencial, sí pueden ejercitarse en el proceso penal⁷⁵. Ahora bien, LEÓN ALAPONT⁷⁶ señala que el hecho de que el artículo 227.3 del Código Penal aluda únicamente al pago de las cantidades adeudadas no excluye la posible indemnización o reparación por otros daños y perjuicios ocasionados (materiales o morales), siendo ésta la auténtica responsabilidad civil derivada de este delito⁷⁷. Algunos de los ejemplos que cita este autor son: gastos extraordinarios del cónyuge que tiene a su cargo a sus hijos, dirigidos a su mantenimiento y educación; préstamos solicitados; gastos de constitución de hipotecas sobre bienes inmuebles; el impago de recibos o de letras; devolución de cheques por falta de fondos en

⁷² MARTÍN LÓPEZ, *LA LEY Derecho de familia*, núm. 39, 2023.

⁷³ La autora señala que estos otros daños y perjuicios (sean económicos o morales) se producen con el impago de la pensión, también, aunque no se ha cometido alguno de estos delitos; y así, decenas de sentencias condenatorias recogen años de incumplimiento del pago de la pensión, de los gastos extraordinarios y/o del crédito hipotecario con consecuencias análogas para las víctimas habiendo sólo condena por el delito de impago de pensiones pero, sin embargo, no se indemnizan; en apoyo de esta interpretación, recuerda la STS 557/2020, de 20 de octubre que resuelve que es agraviado el progenitor que ha tenido que suplir con sus recursos económicos los impagos del otro progenitor. MARTÍN LÓPEZ, *LA LEY Derecho de familia*, núm. 39, 2023. Cft. PÉREZ FERRER, *La obligación de alimentos: un análisis multidisciplinar*, Atelier, 2024, pp. 361-398.

⁷⁴ STS 323/2022, Sala de lo Penal, de 30 marzo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1197).

⁷⁵ Sobre esta resolución, *vid.*, más ampliamente, UCEDA MARTÍNEZ, «Comentario de dos sentencias del Tribunal Supremo de 29 y 30 de marzo de 2022 (309/2022 y 323/2022) en relación con el delito de abandono de familia por impago de pensiones y la naturaleza de la responsabilidad civil derivado del mismo», *Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Posgrado*, núm. 2, 2022, pp. 103-112.

⁷⁶ El delito de impago de prestaciones económicas (Arts. 227 y 228 CP), p. 199.

⁷⁷ *Vid.* COLÁS TURÉGANO, *Revista General del Derecho Penal*, núm. 32, 2019, pp. 1-37.

la cuenta en que debían ser satisfechos; cargo de intereses negativos por el saldo deudor en la cuenta corriente, etc.

No obstante, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, núm. 364/2021, de 29 de abril⁷⁸, ya se pronunció sobre la naturaleza del pago de las cuantías adeudadas y sus efectos sobre la prescripción de la acción civil para su reclamación en el proceso penal y estableció: «Pues bien, esta obligación civil (pago de pensiones) impuesta en sentencia (que en rigor puede reclamarse en el mismo proceso de ejecución en familia aunque exista un proceso penal en trámite) no es responsabilidad civil que nazca de un delito. Se generó antes. Es una obligación nacida de la ley. No se transforma por el hecho de que su incumplimiento haya podido dar lugar a un proceso penal en el que viene a ser exigida. Sigue siendo la misma obligación, con idéntico régimen, y con idéntico obligado, aunque pueda convertirse en objeto accesorio del proceso penal. De ahí podemos concluir que no juega para esa obligación el régimen de prescripción de la responsabilidad civil nacida de delito, sino el específico de esa obligación que lleva un plazo de cinco años en el derecho común y tres en el derecho civil catalán. Ni tampoco el régimen de sujetos obligados civilmente en los artículos 118 y ss. del CP».

Por otra parte, la sentencia que ha marcado un hito en el reconocimiento de la violencia económica, y podría conllevar un cambio de paradigma en el resarcimiento integral de las víctimas de violencia de género, es la ya mencionada resolución del Juzgado de lo Penal de Mataró, de 22 de julio del 2021⁷⁹. Como señalábamos, la ponente Dña. Lucía AVILÉS PALACIOS interpeló al Gobierno, al amparo del mecanismo que dispone el artículo 4, en sus apartados 2 y 3 del Código Penal, para que modificase dicho Código tipificando la violencia económica como modalidad de violencia de género y poder prever la reparación integral a las víctimas de la misma. Así pues, en esta resolución donde condenó al acusado por un delito de abandono de familia en su modalidad de impago de pensiones (*ex* artículo 227 del Código Penal)—, ya concluyó que: «Anudada a la tipificación de la violencia económica como delito de violencia de género (o, en su caso, de violencia doméstica) está la necesidad de perfilar la responsabilidad civil y la mejor reparación del daño causado (reparación integral) para lo que a mi juicio debiera tenerse en cuenta el denominado daño social».

Pues bien, como ya hemos señalado, la Ley Orgánica 10/2022, de 6 septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual, ha añadido a la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género un nuevo Capítulo V sobre el «Derecho a la reparación» dentro del Título II sobre los «Derechos de las mujeres víctimas de violencia de género», compuesto por el artículo 28 *bis* y el artículo 28 *ter*⁸⁰, que pretenden la reparación integral de las víctimas de violencia de género (con la colaboración necesaria e ineludible de las administraciones públicas), que desglosan adecuadamente los diversos tipos de daños que pueden producirse en esta concreta sede.

El primero de estos preceptos, el artículo 28 *bis*, sobre «Alcance y garantía del derecho» establece: «Las víctimas de violencia de género tienen derecho a la reparación, lo que comprende la compensación económica por los daños y perjuicios derivados de la violencia, las medidas

⁷⁸ STS 364/2021, Sala de lo Penal, de 29 abril de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1711).

⁷⁹ SJP de Mataró (Provincia de Barcelona) 58/2021, de 22 julio 2021 (ECLI:ES:JP:2021:58).

⁸⁰ Sendos preceptos se añaden, con efectos desde el 7 de octubre de 2022, por la disposición final 9.9 de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre.

necesarias para su completa recuperación física, psíquica y social, las acciones de reparación simbólica y las garantías de no repetición». Y el segundo, el artículo 28 *ter*, titulado «Medidas para garantizar el derecho a la reparación», determina, en sus apartados 1 y 2, lo siguiente: «1. Las víctimas de violencia de género tienen derecho a la reparación, lo que comprende la indemnización a la que se refiere el apartado siguiente, las medidas necesarias para su completa recuperación física, psíquica y social, las acciones de reparación simbólica y las garantías de no repetición. 2. Las administraciones públicas asegurarán que las víctimas tengan acceso efectivo a la indemnización que corresponda por los daños y perjuicios, que deberá garantizar la satisfacción económicamente evaluable de, al menos, los siguientes conceptos: a) El daño físico y psicológico, incluido el daño moral y el daño a la dignidad. b) La pérdida de oportunidades, incluidas las oportunidades de educación, empleo y prestaciones sociales. c) Los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante. d) El daño social, entendido como el daño al proyecto de vida. e) El tratamiento terapéutico, social y de salud sexual y reproductiva».

La cuestión esencial va a estar también en determinar cuáles pueden ser los «otros daños» indemnizables en el delito de impago de pensiones. Respecto a los daños económicos o patrimoniales considera, nuevamente MARTÍN LÓPEZ, que pueden integrar los casos en que el impago de pensiones hubiese ocasionado la pérdida de algún bien (imagina que la progenitora se ha podido ver obligada a vender bienes muebles como joyas, acciones, etc., es decir bienes, valores, derechos), la transformación (sustituir el vehículo por otro de menor valor, cambiar de vivienda, etc.), el pago de un crédito personal constituido para sufragar un gasto extraordinario por enfermedad del hijo, por ejemplo, etc. A veces, se efectúan gastos en informes periciales, detectives privados, abogados, etc., para averiguar y acreditar la auténtica capacidad económica del padre (que habitualmente alega una falsa situación de insolvencia que le impide hacer frente al pago de las pensiones alimenticias); gastos que no son recuperados a menos que se haga una condena en costas que incluya las de la acusación particular.

En este sentido, la resolución del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2023⁸¹ ya ha advertido que el incondicional derecho del hijo menor a ser alimentado, y el correlativo deber del progenitor de cumplirlo «en todo caso», impone a la parte actora «una prueba diabólica de la capacidad económica del progenitor deudor que, voluntariamente, se sitúa en ignorado paradero». El Alto Tribunal fundamenta este caso señalando que: «El padre o madre deben afrontar la responsabilidad que les incumbe con respecto a sus hijos, no siendo de recibo que su mera ilocalización les exonere de la obligación de prestar alimentos ni que a los tribunales les esté proscrita la posibilidad de determinar un mínimo por el hecho de que el progenitor haya abandonado su lugar de residencia, (...)». Por otra parte y, en sede penal, el Tribunal Supremo afirma en la Sentencia de 28 de abril de 2022⁸² que, incluso, aunque «el acusado, conociera o no la existencia (la vigencia) de la resolución judicial que le imponía satisfacer en favor de su hija la referida pensión de alimentos, no podía ignorar que, efectivamente, tenía una hija menor y que la misma demandaba la satisfacción de determinadas necesidades de naturaleza económica, de cuya financiación el acusado se desentendió durante un prolongado período de tiempo».

Al respecto, cabe señalar que, si se pone de manifiesto, por la parte reclamante, que el otro progenitor tiene una capacidad económica superior a la aparente, resulta esencial recurrir al llamado Punto Neutro judicial solicitando al juzgado una consulta global. El Punto Neutro

⁸¹ STS 860/2023, Sala de lo Civil, de 1 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2554).

⁸² STS 419/2022, Sala de lo Penal, de 28 abril de 2022 (ECLI: ES:TS:2022:1736).

Judicial es una red de servicios que ofrece a los órganos judiciales los datos necesarios en la tramitación judicial mediante accesos directos a aplicaciones y bases de datos del propio Consejo, de organismos de la Administración General del Estado y de otras instituciones con objeto de facilitar y reducir los tiempos de tramitación, de aumentar la seguridad, y de mejorar la satisfacción de los usuarios. En este sentido, se ofrece la posibilidad de consultar e interconectar a los Órganos Judiciales con terceras entidades, (AA.PP., Colegios Profesionales, Entidades Financieras, Registros etc...)⁸³.

En esa consulta aparecerán absolutamente todos los datos económicos del progenitor: qué activos financieros están a su nombre, qué inmuebles, etcétera (hasta el extremo de que se indicará qué vehículos son de su titularidad e incluso si han pasado favorablemente o no y cuándo las revisiones periódicas de la ITV). Esa es la fuente más fiable para el conocimiento de su capacidad económica. También se podría solicitar del juzgado que remita oficio a los bancos correspondientes para que éstos aporten un listado de movimientos bancarios durante el último o los últimos años. En la consulta al Punto Neutro judicial aparecerán igualmente todas las entidades bancarias en las que el progenitor en cuestión aparezca como titular o incluso como persona autorizada. Con esa información será más fácil para el otro progenitor solicitar al juzgado que oficie a esas entidades para que aporten los movimientos bancarios. Además, y aunque no aparezcan los datos en esa consulta al Punto Neutro judicial, se deberían solicitar igualmente los movimientos de las tarjetas de crédito y débito que tenga, donde se podrán apreciar todos los pagos hechos por la misma⁸⁴.

3.2. Daños morales y sociales

Por supuesto, nos sumamos a la defensa de que la responsabilidad civil por daños sufridos a causa del impago de pensiones de alimentos por el padre a hijos menores debería conllevar, además de la reclamación de las cantidades dejadas de pagar por el deudor alimenticio, una indemnización por los daños morales derivados de dicha deuda. Estos daños, equivalentes o análogos a los daños psicológicos, se materializan en el sufrimiento que provoca a la mujer las acciones de su pareja o expareja destinadas a controlar, degradar o interferir en su vida familiar, que pueden provocar aislamiento, desasosiego y humillación, perjudicando la salud psicológica, el desarrollo personal y la autodeterminación. Y es que, en estos casos, como hemos señalado, se produce una doble «victimización»: la de los menores, que no ven cubiertas sus necesidades a consecuencia del impago de la pensión, y la de las madres, que han de hacerse cargo de ese déficit con un exceso de cuidado y de recursos que no le corresponden.

Las consecuencias que se derivan, pues, de no recibir puntualmente el pago de las pensiones correspondientes las sufren, lógicamente, no sólo el acreedor de las mismas, el menor, al no tener atendidas sus necesidades básicas de sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación, instrucción y todas aquellas generales derivadas de los objetivos y razón de ser del cálculo de la pensión alimenticia compensatoria fijada por el juez, sino el progenitor que debe suplirlas sin que le corresponda. De este modo, la mujer se ve obligada a mantener el contacto con el padre para reclamarle continuamente el cumplimiento de sus obligaciones patrimoniales, que incumple o cumple tardíamente de forma sistemática, perpetuándose así el dominio que éste

⁸³ Consultado en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/e-Justicia/Servicios-informaticos/Punto-Neutro-Judicial/>.

⁸⁴ Vid. Lefebvre, *Respuestas Memento 100 preguntas sobre familia*, @Lefebvre, Madrid, 2021, marg. 235.

ejerce sobre ella y la dependencia de la mujer. Por eso decimos que estamos ante una forma solapada (más imperceptible y sibilina) de violencia de género, pero muy dañina, pues el control económico o patrimonial implica para la víctima una absoluta dependencia del agresor (lo que, además, la hace más vulnerable ante otros tipos de violencia, como la física o sexual). Y que genera en la mujer, a su vez, una grave merma en su autoestima y un aumento de su ansiedad y estrés, esto es, un indubitado daño psicológico. Es por todo ello por lo que la violencia económica se considera una manifestación de la violencia psicológica del hombre hacia la mujer.

Así pues, este tipo de daños y sus perjudicados (no sólo el titular de la pensión de alimentos, esto es, los hijos menores, sino también el progenitor que sufre el impago del otro) están recogidos en estudios sobre las consecuencias lesivas que genera la inestabilidad económica, relacionadas con la depresión, la discapacidad, la dificultad para concentrarse, la falta de esperanza y la disminución del bienestar y que hace más difícil para la mujer romper una «dependencia» con el otro progenitor o tener con él una relaciones adecuadas al bienestar del hijo⁸⁵. Un extenso estudio realizado en España mostró que para detectar violencia emocional o económica (que no coincida con la violencia física o sexual o un comportamiento de control que no coincida con otros tipos de violencia), los profesionales deben centrarse en las mujeres que manifiestan otros síntomas de incomodidad, como cambios de humor, llanto sin motivo, irritabilidad, insomnio o cansancio permanente⁸⁶.

Ante este panorama, algunas voces en la doctrina y del ámbito judicial llevan tiempo demandando que el delito de impago de pensiones genere o pueda generar tales perjuicios. En este sentido, el magistrado MAGRO SERVET⁸⁷ ha analizado la viabilidad para solicitar en estos casos, además de la reclamación de las cantidades debidas, una compensación por el daño moral que sufren tanto la madre como los hijos por el impago de las pensiones fijadas en resolución judicial, en razón a la zozobra, ansiedad, inquietud e intranquilidad que les supone no recibir el pago de las pensiones para atender las más elementales necesidades de las víctimas menores. La indemnización por daño moral sería, pues, acumulable a la cantidad económica correspondiente a los meses dejados de percibir y reclamable tanto en vía civil como en vía penal⁸⁸.

Así, el citado magistrado distingue que, cuando se opta por la vía civil ante el impago de pensiones, se acudirá al juzgado de primera instancia o de familia que dictó la sentencia de separación o divorcio y podría reclamarse tanto el quantum en que consista la deuda alimenticia como la cantidad que se reclame por daño moral, por el padecimiento y sufrimiento derivado de este impago que puede cuantificarse y reclamarse. Mientras que, si se opta por la vía penal, se acudirá al cauce de la querrela por delito de impago de pensiones del artículo 227.3 del Código Penal, según el cual: «La reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas». Ahora bien, junto a estas últimas, que no integran el concepto de responsabilidad civil, ya que la deuda es anterior al delito y no una consecuencia del mismo,

⁸⁵ Así, MARTÍN LÓPEZ, *LA LEY Derecho de familia*, Núm. 39, 2023.

⁸⁶ DOMENECH DEL RIO & SIRVENT GARCÍA DEL VALLE, «The Consequences of Intimate Partner Violence on Health: A Further Disaggregation of Psychological Violence—Evidence from Spain», *Violence Against Women*, 23(14), 2017, pp. 1771-1789. STYLIANOU, «Economic abuse experiences and depressive symptoms among victims of intimate partner violence», *Journal of Family Violence*, 3, 2018, pp. 381-392.

⁸⁷ MAGRO SERVET, «Aproximación a la cuantía de las indemnizaciones por daño moral y criterios para la determinación del cálculo», *@Diario La Ley*, N. 9944, 2021; y «El daño moral en el impago de pensiones compensatoria y alimenticia», *Revista de Derecho de Familia*, Núm. 116, marzo de 2023, pp. 2-10.

⁸⁸ Así, MAGRO SERVET, *Revista de Derecho de Familia*, Núm. 116, marzo de 2023, p. 2.

podremos reclamar el daño moral que sí que integra responsabilidad civil, habida cuenta que el artículo 110 del Código Penal señala que: «La responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende; (...) 3.º La indemnización de perjuicios materiales y morales», añadiendo el artículo 113 del mismo Código que: «La indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a terceros».

No podemos olvidar que cuando se deja de pagar una pensión por alimentos a la mujer e hijos, éstos sufren y padecen por ese impago de forma continuada, porque el arco de sus necesidades se perpetúa todos los meses en los que está obligado a pagar esa prestación alimenticia. Y ello, porque se trata de una deuda por alimentos periódicos, cuya necesidad es de subsistencia, para atender las más elementales necesidades del alimentista, siendo una obligación inherente a la patria potestad y fundamentada en el interés superior del menor. Al respecto, LÁZARO PALAU⁸⁹ señala que el juez, al fijar y cuantificar la pensión de alimentos, debe tender en todo momento a mantener la máxima protección del menor, atendiendo a dicho interés superior, ya que «hay que pensar que los hijos no pueden ser privados del nivel de que gozaban con anterioridad, ni condenarlos a la estrechez o a la miseria, en consecuencia, la cuantía de los alimentos ha de garantizarles las mismas prestaciones de que disfrutaban e incluso mejorarlas, si los ingresos de los obligados a prestarlos mejoran».

Es decir, que cuando se produce el impago de la pensión alimenticia de un menor, no se trata de que el deudor de dicha obligación sufra simplemente por no cobrar una deuda, sino que sufre y padece porque ese impago conlleva la precariedad por la falta atención de sus necesidades vitales más elementales (fijadas en el art. 142 CC) y, por ello, comporta un daño moral que es indemnizable y reclamable junto con el importe de la reclamación por los alimentos. En consecuencia, lo que se reclama que se indemnice es el sufrimiento producido por un impago que afecta a necesidades básicas fundamentales de los menores, que es un concepto con derecho a resarcimiento por el deudor de los alimentos. Así, el acreedor deberá, no solo el importe del principal impagado, sino, también, las consecuencias que ese impago hayan producido tanto al acreedor directo de los alimentos como al progenitor con el que conviven los menores.

El daño moral que puede existir en muchos casos no podría consistir en la reclamación de una suma a tanto alzado por la propia o presunta gravedad del hecho que como ilícito civil o penal se ha cometido, sino que deberá ser acreditado. Por lo que la cuestión que surge a continuación, inevitablemente, es cómo acreditar el daño moral; controversia que requerirá distinguir si el daño ha sido sólo psicológico o también ha existido daño psíquico⁹⁰. Así, el daño moral puede

⁸⁹ La pensión de alimentos de los hijos: Supuestos de separación y divorcio, Cizur Menor, Thompson Aranzadi, 2008, p. 31.

⁹⁰ Vid. MAGRO SERVET, *Revista de Derecho de Familia*, Núm. 116, 2023, pp. 3-4. El magistrado aclara que el daño moral indemnizable puede ser psicológico y psíquico y puede reclamarse por los dos de forma separada si en un proceso de reclamación o el impago de pensiones se reclama por las mismas y su pago, pero, también, por el daño moral que puede ser, en principio psicológico, pero también llegar a un sufrimiento mayor que alcance a un daño moral psíquico si afecta a la psique de los afectados. Para el primer bastaría con pericial psicológica y para el segundo pericial médica al tratarse de un grado mayor en la afectación y de carácter médico. Pero puede desdoblarse en estos casos la reclamación y hacerlo por cada uno de estos daños morales en lugar de reclamar una cantidad global a tanto alzado por un único daño moral cuando son distinguibles por la debida prueba. Resulta lógico y evidente que todo ese daño empezará con el sufrimiento derivado de no recibir las pensiones y la zozobra de no saber la madre cómo va a atender las necesidades propias y las de sus hijos, pero ello puede derivar, más tarde en un daño moral psíquico si le afecta más profundamente desde el plano médico.

desdoblarse en daño psicológico a probar según la redacción de los hechos y la percepción del juez del estado de zozobra, ansiedad, inquietud e incertidumbre que el hecho le haya provocado en su sufrimiento personal cuantificable a tenor de las circunstancias y, también, el daño moral psíquico a acreditar por prueba pericial médica en atención a la afectación a la psique del sujeto perjudicado por el hecho. Además, el fiscal y la acusación particular deberían incluir en su interrogatorio preguntas dirigidas a que la víctima explique en qué medida le afectaron los hechos, lo que sufrió, lo que padeció, y cómo se encuentra tiempo después del delito, si le afectó en su vida personal, en su trabajo, etc.; pues eso integra también el daño moral⁹¹.

Recuerda la sentencia del Tribunal Supremo, 561/2021 de 23 de julio de 2021⁹², que: «Los daños morales, asociados frecuentemente por la jurisprudencia a los padecimientos físicos o psíquicos, son aquellos que afectan a la integridad, a la dignidad o a la libertad de la persona, como bienes básicos de la personalidad...podría imputarse objetivamente la causación de daños morales a quien actuó dolosamente». Resultando así evidente que los impagos de alimentos realizados con dolo, y no por imposibilidad de pago (por pérdida de capacidad económica o insolvencia patrimonial sobrevenida y debidamente acreditada del alimentante), deben conllevar, además del pago de las cantidades dejadas de percibir, el daño moral integrado por el padecimiento de los acreedores directos y del progenitor con el que convivan.

Dicha resolución añade otra sentencia anterior del Tribunal Supremo, 964/2000 de 19 de octubre de 2000⁹³, según la cual: «La jurisprudencia consolidada y ya antigua de esta Sala viene considerando la indemnización por daños morales, reconociendo que su valoración no puede obtenerse de una prueba objetiva, pero no por ello se ata a los Tribunales de Justicia e imposibilita legalmente para fijar su cuantificación (...), a cuyo efecto ha de tenerse en cuenta y ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso, que es lo que ha verificado con mesura el Tribunal de Instancia. La indemnización por danos morales no trata de reparar la disminución del patrimonio, sino que lo que pretende es contribuir a sobrellevar el dolor, y ha de proyectarse directamente al ámbito de la persona que lo padece».

Es muy importante añadir que el daño moral no puede excluirse por la circunstancia de que se reclame, también, un daño económico derivado de un *quantum* consistente en la cantidad que se exige, además, por el importe de las cantidades dejadas de abonar, dado que se trata de dos conceptos distintos; una cosa es la deuda económica (derivada del impago de las pensiones) y otra bien distinta el daño moral derivado del «precio del dolor» (el llamado *pretium doloris*) causado por el sufrimiento y padecimiento psicológico derivado de las consecuencias del impago, que es la razón de ser del daño moral.

Aquí, el magistrado MAGRO SERVET excepciona el derecho a percibir la indemnización por daño moral de la madre en los casos en que ésta cuente con una solvencia y unos medios económicos suficientes como para hacer inexistente el sufrimiento psicológico, pues habría suplido el impago de los alimentos con recursos propios sin padecimiento alguno y sin que sus hijos hubiesen visto mermadas sus necesidades elementales habituales a su nivel socio económico, tratándose entonces de una mera reclamación económica como cualquier otro derecho de crédito.

⁹¹ Así concluye MAGRO SERVET en @Diario La Ley, N. 9944, 2021.

⁹² STS 561/2021, Sala de lo Civil (Pleno), de 23 de julio de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3068).

⁹³ STS 964/2000, Sala de lo Civil, de 19 octubre de 2020 (ECLI: ES:TS:2000:7533).

Disentimos, no obstante, de esta perspectiva; el hecho de que la madre tenga solvencia económica suficiente para suplir el impago de las pensiones del padre con su propio patrimonio, sin necesidad de recurrir a préstamos o ayudas de terceras personas, y sin que los menores se hayan visto afectados por una merma en sus alimentos, no impide padecer el sufrimiento psicológico por el impago doloso. Así pues, hemos defendido a lo largo del presente trabajo que la reparación del daño moral no deriva del perjuicio económico que conlleva el impago, sino del sufrimiento psicológico que causa el atraso en el pago o el impago dolosos de una pensión dirigida a cubrir las necesidades vitales más básicas de los hijos en común (habitar, comer, vestirse, recibir medicinas, educación e instrucción, y todo ello acorde al nivel socioeconómico que ostentaban previamente a la crisis de pareja); prestaciones a las que tienen derecho por el hecho mismo de la filiación, de forma inherente y fundamentado en su interés superior. Ello provoca, además, que se perpetúe la situación de dependencia y sumisión de la mujer a su expareja (independientemente de los recursos económicos propios de ésta), reclamándole continuamente el pago de los alimentos a sus hijos, a pesar de que contase con los recursos económicos suficientes para que los menores no sufran precariedad. Por tanto, la solvencia patrimonial no eximiría a la víctima de violencia económica por impago de pensiones alimenticias de menores de la indemnización por daño moral que le correspondiese, en su caso.

Y, por otra parte, respecto al llamado daño social, recientemente incluido en la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, gracias a la reforma operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual; es definido concisamente por su artículo 28 *ter* como «el daño al proyecto de vida». A mayor abundamiento, el daño social ha sido conceptuado, entre otras definiciones, como los «efectos experimentados por una víctima en sus relaciones familiares y/o sociales como consecuencia de un evento traumático, donde tales efectos están asociados a la resonancia de dicho suceso en las nuevas condiciones sociales y posición en ella del afectado, respecto a su contexto y mapa relacional anterior. Esto, tanto en referencia a los aspectos vinculados con la construcción social del sujeto (dimensión subjetiva del daño), como al propio mapa relacional en que éste se encuentra inserto (dimensión objetiva)»⁹⁴.

En el concreto caso de la violencia de género, VELA SÁNCHEZ⁹⁵ señala que el estigma producido se asocia a la propia agresión o maltrato sufrido, físico o psicológico, considerando a la persona afectada como portadora de una marca de la que no se puede librar o por la que va a ser rechazada en su medio social, sin reconocimiento institucional. Es más, apunta que la doctrina especializada considera el daño social como un daño indirecto de la violencia de género y distinto al tradicional daño moral, que produce, como efectos más reconocibles respecto de la víctima, su aislamiento social, la disminución de sus habilidades sociales para relacionarse, la producción de un déficit de asertividad (esto es, una quiebra de la habilidad social para comunicar y defender los propios derechos e ideas de manera adecuada y respetando las de los demás), conductas adictivas, etc.⁹⁶.

⁹⁴ SIMÓN GIL, «El daño social: secuelas y lesiones sociales, la evaluación del trabajo social forense en víctimas de violencia de género», *Servicios Sociales y Política Social*, XXXVII, núm. 124, 2020, p. 16.

⁹⁵ «Violencia de género y daño social», en *Diario La Ley*, Nº 10196, Sección Doctrina, 27 de Diciembre de 2022, LA LEY 11093/2022. *Vid.*, del mismo autor, VELA SÁNCHEZ, *Violencia de género en la pareja y daño moral*, Comares, Granada, 2014.

⁹⁶ ÁLVAREZ OLALLA, *Violencia de género y responsabilidad civil*, Reus, Madrid, 2020, p. 137.

Pero, sin duda, una delimitación más esclarecedora la ofrece la magistrada AVILÉS PALACIOS en la reiterada sentencia del Juzgado de lo Penal de Mataró, de 22 de julio del 2021⁹⁷, al establecer que: «El daño social es la lesión o menoscabo que sufre una persona en su funcionalidad social (esfera personal, familiar, social y laboral) ante un hecho inesperado en el devenir de su cotidianidad (Ferri y Martínez, 2019). En el plano penal/criminológico es la lesión que sufre una víctima sobre concretos derechos fundamentales (a la vida y a la integridad física; a la salud; a los derechos civiles y políticos; y a los económicos, sociales y culturales), como consecuencia del hecho delictivo. En casos en los que las labores de cuidado y el sustento económico han recaído en exclusiva sobre uno de los progenitores, habitualmente las madres, como sucede en el caso que nos ocupa en el que el padre se ha desentendido de todo lo demás, pero también de la aportación económica en favor de sus hijas/os, las consecuencias del hecho delictivo no pueden reducirse a la mera cuantificación de en los ámbitos personal, educativo o social (alimentación, productos farmacéuticos, higiene, ropa y calzado, tratamientos médicos, actividades culturales, ocio, educación complementaria, material escolar, etc.) y que debiendo ser atendidos en exclusiva por la madre le ha supuesto a esta también una afectación directa en sus esferas personales, familiares, sociales y especialmente laborales y expectativas económicas relacionadas. Este último aspecto además acrecienta la situación de dependencia económica de la mujer respecto de su agresor y canaliza de esta forma la perpetuación de la violencia de género ejercida, concretada ahora en exclusiva en el plano económico por el impago de la pensión, y que resulta —paradójicamente— respaldada por razones estructurales y sistémicas de discriminación por razón de sexo atribuibles al Estado».

La magistrada continúa fundamentando, con una claridad expositiva indudable, que: «Existen casos como el presente en los que sería preciso analizar el daño social con perspectiva de género y, en la medida en que se ve afectado el sustento de una menor, con perspectiva de infancia. La precariedad económica en la que queda inserto el núcleo familiar, ahora en la práctica construida como familia monomarental, determina la calidad de vida y las expectativas de futuro de la menor perjudicada, pero también condiciona gravemente todas las esferas vitales de la madre. Limitar la reparación del daño a lo meramente económico, cuando aquél va más allá de lo estrictamente económico, no resulta coherente aquí con la voluntad existente en otras categorías delictivas de reparación *integral* del daño causado, ni adecuado a los estándares internacionales expuestos».

La jurisprudencia de nuestro país, no obstante, aún no recoge el daño social como daño autónomo distinguible de otros también no patrimoniales como, por ejemplo, del daño moral, con el que se suele integrar, frecuentemente, a la hora de fijar una indemnización⁹⁸.

4. Reflexiones finales

Casi 20 años después de la promulgación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, podemos afirmar que no se ha ejecutado la imperativa fundamentación que recoge su Exposición de Motivos, que señala: «...Una Ley para la prevención y erradicación de la violencia sobre la mujer ha de ser una Ley que recoja medidas procesales que permitan procedimientos ágiles y sumarios (...) pero, además, que

⁹⁷ SJP de Mataró (Provincia de Barcelona) 58/2021, de 22 julio 2021 (ECLI:ES:JP:2021:58).

⁹⁸ Así, por ejemplo, en la SAP Madrid 296/2022, de 9 de mayo (ECLI: ES:APM:2022:5503); o en la SAP Álava 37/2021, de 15 de febrero (ECLI: ES:APVI:2021:246).

compagine, en los ámbitos civil y penal, medidas de protección a las mujeres y a sus hijos e hijas, y medidas cautelares para ser ejecutadas con carácter de urgencia...». Esto es, mecanismos que permitiesen a la legislación civil contar con el desarrollo simultáneo de medidas patrimoniales para la protección de las mujeres y sus hijos e hijas. Nos encontramos aún ante significativas dificultades sustantivas y procesales, tanto en el orden civil como en el penal, para la prevención, ejecución y reparación integral a las víctimas de la violencia económica.

Y ello, a pesar de que en la última reforma de esta norma, operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual, se añadiese un nuevo Capítulo V sobre el «Derecho a la reparación» (dentro del Título II sobre los «Derechos de las mujeres víctimas de violencia de género»), que pretende la reparación integral de las víctimas de violencia de género y que ya desglosa los diversos tipos de daños que pueden producirse en esta concreta sede, entre otros: el daño físico y psicológico, incluido el daño moral y el daño a la dignidad; los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante; y el daño social, entendido como el daño al proyecto de vida.

Ya adelantábamos en la introducción del presente trabajo que, no obstante los esfuerzos del legislador, al que no le es ajena esta cuestión, es de sobra conocida la escasez de la reparación que *de facto* obtienen las víctimas de violencia de género, especialmente porque los abogados de la acusación particular prefieren no contaminar la declaración de las víctimas, que en muchos casos es la prueba de cargo, con solicitudes de reparación de los daños, a pesar de que dicha reparación es un derecho de toda víctima o perjudicado por un delito. Y es que en el delito de violencia económica por impago de pensiones, como hemos defendido en estas páginas, también existe un daño moral por el que las víctimas tienen derecho a ser indemnizadas.

Por ello, nos unimos a las reivindicaciones doctrinales y jurisprudenciales que claman porque la lucha contra la violencia de género deba contemplar, para ser efectiva, todas sus manifestaciones. Para ello, en primer lugar, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, debe recoger expresamente una definición específica de violencia económica de género, como manifestación expresa de este tipo de violencia, que tiene entidad propia. Y, en aras de erradicar esta lacra social, cobra especial relevancia que el resarcimiento por los daños que sufren la mujer y los hijos menores por la violencia económica generada al incumplir la obligación de alimentos sea lo más integral posible, englobando cada uno de los conceptos que ya recoge la ley. Así, los impagos de alimentos realizados con dolo, y no por imposibilidad de pago (por pérdida de capacidad económica o insolvencia patrimonial sobrevenida y debidamente acreditada del alimentante), deben conllevar, además del reintegro de las cantidades dejadas de percibir, el daño moral y el daño social padecidos, en su caso.

En definitiva, la reparación del daño causado por el impago de pensiones alimenticias a hijos menores no puede limitarse a lo estrictamente económico, cuando sus efectos han trascendido el plano patrimonial. Debe instaurarse en nuestro ordenamiento jurídico, acorde a los estándares legales internacionales, una reparación integral del daño causado que abarque, además del reembolso de las cantidades adeudadas, el daño económico efectivamente causado que se derive el impago, los daños morales o psicológicos y los daños sociales sufridos por la mujer y por sus hijos a consecuencia del incumplimiento de la obligación de alimentos.

5. Bibliografía

AA.VV., *Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Tecnos, 2018.

ÁLVAREZ OLALLA, Pilar, *Violencia de género y responsabilidad civil*, Reus, Madrid, 2020.

BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, Pablo, «Comentarios a los artículos 142 a 153», en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel (Dir.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, T. III, V. 2, Edersa, Madrid, 2004, pp. 1-54.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Comentarios a los artículos 154 a 161, 164 a 168, 172 a 180, 184, 189, y Disposiciones transitorias 9 y 10 de la Ley 11/1981», en AMORÓS GUARDIOLA, Manuel et. al. (coords.), *Comentario a las reformas del derecho de familia*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 1051 y ss.

CAPPELLA, Lorena, «Violencia económica y patrimonial: Hacia una justicia con rostro humano y mirada de mujer», en SALOMÓN, Claudia Emilia (Dir.), *Violencia en las relaciones de familia. Visión desde el Derecho y la Interdisciplina*, Delta Editora, 2022, pp. 177- 228.

CASADO CASADO, Belén, «Violencia económica y relaciones de pareja. Los efectos de una violencia soterrada», *Actualidad Civil, La Ley Digital*, núm. 1, 2024.

COLÁS TURÉGANO, María Asunción, «La incapacidad para el pago de la deuda en el delito de impago de pensiones», *Revista General del Derecho Penal*, núm. 32, 2019, pp. 1-37.

CÓRDOVA LÓPEZ, Ocnor, «La violencia económica y/o patrimonial contra las mujeres en el ámbito familiar», en *Persona y Familia, Revista del Instituto de la Familia, Facultad de Derecho*, núm. 6, 2017, pp. 39-58.

DOMENECH DEL RIO, Inés & SIRVENT GARCÍA DEL VALLE, Elena, «The Consequences of Intimate Partner Violence on Health: A Further Disaggregation of Psychological Violence-Evidence from Spain», *Violence Against Women*, 23(14), 2017, pp. 1771-1789.

DUTREY GUANTES, Yolanda, *Memento Familia (Civil)*, (Col.), LEFEBVRE, Francis (Coord.), Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2020, p. 2678.

GALDEANO SANTAMARÍA, Ana, «El delito de impago de la pensión de alimentos como violencia económica por discriminación de género. Reflexiones acerca de la STS 239/2021, de 17 de marzo», *Práctica Penal. Cuadernos Jurídicos*, núm. 104, 2021, pp. 13-21.

GARCÍA ABURUZA, María Paz, «La violencia doméstica desde el ámbito civil», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2010, pp. 101-126.

GISBERT, Susana, *Balanza de género*, Ed. LoQueNoExiste, Madrid, 2018.

LÁZARO PALAU, Carmen María, *La pensión de alimentos de los hijos: Supuestos de separación y divorcio*, Cizur Menor, Thompson Aranzadi, 2008.

LEFEBRE, Francis, *Respuestas Memento 100 preguntas sobre familia*, @Lefebvre, Madrid, 2021, marg. 235.

LEÓN ALAPONT, José, «Aspectos controvertidos del delito de impago de pensiones: prestaciones económicas incluidas, responsabilidad civil y perseguibilidad», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 134, 2021, pp. 315-348.

LEÓN ALAPONT, José, *El delito de impago de prestaciones económicas (Arts. 227 y 228 CP)*, Tirant lo Blanch, 2021.

LLORIA GARCÍA, Paz, «La violencia sobre la mujer en el siglo XXI: sistema de protección e influencia de las tecnologías de la información y la comunicación en su diseño», *La Ley Penal*, núm. 138, 2019, p. 5.

LONDOÑO, Diana, «La Inasistencia Alimentaria como Violencia Económica», *Nuevo derecho*, Vol. 16, núm. 26, 2020, pp. 1-16.

LÓPEZ JARA, Manuel, «La reclamación de alimentos y otras prestaciones en el proceso penal: el delito de impago de pensiones», *La Ley. Derecho de Familia: Revista Jurídica sobre Familia y Menores*, núm. 21, 2019, pp. 25-45.

MAGRO SERVET, Vicente, «Aproximación a la cuantía de las indemnizaciones por daño moral y criterios para la determinación del cálculo», *@Diario La Ley*, núm. 9944, 2021.

MAGRO SERVET, Vicente, «El daño moral en el impago de pensiones compensatoria y alimenticia», consultado en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 116, marzo de 2023, pp. 2-10.

MAGRO SERVET, Vicente, «Impago de pensiones a los hijos y pena de alejamiento», *Revista de Derecho de Familia*, núm. 120, julio de 2023, pp. 2-7.

MARTÍN LÓPEZ, María Teresa, «Explorando la violencia económica en la pensión de alimentos», *LA LEY Derecho de familia*, núm. 39, 2023, pp. 54-65.

MUÑOZ GARCÍA, Carmen, «Alimentos a favor de los hijos en supuestos de ruptura matrimonial. Conciliación con el régimen general de alimentos de los artículos 142 y siguientes del Código Civil (1)», *@Diario La Ley*, núm. 8224, Sección Doctrina, 8 de enero de 2014.

MÚRTULA LAFUENTE, Virginia, *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, Dykinson, Madrid, 2016.

NIETO GARCÍA, Ángel Juan, «Conclusión de la sociedad de gananciales y violencia de género», *@Diario La Ley*, núm. 10427, 2024.

PALAZÓN GARRIDO, María Luisa, «La violencia económica como forma invisible de violencia de género», en TOMAS, Gema y VIDU, Ana (Coords.), *Mujer como motor de innovación jurídica y social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 529-548.

PÉREZ FERRER, Fátima, «La respuesta penal al impago de la pensión de alimentos en situaciones de especial vulnerabilidad de la víctima», *La obligación de alimentos: un análisis multidisciplinar*, Atelier, 2024, pp. 361-398.

PRATS CANUT, Josep Miguel, «Delitos contra las relaciones familiares», QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 8ª edición, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2009, pp. 503-585.

ROCA AGAPITO, Luis, «El delito de impago de pensiones y la violencia contra las mujeres: (a propósito de lo que no hace el Pacto de Estado en materia de Violencia de Género», *Violencia de Género, Justicia Penal y Pacto de Estado*, Villa Sieiro, S.V. (Dir.), 2023, pp. 505-532.

RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, Jesús, «Pensión de viudedad y violencia de género», en *@Diario La Ley*, núm. 9548, 8 de enero de 2020.

SERRANO CASTRO, Francisco, *Relaciones paterno-filiales*, Madrid: El Derecho, 2010.

SIMÓN GIL, Marta, «El daño social: secuelas y lesiones sociales, la evaluación del trabajo social forense en víctimas de violencia de género», *Servicios Sociales y Política Social*, XXXVII, núm. 124, 2020, pp. 1-21.

SOLÉ RESINA, Judith, «Violencia económica contra la mujer. El impago de pensiones y la reparación integral del daño», *LA LEY Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 161, LA LEY 3448/2023.

STYLIANOU, Amanda M., «Economic abuse experiences and depressive symptoms among victims of intimate partner violence», *Journal of Family Violence*, núm. 3, 2018, pp. 381-392.

UCEDA MARTÍNEZ, Sonia, «Comentario de dos sentencias del Tribunal Supremo de 29 y 30 de marzo de 2022 (309/2022 y 323/2022) en relación con el delito de abandono de familia por impago de pensiones y la naturaleza de la responsabilidad civil derivado del mismo», *Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Posgrado*, núm. 2, 2022, pp. 103-112.

VELA SÁNCHEZ, Antonio José, *Violencia de género en la pareja y daño moral*, Comares, Granada, 2014.

VELA SÁNCHEZ, Antonio José, «Efectos patrimoniales esenciales de la violencia de género en la pareja», en *La Ley Digital*, LA LEY 3063/2016.

VELA SÁNCHEZ, Antonio José, «Violencia de género y daño social», en *@Diario La Ley*, N° 10196, Sección Doctrina, 27 de diciembre de 2022, LA LEY 11093/2022.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, «Comentario al artículo 154 del Código Civil», en CAÑIZARES LASO, Ana, DE PABLO CONTRERAS, Pedro, ORDUÑA MORENO, Francisco Javier y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario (Dirs.), *Código Civil comentado*, Vol. I, 2ª Ed., @Civitas Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016.

La asistencia inefectiva del letrado en el proceso penal

¿Puede provocar indefensión la actuación negligente del abogado?

Sumario

-

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional garantizan la efectividad de la defensa letrada de oficio, pero no ocurre lo mismo cuando el abogado es de designación particular. El trabajo estudia los fundamentos de tal protección a la luz de los derechos de carácter procesal recogidos tanto en el CEDH como en la Constitución, con el fin de dar respuesta a si la distinción es legítima. El asunto tiene una importancia clave en el ámbito del proceso penal, dado que la naturaleza de sus consecuencias hace necesario extremar las garantías procesales y puesto que en él es casi siempre preceptiva la asistencia letrada.

Abstract

-

The European Court of Human Rights and the Spanish Constitutional Court guarantee the effectiveness of the assistance of counsel when the attorney is appointed by the State, but that is not the case when the defendant freely chooses the lawyer. This study analyzes the grounds of that protection in the light of the procedural rights presents in the ECHR and in the Spanish Constitution in order to establish if this distinction is legitimate. This matter has a vital importance in criminal procedure, in which the presence of a lawyer is almost always required, and in which the nature of the outcome calls for a greater protection of the procedural rights.

Title: *Ineffective assistance of counsel in the Spanish criminal procedure. Can the lawyer's negligence can compromise the right to defense of his client?*

-

Palabras clave: Derecho de defensa, Tutela judicial efectiva, Asistencia letrada, Abogacía de oficio, Proceso penal, Defensa inefectiva.

Keywords: *Right of defense, Due process of law, Fair procedure, Assistance of counsel, Public defenders, Criminal procedure, Ineffective assistance of counsel.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2024.i3.15

3.2024

Recepción
11/04/2024

Aceptación
04/06/2024

Índice

-

1. Introducción

2. La interdicción de la defensa inefectiva en la jurisprudencia

2.1. La inefectividad de la defensa como vulneración del derecho a la asistencia letrada del art. 6.3.c del Convenio Europeo de Derechos Humanos: la visión del TEDH

2.2. Asistencia letrada, tutela judicial efectiva e indefensión: la visión del Tribunal Constitucional

2.3. Estándares de eficacia: el modelo norteamericano

3. Fundamento constitucional de la interdicción de la defensa inefectiva

3.1. Del derecho a la asistencia letrada al derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE)

a. La interdicción de indefensión (art. 24.1.II CE): concepto

b. ¿Indefensión formal e indefensión material?

c. ¿Necesidad de incidencia en el fallo?

d. La indefensión debe proceder de los tribunales y no debe ser achacable a la parte

3.2. ¿El derecho a un proceso con todas las garantías? (art. 24.2 CE)

3.3. La relación entre los derechos del art. 24.1 y del 24.2 CE

4. Tratamiento procesal de la defensa inefectiva en el ámbito del proceso penal

4.1. Sustitución del letrado en fase de instrucción

4.2. Suspensión del juicio oral y declaración de nulidad por la Audiencia Provincial en trámite de cuestiones previas

4.3. Nulidad y subsanación en trámite de recurso

5. La tutela de la defensa efectiva del letrado libremente designado

5.1. (Re)planteamiento de la cuestión

5.2. Los obstáculos derivados de la doctrina del Tribunal Constitucional

a. La negligencia de la parte que alega indefensión como obstáculo para el reconocimiento del derecho

b. La actuación del letrado de oficio como vulneración procedente de un poder público

c. La relación de confianza como «licencia» para la inefectividad de la defensa

5.3. ¿Vuelta al derecho a la asistencia letrada?

5.4. Recapitulación

6. Posibles consecuencias negativas de la extensión del derecho a la efectividad de la defensa

7. Conclusiones

8. Bibliografía

9. Repertorio de jurisprudencia citada

9.1. Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

9.2. Sentencias del Tribunal Constitucional

9.3. Sentencias del Tribunal Supremo

9.4. Otras sentencias

-

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

1. Introducción*

La idea para este trabajo surgió cuando una persona vino a nuestro despacho para encargarnos interponer un recurso de apelación frente a una sentencia condenatoria. Lo rutinario del asunto contrastaba con lo poco habitual del motivo: el cliente aseguraba que su anterior letrado no había actuado con la diligencia exigible, pues había olvidado presentar pruebas que dejaban clara su inocencia.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) permite aportar pruebas en segunda instancia, pero sólo si se da alguno de los supuestos que contempla, de forma tasada, su artículo 790.3. Entre ellos no figura el descuido o la desidia del abogado. Ahondando sobre esta cuestión, encontré dos sentencias que hablaban de defensa inefectiva, una del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y otra del Tribunal Supremo. La primera, la STSJC 35/2021, de 2 de febrero, resolvió un caso similar al descrito. El recurrente pretendía aportar en apelación un informe que acreditaba su condición de toxicómano, circunstancia que había negado durante el juicio oral por consejo de su entonces abogado. Pese a las reticencias del Ministerio Fiscal, que consideraba que la proposición no tenía cabida en ninguno de los supuestos del artículo 790.3 LECrim, la Sala admitió y valoró el documento, con base en un entendimiento amplio del derecho de defensa y su efectividad. La segunda, la STS 1117/2009, de 11 de noviembre, trató un asunto en que el letrado del acusado había venido mostrando, ya desde la fase de instrucción, un total desinterés en el desempeño de su función. Pese a ser conscientes de ello, ni el Juez de Instrucción ni la Audiencia Provincial instaron su sustitución, con el resultado de que la defensa ineficiente se extendió al plenario. En su resolución, el Tribunal Supremo consideró que el ciudadano no había gozado de una defensa efectiva, y que tal indefensión era achacable a los órganos de instancia que, conociendo la situación, debieron tomar medidas. La Sentencia declaró nulo el juicio y ordenó retrotraer las actuaciones hasta el momento inmediatamente posterior al dictado del auto de procedimiento abreviado, por si el nuevo letrado entendía procedente impugnarlo para poder solicitar la práctica de diligencias de instrucción.

En ambas resoluciones late la misma idea: una defensa inefectiva no es una verdadera defensa. No basta con la *mera* asistencia de un letrado para colmar el derecho del art. 24 de la Constitución, sino que es necesario, además, que el profesional desempeñe su encargo con una mínima solvencia. Los juzgados y tribunales no solo deben tutelar la defensa letrada, sino también su efectividad, pese a la ausencia de una disposición legal expresa al respecto.

Ahora bien, como veremos, en nuestra práctica judicial dicha tutela se circunscribe a los supuestos en que los profesionales son nombrados de oficio. Cuando el que actúa de forma negligente es un abogado de libre elección, el justiciable es quien debe pechar con las consecuencias negativas. Esta dicotomía parece tener sentido, al menos intuitivamente: al fin y al cabo, es el Estado el que facilita al abogado de oficio, por tanto, debe ser también quien se responsabilice de su actuación. El asunto, no obstante, merece un análisis más detallado, que desarrollaremos en el capítulo 5.

* Contacto del autor: Alberto Rocha García (alberto@ca-abogados.com).

2. La interdicción de la defensa inefectiva en la jurisprudencia

2.1. La inefectividad de la defensa como vulneración del derecho a la asistencia letrada del art. 6.3.c del Convenio Europeo de Derechos Humanos: la visión del TEDH

Retrocedamos a los años 70 del pasado siglo. La Sra. Johanna Airey, ciudadana irlandesa, inició un proceso civil para separarse de su marido, pero como no tenía dinero para contratar un abogado que la representara en la High Court, acabó ejerciendo su propia defensa, con pobres resultados. El asunto llegó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que resolvió que, si bien defenderse a uno mismo era una opción prevista en la ley irlandesa y en el propio CEDH, la defensa desplegada por la demandante nunca había tenido opciones de resultar efectiva si se tomaban en consideración, entre otras cosas, la alta complejidad del pleito, su implicación emocional y el hecho de que su marido sí fue representado por un letrado. El TEDH consideró que los tribunales irlandeses debieron proporcionar un letrado a la Sra. Airey para asegurar que su derecho de acceso al proceso (art. 6.1 del Convenio) no resultara ilusorio. La STEDH Airey c. Irlanda, 9 de octubre de 1979, elevó a categoría de precedente la interpretación expansiva de los derechos procesales del CEDH, incluyendo un aforismo que luego se repetiría en innumerables resoluciones: «[e]l Convenio no está destinado a garantizar derechos teóricos o ilusorios, sino prácticos y efectivos¹».

El precedente sentado en *Airey* derivó en una larga serie de decisiones del Tribunal². A la cabeza de todas ellas se encuentra la STEDH Artico c. Italia, 13 de mayo de 1980, que extendió el principio sentado en *Airey* a aquellos supuestos en que la inefectividad de la defensa no es achacable a la ausencia de abogado sino al pobre desempeño de este, si bien solo cuando su designación es de oficio. En *Artico*, el TEDH dejó claro que el derecho a la asistencia letrada del art. 6.3.c del Convenio no se agota con la mera designación de abogado, pues «la segunda no garantiza por sí misma la efectividad de la primera». O, dicho de otro modo, hay que interpretar el derecho «a ser asistido por un defensor de su elección» añadiendo el sintagma «de forma efectiva».

Así pues, la defensa letrada inefectiva –en realidad, la inacción de los Tribunales de los Estados firmantes del Convenio ante una defensa inefectiva– supone una infracción del derecho de todo acusado a ser asistido por un abogado, recogido en el artículo 6.3.c). Los Estados tienen que controlar que el abogado que proporcionan cumple su función bajo un estándar de calidad aceptable³. Solo de esta forma se puede alcanzar el ideal de juicio justo que preside el artículo 6 del Convenio⁴.

¹ STEDH Airey c. Irlanda, ap. 24.

² STEDH Pakelli c. Alemania, 25 de abril de 1983; Imbrioscia c. Suiza, 24 de noviembre de 1993; Daud c. Portugal, 21 de abril de 1998; Sannino c. Italia, 27 de abril de 2006 y Güveç c. Turquía, 20 de enero de 2009.

³ Desde una perspectiva de derecho comparado, la visión del TEDH se asemeja al *ineffective assistance of counsel* norteamericano, cuyo encaje constitucional en la *assistance of counsel clause* de la Sexta Enmienda reconoció el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en su Sentencia Strickland v. Washington, 466 U.S. (1984). La versión norteamericana pretende ofrecer una solución a los problemas causados por la desmesurada sobrecarga que sufren los *public defenders*, que deben afrontar un número inmanejable de casos al año. Sin embargo, se le suele achacar que es mucho más restrictiva que la continental. Sobre ello, KLEIN, R. «The Constitutionalization of Ineffective Assistance of Counsel.» *Maryland Law Review*, 1999, vol. 58, pp. 1433-1479.

⁴ En opinión del TEDH, los elementos del párrafo 3 del artículo 6 son concreciones del omnicompreensivo derecho al juicio justo, sin que quepa su examen particularizado si no es en relación con el núcleo común al que pertenecen STEDH Artico c. Italia ap. 32; F.C.B. c. Italia, 28 de agosto de 1991, ap. 29.

2.2. Asistencia letrada, tutela judicial efectiva e indefensión: la visión del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional ha acogido la doctrina del TEDH sobre el derecho a la efectividad de la defensa, asociándolo en primera instancia con el derecho a la asistencia letrada del art. 24.2 CE pero siempre vinculado a la tutela judicial efectiva sin indefensión (24.1 CE)⁵.

El derecho a la asistencia letrada tiene una anatomía ambivalente: por un lado, se constituye como un derecho subjetivo: el del justiciable a ser asistido por un abogado de su elección. Por otro, es un principio estructural⁶ o la garantía misma⁷ del proceso. Entendido en su primera acepción, el derecho exige bien que se respete la decisión del justiciable de elegir un abogado de su confianza⁸, bien que se garantice la designación de oficio en defecto de aquélla, en los casos en que su intervención sea preceptiva o en aquellos en que, no siéndolo, se solicite expresamente⁹. Se articula como un derecho formal en sentido estricto, que se vulnera con la mera constatación de que no se ha permitido o se ha obstaculizado la elección, sin que sea preciso que, como consecuencia de ello, se irroguen perjuicios adicionales¹⁰.

El derecho a la asistencia letrada en su segunda acepción –esto es, como institución instrumental a la justicia del proceso– se asemeja más a la concepción que tiene el TEDH del art. 6.3.c) del Convenio. Desde este punto de vista, el derecho exige la presencia del letrado y *además*, que su desempeño cumpla con los estándares de calidad exigibles. También desde esta segunda modalidad se analizan aquellos supuestos en los que no es preceptiva la postulación letrada pero en los que la autodefensa no resulta suficiente para asegurar una verdadera contradicción¹¹ o bien genera un desequilibrio entre las partes¹². Es esta segunda vertiente del derecho la que integra el derecho a la efectividad de la defensa y la que el TC conecta con el derecho a no sufrir indefensión en el marco de la tutela judicial efectiva del 24.1 CE, en una relación medio-fin: *«el derecho a la defensa y a la asistencia letrada tiene por finalidad asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción, que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes y precaver limitaciones en la defensa que puedan generar la indefensión prohibida por el art. 24.1 CE¹³»*. Así pues, la efectividad de la asistencia letrada (art. 24.2 CE) no deja de ser un instrumento al servicio del derecho a no sufrir indefensión (art. 24.1 CE).

⁵ BORRAJO INIESTA *et al.* ponen de manifiesto la conciencia generalizada de que el contenido del derecho o derechos proclamados en el artículo 24.1 se han sobredimensionado en algunos puntos o, en todo caso, ha alcanzado un notorio grado de complejidad y a veces de falta de coherencia en sus postulados. (BORRAJO INIESTA, I., DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, I. y FERNÁNDEZ FARRERES, G, *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, Madrid, 1995, p. 21).

⁶ LÓPEZ ORTEGA, *Comentarios a la Constitución Española* (Dir. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M.E.), Tomo I, Madrid, 2018, p. 794.

⁷ SSTC 29/1995 y 229/1999.

⁸ SSTC 216/1988 y 30/1981.

⁹ STC 199/2003, de 10 de noviembre.

¹⁰ Por poner un ejemplo, la STC 339/2005, de 20 de diciembre, consideró que se vulneró el derecho cuando el tribunal celebró una vista de extradición sin esperar a la llegada de la letrada designada por el detenido, quien, por otro lado, fue asistido de forma correcta (al menos no se dice lo contrario) por una abogada de oficio.

¹¹ SSTC 93/2005, de 18 de abril o 12/2006, de 16 de enero.

¹² SSTC 101/2002, de 6 de mayo; 262/2005, de 24 de octubre y 67/2007, de 27 de marzo.

¹³ SSTC 160/2009, de 29 de junio y 179/2014, de 3 de noviembre.

Esta configuración permite distintas combinaciones. Se dará la infracción del derecho a la asistencia letrada en su vertiente subjetiva siempre que el acusado pida un abogado de oficio y su solicitud no se formalice¹⁴. Se producirá idéntica infracción cuando el tribunal obstaculice o impida, por acción u omisión, la elección de abogado particular, con independencia de la calidad del desempeño del profesional que luego se le nombre de oficio¹⁵. Si además esa indeseada defensa de oficio adolece de defectos graves, la vulneración no sólo alcanzará la vertiente subjetiva del derecho –por impedir la elección de letrado particular– sino también a la vertiente objetiva del derecho –por la ineffectividad de la defensa–, y podrá afectar al derecho a no sufrir indefensión si el desempeño negligente del letrado tiene trascendencia en el proceso¹⁶. Si el justiciable, por el contrario, solicita un abogado de oficio y es defendido de forma negligente, sin que los tribunales hagan nada por remediarlo, se dará la vulneración del derecho a la asistencia letrada, pero solo en su vertiente objetiva, y además del derecho a la tutela judicial efectiva sin padecer indefensión¹⁷. Similar a este sería el supuesto, infrecuente debido a nuestra estructura procesal penal¹⁸, en que el acusado se defiende a sí mismo y su autodefensa se manifieste deficiente o bien derive en un desequilibrio entre las partes procesales¹⁹.

2.3. Estándares de eficacia: el modelo norteamericano

A lo largo de este trabajo tendremos ocasión de ver ejemplos de defensa ineficaz, pero no disponemos todavía de un estándar positivizado de lo que debe considerarse una actuación diligente. Algo que sería deseable, dado que no podemos saber lo que es una defensa ineficaz sin antes saber lo que es una defensa eficaz. Pero ni la jurisprudencia ni la legislación se han ocupado de ello. Así por ejemplo, el Estatuto General de la Abogacía Española (EGAE) no ofrece un modelo de defensa adecuada, que a lo sumo se puede deducir de forma parcial por oposición a las infracciones que contiene. Podría suponer un avance en este sentido el Proyecto de Ley Orgánica del Derecho de Defensa²⁰, cuyo art. 8, epigrafiado «*Derecho a la calidad de la asistencia jurídica*», destaca como rasgos nucleares del derecho de defensa la accesibilidad y la calidad de la asistencia letrada. Está por ver si esa doble exigencia tiene incidencia práctica o queda en mera proclama.

¹⁴ STC 199/2003, de 10 de noviembre.

¹⁵ STC 339/2005, de 20 de diciembre.

¹⁶ La STC 18/1995, de 24 de enero, coloca en el ámbito de la infracción del derecho a la defensa letrada el defecto de emplazamiento en un recurso de casación que da lugar a la incomparecencia de la parte y al consiguiente nombramiento de abogado y procurador de oficio según la regla del art. 881 LECrim. La afectación al derecho se da desde el momento en que se priva a la parte a nombrar un letrado de su elección, sin que sea necesario analizar si la defensa fue adecuada –que no lo fue, como se añade a modo de *obiter dictum*–.

¹⁷ STC 47/2003, de 3 de marzo.

¹⁸ El derecho a la autodefensa está previsto en el art. 6.3 c) CEDH, con lo cual, pese al silencio del art. 24.2 CE, también tiene un lugar en nuestro sistema de garantías procesales por la vía del art. 10.2 CE. Así lo reconoce de forma explícita la STC 29/1995. En el ámbito penal español, la autodefensa es posible en el procedimiento para el enjuiciamiento de los delitos leves con penas no superiores a los seis meses (art. 967 LECrim).

¹⁹ Es el caso de la STC 65/2007, de 27 de marzo, en que el Juzgado de Instrucción limita de forma excesiva, con argumentos formalistas, la actuación de un acusado que se defendía a sí mismo en un delito de faltas. Ahora bien, debe señalarse que aquí el TC niega la vulneración de los derechos a la asistencia letrada y a la tutela judicial efectiva, que se hubieran infringido si el acusado hubiera solicitado abogado y no se le hubiera nombrado. La Sentencia señala que se da una «*limitación de los derechos de defensa de la parte en un proceso con todas las garantías, limitación proscrita en el art. 24.2 CE*», para acabar declarando vulnerado, en el fallo, el «derecho de defensa del art. 24.2 CE». En idénticos términos SSTC 12/2006, de 16 de enero; 93/2005, de 18 de abril; 143/2001, de 18 de junio.

²⁰ Proyecto de Ley 121/000006, Proyecto de Ley Orgánica del Derecho de Defensa, BOE de 2 de febrero de 2024.

En cualquier caso, el Proyecto no incluye una definición de lo entiende por asistencia accesible y de calidad.

Aquí puede servirnos de apoyo, hasta cierto punto, la doctrina norteamericana asentada a partir de la sentencia *Strickland v. Washington*, de 1984²¹. Según el Tribunal Supremo norteamericano, el justiciable que alegue una defensa inefectiva debe demostrar dos cosas: primero, que la actuación de su letrado fue irrazonable desde el punto de vista de las normas profesionales imperantes; luego, que tal actuación resultó en un perjuicio concreto²². Sin embargo, esta doble exigencia se ha demostrado difícil de alcanzar, pues los tribunales parten de la «fuerte presunción» de que el abogado actuó con diligencia²³, lo que dificulta alcanzar ya el primero de los requisitos²⁴.

En cualquier caso, la práctica judicial norteamericana nos ofrece algunos ejemplos de defensa inadecuada²⁵: instar al cliente a aceptar su culpabilidad asegurándole que recibirá una pena menor de la que realmente se le va a imponer—o, al revés, decirle que si decide ir a juicio se enfrentará a una pena mucho mayor de la posible²⁶—; evidenciar un total desconocimiento de la ley; no disponer de tiempo suficiente para preparar la defensa como consecuencia de una designación tardía; o estar incurso en conflicto de intereses.

Parecen todos ellos ejemplos perfectamente exportables. Y así lo entiende la reciente STS 383/2021, de 5 de mayo, que advierte —hasta donde alcanzo, por primera vez en nuestra jurisprudencia²⁷— el problema de la ausencia de estándares de diligencia, y plantea la posibilidad de acoger el doble requisito exigido por *Strickland* aprovechando, de paso, la casuística de su aplicación para ir elaborando un modelo de eficacia: «*para pretender la reparación en segunda instancia -apelativa o casacional- debe exigirse a la parte, tanto una razonable acreditación de las concretas condiciones en las que se desarrolló la ineficaz asistencia letrada en la instancia, como la formulación de un pronóstico mínimamente consistente de su proyección en el fallo. En particular, de que los déficits de defensa técnica impidieron que el tribunal de instancia pudiera tomar en cuenta potenciales defensas materiales o probatorias especialmente significativas*». Está por ver si esta línea se consolida.

²¹ Ver nota 5.

²² El *prejudice* podríamos identificarlo con la «incidencia en el fallo» que requiere cualquier alegación sobre indefensión, como se verá en el capítulo siguiente.

²³ *Strickland* (466 US 690) lo expresa en estos términos: «counsel is strongly presumed to have rendered adequate assistance and made all significant decisions in the exercise of professional judgment».

²⁴ HESSICK, C.B., «Ineffective Assistance of Counsel,» *Boston College Law Review*, 2009, vol. 50, pp. 1069-1123. La autora reseña varios casos en que no se calificó como defensa inadecuada que el abogado aceptara la culpa de su cliente, que permaneciera en silencio durante todo el proceso, que no realizara el alegato final, que se quedara dormido durante el juicio, que representara a su cliente en estado de ebriedad o bajo los efectos de las drogas, o que abogara por la pena capital para su defendido.

²⁵ FINER, J. J., «Ineffective Assistance of Counsel,» *Cornell Law Review*, 1972-1973, vol. 58, núm. 6, pp. 1077-1120.

²⁶ Debe recordarse que en la práctica judicial penal estadounidense el *plea bargaining* es la forma habitual de cerrar los procesos. A diferencia de España, la investigación y la aportación de prueba corre, en gran medida, a cuenta del justiciable, algo que aprovechan los fiscales para presionar —en muchas ocasiones rayando la coacción— en las negociaciones. No sorprende que los *public defenders*, habitualmente abogados mal pagados, muy sobrecargados de trabajo y cuyos clientes no cuentan con medios para afrontar los gastos del proceso, fueren las admisiones de culpabilidad. De hecho, como hemos visto, la doctrina *Strickland* nació precisamente para mitigar las consecuencias negativas del sistema de defensa pública.

²⁷ No es casualidad que el ponente sea Javier Hernández García, uno de los magistrados con un conocimiento más profundo de la doctrina norteamericana.

3. Fundamento constitucional de la interdicción de la defensa inefectiva

3.1. Del derecho a la asistencia letrada al derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE)

Hemos dicho antes que, en opinión del TC, el derecho a la asistencia letrada del art. 24.2 CE se supedita al derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del art. 24.1 CE. En palabras de SANTOS VIJANDE, «el art. 24.2 CE consagra unos derechos que preservan institucionalmente un valor constitucional irrenunciable: la prohibición de que se pueda producir indefensión»²⁸. Ello nos lleva a concluir que el fundamento último del derecho a la defensa efectiva hay que encontrarlo en este segundo derecho.

Es preciso, pues, intentar una aproximación conceptual al derecho a la tutela judicial efectiva en general y al derecho a no sufrir indefensión en particular. No es tarea fácil, pues las especiales características de las normas constitucionales las hacen refractarias a una determinación completa de su contenido en el propio texto de la Constitución²⁹. Ha sido la labor del TC la que ha permitido la concreción del derecho a la tutela judicial efectiva³⁰, dotándolo de contenido: libertad de acceso al proceso, derecho de defensa, derecho a obtener una resolución motivada³¹ y fundada en derecho³² sobre el fondo de la pretensión³³ o, excepcionalmente, una resolución igualmente motivada que acuerde la inadmisión³⁴. También integran la tutela efectiva el derecho al recurso³⁵ y a la ejecución de las resoluciones³⁶, así como a la intangibilidad de estas³⁷.

²⁸ SANTOS VIJANDE, J.M, La intervención forzosa de abogado y procurador en el juicio verbal del automóvil. Límites legales y constitucionales de la autodefensa, Madrid, 1997, p 332.

²⁹ La doctrina, además, propone grados de distinción *dentro* del propio derecho. Por ejemplo, Chamorro Bernal distingue entre derecho fundamental cualificado y mero derecho fundamental a la tutela judicial efectiva para deslindar los espacios protegidos por el recurso de amparo constitucional de aquellos que son de competencia exclusiva de la jurisdicción ordinaria. (CHAMORRO BERNAL, F., *La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución*, Barcelona, 1994, pp. 349 ss.)

³⁰ Parece más acertado definir la labor del TC de creadora que de intérprete de la intención del legislador constituyente, que no pareció muy preocupado por imaginar un contenido específico para el derecho. Así queda patente en los entresijos del debate constitucional, en que el cambio de la dicción original «derecho al acceso para la tutela» por «tutela judicial efectiva», conceptos ni mucho menos equivalentes, obedeció a una cuestión meramente lingüística, como recuerda Chamorro Bernal. (CHAMORRO BERNAL, F. op. cit. p. 8).

³¹ SSTC 60/2008, de 26 de mayo; 102/2014, de 23 de junio o 101/2015, de 25 de mayo. Motivación que deberá ser reforzada cuando esté en juego la libertad del justiciable: SSTC 63/2001, de 17 de marzo; 163/2002, de 16 de septiembre y 43/2008 133/2022, de 24 de octubre.

³² Hay que recordar que la aplicación de la normativa sustantiva es una cuestión de legalidad ordinaria y no goza de protección constitucional por la vía del recurso de amparo salvo en aquellos casos en los que se den afectaciones en otros derechos fundamentales sujetos a protección o bien en que la norma aplicada carezca patentemente de validez o no sea la adecuada, si bien es una cuestión no exenta de polémica (ver STC 66/1982, de 12 de octubre).

³³ SSTC 50/1982, de 15 de julio, 158/1987, de 20 de octubre, 206/1987, de 21 de diciembre.

³⁴ SSTC 69/1984, de 11 de junio; 28/2009, de 26 de enero y 83/2016, de 28 de abril.

³⁵ El derecho al recurso no está previsto de forma específica en el complejo del art. 24, pero la doble instancia penal se integra en nuestro ordenamiento interno por la vía del 10.2 CE, que lleva a incorporar el art. 14.5 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 2º del Protocolo 7º del CEDH. Es, por tanto, un derecho de configuración legal que se integra con la específica regulación del concreto medio de impugnación y que una vez establecido, debe interpretarse de conformidad con el propio art. 24 CE (SSTC 201/2002, de 12 de noviembre; 48/2008, de 11 de marzo y 201/2012, de 12 de noviembre).

³⁶ CHAMORRO BERNAL, F. op. cit. p. 13 y STC 23/1982.

³⁷ SSTC 23/1994 y 23/1994.

Estamos ante un derecho predominantemente formal³⁸ e instrumental, pues sirve a un objeto específico: la obtención de una resolución motivada y fundada en Derecho, sin que el acierto de ésta quede garantizado; prestacional y de configuración legal, en la medida en que no es ejercitable directamente a partir de la Constitución, sino solo por los cauces que el legislador establece³⁹; de realización gradual y progresiva, dado que se va perfeccionando a lo largo de las correlativas fases del proceso⁴⁰; y, por ello, de contenido múltiple, integrado por las garantías correspondientes a cada uno de los momentos del *iter* procedimental⁴¹.

a. *La interdicción de indefensión (art. 24.1.II CE): concepto*

La efectividad de la defensa es un elemento indispensable para preservar un componente esencial de la tutela judicial efectiva: la prohibición de indefensión. Volvemos a toparnos con un derecho de contornos algo difusos⁴²: la doctrina lo ha definido como un derecho de configuración legal, articulado por todos los trámites recogidos en las normas procesales que permiten al justiciable defender sus intereses⁴³, consistente en no sufrir en el seno del proceso una privación o limitación de las posibilidades esenciales del derecho de defensa (alegación y prueba) a lo largo del mismo o de cualquiera de sus fases o incidentes, siempre que tal privación acarree un perjuicio efectivo y definitivo a los derechos e intereses sustantivos del justiciable y que dicho resultado no le sea imputable a quien lo alega⁴⁴. De ahí que la jurisprudencia lo conciba como una formulación negativa del derecho de defensa⁴⁵.

b. *¿Indefensión formal e indefensión material?*

De tal concepción del derecho se desprende que no toda infracción procedimental produce una indefensión constitucionalmente relevante pues, como acabamos de ver, indefensión es solo la limitación de las posibilidades *esenciales* de defensa, que además cause un perjuicio *efectivo y definitivo*. Ello ha llevado a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a acuñar el concepto de *indefensión material*, por oposición a la *indefensión formal*⁴⁶, que englobaría las infracciones procesales de menor trascendencia. Esta distinción viene siendo cuestionada desde hace tiempo por la doctrina⁴⁷, que ve en ella una parapeto para permitir un mayor margen de arbitrariedad en la decisión judicial.

Bajo mi punto de vista, el problema se evitaría con no separamos del concepto de indefensión que hemos visto antes. La indefensión es la *consecuencia* de la vulneración procesal, no la

³⁸ CHAMORRO BERNAL, F. op. cit. p. 356.

³⁹ STC 158/1987, de 20 de octubre.

⁴⁰ CHAMORRO BERNAL, F. op. cit. p. 356.

⁴¹ *Ibid.*, p. 358.

⁴² DIEZ PICAZO GIMÉNEZ, I. (con BORRAJO INIESTA, I., y FERNÁNDEZ FARRERES, G, op. cit., p. 100); YÉLAMOS BAYARRI, E., *Nulidad Procesal y comunicaciones judiciales fallidas*, Barcelona, 2006, p. 176.

⁴³ SERRANO HOYO, G., *La prohibición de indefensión y su incidencia en el proceso*, Granada, 1997, p. 13.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ SSTC 48/1984, de 4 de abril; 156/1985, de 15 de noviembre; SSTS 245/2012, de 27 de marzo; 485/2012, de 13 de junio.

⁴⁶ SSTC 47/2002 de 15 de julio; 168/2002 de 30 de septiembre; 43/2003 de 3 de marzo o 107/2003 de 2 de junio.

⁴⁷ Serrano Hoyo hace un compendio de ella (SERRANO HOYO, G., op. cit. p. 346). También Yélamos Bayarri (YÉLAMOS BAYARRI, E., op. cit. pp. 202-203) y Santos Vijande (SANTOS VIJANDE, J.M, op. cit. p. 310 ss.)

vulneración en sí misma. Esto es, toda indefensión es fruto de una infracción de la normativa procesal, pero no toda infracción procesal da lugar a indefensión. Dicho de otro modo: una contravención de la normativa del procedimiento puede limitar decisivamente la defensa o no hacerlo. Si lo hace, habrá indefensión. Si no lo hace, habrá una mera infracción procesal, un defecto de forma, pero no indefensión. Llamar a lo primero *indefensión formal* solo contribuye a generar confusión.

c. *¿Necesidad de incidencia en el fallo?*

En ocasiones, este debate se confunde con el relativo a si la indefensión debe tener incidencia o no en el fallo para que pueda combatirse procesalmente y, yendo más allá, si el concepto de indefensión integra ya tal incidencia⁴⁸.

Me inclino por dar una respuesta positiva a la primera cuestión y una respuesta negativa a la segunda, aunque ello suponga ahora cuestionar la definición doctrinal clásica de indefensión. Hay que distinguir lo que es propio de la indefensión (la limitación del derecho de defensa) de las consecuencias materiales que pueden derivarse de tal limitación (la incidencia o no en el fallo). De este modo, puede darse una indefensión evidente que no tenga consecuencia negativa alguna, por ejemplo, porque el fallo le sea favorable a quien la sufrió. Y, según lo que aquí defendemos, si se produce una limitación sustancial al derecho de defensa, seguirá existiendo indefensión. Que el afectado por el vicio no tenga derecho a recurrir no es consecuencia de que no sufriera tal indefensión, sino de la ausencia de gravamen⁴⁹. Son cosas distintas y no deben confundirse. Por ello, entiendo que debe quedar fuera del concepto de indefensión la necesidad de un «*perjuicio efectivo y definitivo a los derechos e intereses sustantivos del justiciable*». El perjuicio efectivo y definitivo constituye el gravamen necesario para recurrir. Podrá ser uno de los resultados de la indefensión, pero no es la indefensión misma.

La cuestión no tiene más trascendencia que la conceptual, pues nadie recurre un fallo favorable aunque en algún momento se le limitara el derecho de defensa. El problema práctico es más bien otro: el de acreditar la conexión causal entre la indefensión y el fallo. Lo que supone demostrar que este resultó más gravoso que el que se habría dado de no producirse el vicio. Un juicio de conjeturas⁵⁰ de difícil solución⁵¹, y que coloca al órgano *ad quem* en la posición de tener que entrar a valorar el fondo del asunto, algo complicado para un tribunal que no goza de inmediación⁵², y completamente vedado al Tribunal Constitucional (art. 44.1.b LOTC), que es el que está llamado a amparar el derecho en última instancia⁵³. Pongamos como ejemplo una

⁴⁸ Algo que parece apuntar el propio TC, por ejemplo, en la STC 48/1984, de 4 de abril, cuando afirma que «tampoco hay indefensión si a quien interviene en un proceso se le limitan los medios de alegación y de prueba de forma no sustancial para el éxito de las pretensiones que mantiene».

⁴⁹ SANTOS VIJANDE, J.M, op. cit. p. 310 ss.

⁵⁰ De similar opinión son RICHARD GONZÁLEZ, que rechaza condicionar la indefensión padecida a la valoración del resultado de fondo (RICHARD GONZÁLEZ, M., *Tratamiento procesal de la nulidad de actuaciones*, Cizur Menor, 2008, p. 64), y DE LA OLIVA SANTOS, citado por SERRANO HOYO (SERRANO HOYO, G., op. cit. p. 323).

⁵¹ Algo que es también objeto de preocupación en la doctrina procesal estadounidense en lo concerniente al *ineffective assistance of counsel* (KLEIN, R. op. cit. p. 1478).

⁵² Comparto, hasta cierto punto, las reticencias sobre la necesidad de inmediación en el juicio de revisión del *factum* que, entre otros, han expuesto autores como NIEVA FENOLL. (NIEVA FENOLL, J. «Inmediación y valoración de la prueba: el retorno de la irracionalidad», *Civil Procedure Review*, 2003, v.3, n.1: 3-24, enero-abril.)

⁵³ SERRANO HOYO, G., op. cit., p. 296. En el mismo sentido, Díez PICAZO (DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, I., con BORRAJO INIESTA, I., y FERNÁNDEZ FARRERES, G. op. cit., p. 116).

indefensión causada por la inadmisión indebida de un medio de prueba testifical. ¿Cómo puede demostrar el justiciable que la sentencia le habría sido favorable de comparecer el testigo preterido? A lo más que puede aspirar es a intuir el sentido de su declaración, pero no puede saber si hubiese cambiado el parecer del juez.

De todos modos, lo cierto es que los tribunales exigen que la indefensión haya repercutido de forma negativa en el fallo⁵⁴, con lo que resulta imprescindible encontrar formas de determinar cuándo es así⁵⁵. En este sentido, SERRANO HOYO apunta que debe bastar la duda de que lo que no se permitió alegar o probar tendría eficacia para la resolución de la controversia en favor de los intereses del afectado por la infracción procesal⁵⁶. Trasladándolo a las alegaciones sobre defensa inadecuada, el Tribunal Supremo afirma que basta *«el pronóstico razonable de que la defensa ineficaz ha podido influir significativamente en el sentido y alcance de lo decidido en la sentencia condenatoria en perjuicio de la persona acusada»*⁵⁷.

d. La indefensión debe proceder de los tribunales y no debe ser achacable a la parte

Por último, la indefensión con trascendencia constitucional debe proceder de una infracción del órgano jurisdiccional y no debe ser consentida por la parte ni atribuible a su falta de diligencia. Aquí se pueden generar algunas dudas en lo relativo a la defensa inefectiva, pues al fin y al cabo, quien causa el vicio es el representante legal de la parte, precisamente por negligencia o impericia. La respuesta conecta con lo que vimos al principio: si bien quien causa la lesión en primera instancia es el letrado del justiciable (en sentido amplio «la propia parte»⁵⁸), es el tribunal el que tiene el deber positivo de actuar cuando lo detecta⁵⁹. De esta forma, la responsabilidad de la indefensión se transfiere al órgano jurisdiccional⁶⁰ que, siendo consciente de la afectación o del desequilibrio, no hace lo suficiente por remediarlo⁶¹. Volveremos a ello más adelante.

⁵⁴ SSTC 366/1994, de 13 de diciembre.

⁵⁵ Díez PICAZO pone de manifiesto las distintas situaciones del juicio de incidencia, que van desde la certeza de la no incidencia a la seguridad de la incidencia, con los problemáticos espacios grises entre uno y otro punto. Con fundamento en la imposibilidad de revisión fáctica del TC, este autor aboga por apreciar indefensión en abstracto, sólo ante supuestos de certeza de no incidencia, una operación que consistiría *«en descartar la indefensión sólo cuando el medio de defensa preterido es objetiva y abstractamente inidóneo para el fin propuesto o cuando haya sido tenido en cuenta por el juzgador a través de las alegaciones y pruebas de otra parte»* (DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, I. con BORRAJO INIESTA, I., y FERNÁNDEZ FARRERES, G, op. cit., 116)

⁵⁶ Y ello con independencia de que finalmente el fallo sea el mismo o no (SERRANO HOYO, G., op. cit., p. 309).

⁵⁷ STS 383/2021, de 5 de mayo.

⁵⁸ Ver los matices al respecto de esta cuestión en 5.2.a.

⁵⁹ Véanse todas las sentencias del TEDH citadas, pero también la jurisprudencia del TC. Por ejemplo, SSTC 1/2007, de 15 de enero; 258/2007, de 18 de diciembre o 179/2014, de 3 de noviembre. Véase asimismo la STS 383/2021, de 5 de mayo, que lo expresa en estos términos: *«(...) la autonomía y la libertad de defensa no pueden impedir toda posibilidad de escrutinio sobre su nivel de adecuación a los fines constitucionales a los que debe servir. Muy en particular, si el defensor, cualquiera que sea su fuente de designación, cumple con las obligaciones profesionales que le incumben a la luz de las circunstancias del caso. Cabe, por tanto, apuntar un doble nivel de control: primero, el del cumplimiento de las obligaciones profesionales previstas en las normas procesales; segundo, el del grado de adecuación técnica de la actividad desarrollada a los fines de defensa»*.

⁶⁰ Así lo constata la recién citada STS 383/2021, de 5 de mayo, *«[d]icha doctrina no puede cerrar la vía a la denuncia apelativa o casacional de la defensa ineficaz. Si el desinterés, negligencia, error técnico o impericia de los profesionales designados de oficio para asegurar la defensa adecuada, la vacían de todo contenido material, no puede excluirse el efecto indefensión constitucionalmente proscrito en la medida en que, en estos supuestos, es el propio Estado, como nos recuerda el TEDH, el que asume una obligación positiva de salvaguarda»*.

⁶¹ SERRANO HOYO, G., op. cit., p. 253.

3.2. ¿El derecho a un proceso con todas las garantías? (art. 24.2 CE)

En ocasiones el TC vincula el derecho a la asistencia de letrado con el derecho a un proceso con todas las garantías, también recogido en el art. 24.2 CE⁶². Ello plantea la duda de si este último derecho tiene un ámbito de protección específico que pueda acoger la interdicción de la defensa inefectiva. La respuesta, a mi criterio, debe ser negativa. Más allá de su uso por los operadores jurídicos como cláusula de estilo, a modo de apoyo o quizás con un cierto ánimo de emular el *due process* anglosajón o el proceso equitativo del CEDH⁶³, el derecho a un proceso con todas las garantías funciona como cláusula residual de constitucionalización de otras garantías procesales que no aparecen de forma explícita en la Constitución⁶⁴, que se construye de forma negativa y excluyente respecto de las que sí lo están⁶⁵. Así, mientras existan garantías explícitas que amparen la efectividad de la defensa, no tiene sentido que ésta se vehicule a través del citado derecho.

3.3. La relación entre los derechos del art. 24.1 y del 24.2 CE

Debe advertirse que nuestro análisis parte de la concepción de los derechos expuesta más arriba, que hasta donde alcanzamos goza de un consenso generalizado en la doctrina y –quizás en menor medida– en la jurisprudencia. Se dice esto porque «tutela efectiva», «indefensión» y «proceso con todas las garantías» son conceptos jurídicos con un alto grado de indeterminación y que se prestan a varias interpretaciones, tanto técnicas como coloquiales. Es fácil caer en la trampa de afirmar que a quien no se le permite el acceso al proceso se le causa indefensión, o que una justicia tardía es una tutela inefectiva, pues no deja de ser cierto en el sentido natural del lenguaje. Pero desde un punto de vista técnico no lo es, al menos si nos ajustamos a las definiciones anteriores.

Sentado esto, volvamos a nuestro examen. Seguramente por la comentada indeterminación, doctrina y jurisprudencia se encuentran con dificultades al intentar establecer las fronteras entre los derechos del artículo 24 CE⁶⁶. Más allá del interés teórico que pueda suscitar la cuestión, la conclusión a la que lleguemos tiene repercusiones prácticas: por poner un ejemplo, la fundamentación de la demanda de amparo en la violación de un derecho cuando el afectado era otro puede conllevar su inadmisión ex art. 49.1 LOTC⁶⁷. Es necesario, por tanto, precisar algo más la distinción entre los derechos que hemos ido mencionando.

Alguna doctrina ha visto la tutela judicial efectiva como una abrazadera del resto de los derechos del art. 24 CE⁶⁸, a modo de continente vacío. También se le ha dotado de un contenido limitado,

⁶² SSTC 339/2005, de 28 de febrero; 143/2001, de 18 de junio; 12/2006, de 16 de enero o 61/2007, de 26 de marzo.

⁶³ CALDERÓN CUADRADO, M.P. «El derecho a un proceso con todas las garantías (aspectos controvertidos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional)», *Cuadernos de derecho público*, 2000, núm. 10, mayo-agosto, p. 163.

⁶⁴ SERRANO HOYO, G., op. cit., p. 150

⁶⁵ CALDERÓN CUADRADO, M.P., op. cit. p. 160

⁶⁶ YÉLAMOS BAYARRI, E., op. cit. p. 176

⁶⁷ CHAMORRO BERNAL, F. op. cit. p. 8.

⁶⁸ Esta es la posición de GONZÁLEZ PÉREZ, citado por CHAMORRO BERNAL, con la salvedad que hace el autor en la nota 2. (CHAMORRO BERNAL, F. op. cit. p. 370).

que se circunscribiría al derecho de acceso⁶⁹. De la misma forma, se ha sostenido que tutela y no indefensión son la misma cosa, que la tutela está incluida en un genérico y más amplio derecho a no sufrir indefensión⁷⁰ o, al contrario, que este último queda integrado en aquélla.

Sin perjuicio de las distintas posiciones doctrinales, el consenso generalizado es que la tutela judicial efectiva no es un derecho genérico en el que subsumir el resto de los derechos del art. 24 CE⁷¹, sino un derecho con el contenido autónomo concreto ya examinado, esto es: derecho de acceso, derecho de defensa y derecho a obtener una resolución fundada y ejecutiva. Lo cual no quiere decir que sea un compartimento estanco, pues a veces se dan puntos de conexión entre los derechos del art. 24.1 CE y los del art. 24.2 CE. Baste el ejemplo antes citado del derecho a la asistencia letrada del art. 24.2 CE: cuando el Estado niega a un ciudadano la elección de abogado y le proporciona un abogado de oficio ineficaz cuyo desempeño afecta negativamente a su suerte procesal, está afectando al mismo tiempo el citado derecho, en sus dos vertientes –subjetiva y objetiva– y la tutela judicial efectiva sin indefensión, pues, precisamente, se produce una merma del derecho de defensa. Pero no siempre es así: en el mismo caso, si el desempeño del letrado de oficio y del órgano jurisdiccional son exquisitos, se vulnera el derecho a la asistencia letrada en su vertiente subjetiva pero no la tutela judicial efectiva. Algo que no podría suceder si la tutela judicial efectiva actuara como derecho genérico o *derecho-continente* del resto de garantías, en cuyo caso, toda infracción del art. 24.2 lo sería también del 24.1.

También hay acuerdo en afirmar que la relación entre el derecho a la tutela judicial efectiva y la prohibición de indefensión es la que hay entre el todo y la parte: el derecho de defensa forma parte de la tutela⁷². De modo que toda indefensión es una falta de tutela efectiva, pero no toda tutela inefectiva da lugar a indefensión⁷³. Pongamos como ejemplo el de un tribunal que, por lo que fuere, no ejecuta una sentencia firme, habiendo sido el proceso ejemplar hasta llegar a ese punto. El ciudadano no ha sufrido ninguna limitación en sus posibilidades de alegación y prueba, por lo que su derecho de defensa no se ha visto afectado, pero mientras no se ejecute la resolución, no se le estará garantizando una tutela efectiva.

También el derecho a no sufrir indefensión, pese a su autonomía, enlaza a menudo con los derechos del art. 24.2 CE. De hecho, algunos de éstos funcionan como parcelas del derecho de defensa, o como instrumentos a su servicio⁷⁴. Por ejemplo, el derecho a ser informado de la acusación opera como presupuesto indispensable del ejercicio del derecho de defensa⁷⁵ (uno no puede defenderse si no sabe de lo que se le acusa). También el derecho a la prueba⁷⁶ es uno de sus rasgos esenciales⁷⁷. De la misma forma, como hemos visto, el derecho a la asistencia letrada

⁶⁹ MATEU ROS CEREZO o REYES MONREAL, también citados por CHAMORRO BERNAL (CHAMORRO BERNAL, F. op. cit. pp. 372 y 373).

⁷⁰ PRIETO CASTRO citado por SERRANO HOYO (SERRANO HOYO, G., op. cit., p. 123), también STC 109/1985, de 8 de octubre.

⁷¹ STC 89/1985, de 19 de julio.

⁷² En contra, PICÓ I JUNOY separa ambos derechos. PICÓ I JUNOY, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, 2012, pp. 57 y 111.

⁷³ CHAMORRO BERNAL, F. op. cit. p. 131.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 123

⁷⁵ SERRANO HOYO, G., op. cit., p. 131

⁷⁶ CHAMORRO BERNAL, no obstante, considera que hay vulneraciones del derecho a la prueba que pueden afectar al art. 24.2 CE sin producir necesariamente la indefensión del 24.1 CE. (CHAMORRO BERNAL, F. op. cit. p.124).

⁷⁷ SERRANO HOYO, G., op. cit. p. 139

es instrumental al derecho de defensa, pues es una de las formas en que ésta se puede ejercer o, en el caso concreto, se *debe* ejercer, para que resulte efectiva⁷⁸. Pero no siempre es el caso del resto de los derechos del art. 24.2, que pueden ser vulnerados sin provocar indefensión⁷⁹.

Por último, destaca en la jurisprudencia una tendencia a dotar de fuerza expansiva al derecho a no padecer indefensión, que empieza a erigirse más en un criterio interpretativo de todo el ordenamiento procesal⁸⁰ que en un derecho con un contenido cerrado⁸¹. Ello parece deberse a la especial posición que la Constitución le otorga como primera garantía procesal constitucionalizada⁸² y a la proclamación de su carácter absoluto («*sin que en ningún caso*»).

4. Tratamiento procesal de la defensa inefectiva en el ámbito del proceso penal

Consecuencia de que la defensa letrada defectuosa afecte al derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión es que su tratamiento procesal deba ser, en términos generales, el de la nulidad con retroacción al momento previo a la lesión, articulable por medio de los recursos establecidos siempre que no haya un medio más específico en la ley (240.1 LOPJ) o bien por la vía *amplia* del art. 240.2 LOPJ. Todo ello, claro está, sin ignorar las posibilidades de que los órganos jurisdiccionales se percaten de la defensa inadecuada en un momento en el que aún no ha causado efectos insubsanables, en cuyo caso pueden articular otras soluciones, como instar la sustitución del letrado. Empecemos por ésta.

4.1. Sustitución del letrado en fase de instrucción

Lo habitual es que la negligencia del letrado se ponga de manifiesto en el marco de un recurso devolutivo con ocasión de la denuncia de un profesional distinto al que la causó pues, salvo que aquélla sea grosera, suele pasar inadvertida o bien caer dentro del margen de libertad de ejercicio. Ahora bien, si la falta de diligencia se detecta durante la fase de instrucción, nada impide que el investigado pueda renunciar a su letrado o que el juez, de oficio, pueda instar a su sustitución. Esta facultad sólo podría ejercerse de forma excepcional y en casos en que la dejadez del letrado sea flagrante, y siempre ponderando los derechos del justiciable y los principios de libertad e independencia propios de la actuación del abogado⁸³. Adviértase que la posibilidad del juez de sustituir a un letrado no está prevista en la ley, con lo que debe contemplarse como un remedio *sui generis* basado, de forma amplia, en el deber positivo de los órganos del Estado de tutelar el contenido esencial del art. 24.1 CE.

⁷⁸ SANTOS VIJANDE, J.M, op. cit. p. 303.

⁷⁹ YÉLAMOS BAYARRI, E., op. cit. p. 179.

⁸⁰ Almagro Nosete, citado por Yélamos Bayarri (YÉLAMOS BAYARRI, E., op. cit. p. 181.)

⁸¹ BLANCO PEÑALVER, A., en *Comentarios...* (RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M.E, op. cit. p. 780).

⁸² YÉLAMOS BAYARRI, E., op. cit. p. 180.

⁸³ Art. 1 EGAE.

4.2. Suspensión del juicio oral y declaración de nulidad por la Audiencia Provincial en trámite de cuestiones previas

Una vez que el proceso llega al órgano enjuiciador, pueden darse varias posibilidades. La primera, que la ineffectividad de la defensa se ponga de manifiesto durante la fase intermedia del procedimiento ordinario⁸⁴, en cuyo caso, sería aplicable lo dicho en el apartado anterior respecto a la posibilidad de instar la sustitución del letrado.

La segunda posibilidad consiste en que se detecte la ineffectividad de la asistencia ya en el acto del juicio, por ejemplo, porque el abogado se presente en estado de embriaguez⁸⁵ o porque el propio justiciable o su letrado pongan de manifiesto que una defensa adecuada no es posible⁸⁶. En este caso, la solución pasaría por suspender el juicio oral hasta que se resolviera la situación que daba lugar a la ineficacia, posibilidad vehiculable por la vía del art. 746.1º LECrim o, si ello no fuera posible, hasta que el acusado pudiera nombrar a otro letrado. El Juez o Tribunal debería extremar las cautelas para evitar maniobras fraudulentas o dilatorias, en cuyo caso debería actuar como dispone el art. 11 de la LOPJ.

La tercera hipótesis es que se ponga de manifiesto que la negligencia se viene arrastrando desde fases anteriores, ya sea porque así lo comunique el nuevo letrado en el trámite de cuestiones previas, o porque el órgano jurisdiccional se percate por sí mismo o a intimación del acusado. Pese a que esta situación es más peliaguda que la anterior, aún es posible encontrar una solución procesalmente ortodoxa. De entrada, debe constatarse que es cierto que el anterior letrado, con su impericia o negligencia, dejó al acusado en una situación de efectiva indefensión que no fue subsanada y que no pueda subsanarse en ese momento por el tribunal. En tal caso, deberá declararse la nulidad de lo actuado mientras duró el estado de indefensión. Por recuperar el ejemplo inicial, si el letrado debió solicitar diligencias propias de la fase instrucción esenciales para la defensa y no lo hizo, el Tribunal declarará la nulidad de la resolución que ponga fin instrucción, retro trayendo las actuaciones hasta ese punto, de manera que se puedan plantear las diligencias convenientes⁸⁷.

Ahora bien, un remedio como este, bajo mi punto de vista, solo puede darse cuando el órgano de enjuiciamiento es la Audiencia Provincial. Plantea muchas más dudas que un Juzgado Penal pueda ejercer funciones revisoras con respecto de lo actuado por un órgano sobre el que no tiene jerarquía funcional⁸⁸, por mucho que el art. 786.2 LECrim no haga distinciones al respecto.

⁸⁴ En el procedimiento abreviado, la fase intermedia tiene lugar ante el mismo Juzgado de instrucción.

⁸⁵ Parece inverosímil, pero se han dado ejemplos de ello en la jurisprudencia americana, que curiosamente, no han llevado a apreciar la doctrina de la *ineffective assistance*. (KLEIN, R., op. cit. p. 1448).

⁸⁶ Este segundo supuesto es el caso que resuelve la STS 649/2023, de 5 de noviembre. Pocos días antes del inicio del juicio oral uno de los acusados renunció a su letrado al percatarse de que existía un conflicto de intereses, pues este defendía también a una persona jurídica acusada, con estrategias incompatibles. La Audiencia Provincial designó a un abogado de oficio sin notificar al acusado, que se vio en el nuevo señalamiento sin haber podido reunirse con su defensor. Este advirtió de dicha circunstancia en el trámite de cuestiones previas y desplegó una defensa pasiva y genérica durante el resto del juicio, advirtiendo una y otra vez al tribunal de que no estaba en disposición de hacer otra cosa. Finalmente, el TS anuló la condena y ordenó repetir el juicio al considerar que el justiciable no había recibido una defensa efectiva.

⁸⁷ Esta es la solución que dio el Tribunal Supremo en la STS 1117/2009, de 11 de noviembre, que citábamos en la introducción.

⁸⁸ YÁÑEZ VELASCO, R., De la nulidad procesal a la anulación del Derecho procesal. Jueces legisladores y corrupción de legalidad, Madrid, 2019, p. 75.

4.3. Nulidad y subsanación en trámite de recurso

Ya en el trámite de recurso, caben dos opciones: que la negligencia del letrado sea subsanable o que no lo sea. Ello nos conduce, de nuevo, a las dos sentencias citadas al inicio del trabajo. Si el conjunto de la actuación desplegada por el abogado resulta en una indefensión total y absoluta para su cliente, como sucedió en el caso resuelto por el TS, no cabe subsanación alguna⁸⁹, y debe retornarse el procedimiento al órgano de instancia, de forma que este garantice la presencia de un profesional que despliegue una defensa real. En cambio, en un supuesto similar al resuelto por el TSJC, en el que no se aportó una prueba esencial en el juicio por dejadez del letrado, aún sería posible la subsanación por la vía de la práctica de prueba en segunda instancia (art. 790.3 LECrim)⁹⁰.

Debe repararse en algo: en el caso resuelto por el TS, la indefensión tuvo origen jurisdiccional, pues se situó en la falta de reacción del Juzgado de Instrucción y la Audiencia Provincial ante el perjuicio evidente que causaba la negligencia del letrado. Pero en la sentencia del TSJC no fue así, dado que el mal asesoramiento sólo afloró cuando el nuevo letrado lo indicó, ya en fase de recurso, sin que pueda reprocharse nada al órgano de instancia. Desde este punto de vista, es una indefensión ajena a toda actuación jurisdiccional. Además, la admisión de la nueva prueba no se cohonestaba con ninguno de los supuestos habilitantes del 790.3 LECrim, pues ni fue prueba indebidamente denegada, ni admitida y no practicada, ni prueba que no se pudo proponer. Siendo todo cierto, creo que son obstáculos salvables y que fueron bien resueltos por el TSJ.

En lo que respecta a la posibilidad de introducir la prueba en apelación, es verdad que el supuesto no acaba de encajar del todo en el art. 790.3 LECrim. No obstante, considero legítimo interpretar extensivamente (y *pro reo*) el precepto y admitir la prueba, pues la alternativa es anular y repetir el juicio, y la ley aboga por la subsanación siempre que ésta sea posible (art. 790.2.II).

Así mismo, es cierto que la indefensión en este caso no se podía atribuir al órgano de instancia. Pero ello no es suficiente para que el tribunal revisor deje de actuar si la detecta, pues también este tiene la obligación de tutelar la efectividad de la asistencia letrada. Además, dejar pasar una indefensión manifiesta causada por un letrado con el pretexto de que no la causó un poder público es procesalmente antieconómico. Imaginemos que el TSJC, prisionero de esta idea, no hubiera hecho nada: sería entonces su propia omisión la que procedería de un órgano jurisdiccional y la que causaría indefensión, lo que desplazaría innecesariamente el debate a la casación.

⁸⁹ Más allá de que en el ámbito del recurso de casación las posibilidades de subsanar son prácticamente inexistentes por acción del art. 901.bis.a LECrim. Quizás el único supuesto que vendría a la mente es el vicio consistente en el error en la valoración de la prueba documental del art. 849.2º LECrim, descrito incorrectamente como infracción de ley probablemente para abstraerlo del mencionado tratamiento procesal de los quebrantamientos de forma.

⁹⁰ El principio de subsanación, general a todas las nulidades procesales (240.2 LOPJ), tiene su reflejo en sede de apelación penal en el art. 790.2.II LECrim: «Si en el recurso se pidiera la declaración de nulidad del juicio por infracción de normas o garantías procesales que causaren la indefensión del recurrente, en términos tales que no pueda ser subsanada en la segunda instancia...». Una de las formas de subsanación en este ámbito es la posibilidad de practicar prueba en segunda instancia sin tener que repetir el juicio (art. 790.3 LECrim).

5. La tutela de la defensa efectiva del letrado libremente designado

5.1. (Re)planteamiento de la cuestión

Llegados a este punto, es momento de dar respuesta a la pregunta planteada al inicio del presente trabajo: ¿es posible, en el proceso penal, tutelar de forma limitada y excepcional la efectividad de la defensa cuando quien la desarrolla es un profesional libremente designado? Bajo mi punto de vista y pese a lo dicho por el TC, sí debería resultar posible, y ello sin necesidad de alejarnos demasiado del marco teórico descrito.

5.2. Los obstáculos derivados de la doctrina del Tribunal Constitucional

No es descabellado que el abogado libremente designado sea quien perpetre alguna de las actuaciones que la jurisprudencia, cuando el abogado es de oficio, considera vulneradoras de derechos. Este es precisamente el caso examinado en la STC 91/1994, de 21 de marzo. Una persona condenada comunicó desde prisión al órgano enjuiciador su voluntad de recurrir en casación. Como quiera que el recurso no se acabó formalizando por la omisión de su representación letrada particular, se confirmó la sentencia. El TC denegó el amparo, concluyendo, de forma expresa, que la doctrina relativa a la defensa inefectiva generadora de indefensión no era aplicable a aquellos casos en que el letrado no es de oficio⁹¹. ¿Es correcta la solución del TC?

Se ha destacado el papel predominante del derecho a no sufrir indefensión, y precisamente sobre este derecho pivotan los tres grandes argumentos que maneja la sentencia para denegar el amparo. El Tribunal cita, en primer lugar, su doctrina relativa a negar la indefensión si ésta se debe a la negligencia o impericia de la parte que la alega. En segundo lugar, el TC considera que, dado que el art. 44 LOTC sólo permite amparar las vulneraciones de derechos fundamentales que proceden directamente del poder público, las únicas indefensiones merecedoras de protección son las que causa el letrado de oficio: *«las eventuales lesiones de derechos fundamentales resultantes de las relaciones entre el justiciable y su representante procesal no son amparables constitucionalmente por no ser atribuibles a un poder público»*. En tercer lugar, el Tribunal añade que la relación de confianza entre justiciable y letrado particular supone que este asume *«con todas sus consecuencias»* la defensa ante los tribunales, algo que no sucede cuando el abogado es designado de oficio. Examinemos los argumentos uno por uno.

a. La negligencia de la parte que alega indefensión como obstáculo para el reconocimiento del derecho

En el núcleo de la motivación del TC late su reiterada jurisprudencia relativa a que la indefensión, para encontrar amparo, no ha de haber sido provocada ni consentida por la propia parte⁹². Pero, ¿realmente es siempre así, como da a entender el Tribunal?

En términos generales sí, pero no en todas las ocasiones. Precisamente los supuestos de defensa inefectiva son perfecta muestra de ello, pues se concede el amparo aunque la indefensión

⁹¹ STC 91/1994, de 21 de marzo.

⁹² SSTC 109/2002, de 6 de mayo; 87/2003, de 19 de mayo; y 5/2004, de 16 de enero.

proceda del mal desempeño de la parte que lo alega. El hecho de que abogado y procurador sean nombrados de oficio no les resta la cualidad de representantes de la parte procesal, y aun siéndolo, su comportamiento negligente no cercena el reconocimiento de la indefensión, sino todo lo contrario, lo habilita. En la medida en que el TC admite tales excepciones, este argumento no puede ser acogido, salvo que se asuma una noción distinta de «parte» según si la postulación es pública o particular, de forma que el abogado de oficio y el justiciable sean partes distintas y, por el contrario, no lo sean el justiciable y el abogado particular, por una suerte de amalgama operada por la relación de confianza. Pero no me parece que quepa hacer tal distinción por su alto grado de artificialidad.

Bajo mi punto de vista, la solución pasa por no perder de vista cuáles son derechos fundamentales en juego y por valorar si, en el caso concreto, se produce una afectación a su contenido esencial. Esta es la visión de la ya citada STS 383/2021, que plantea, como norma general, que los costes de defensa derivados de errores o de actuaciones ineficaces deberán ser asumidos por la parte, pero *«siempre que no comprometan de forma irreductible y grave el núcleo constitucionalmente protegido del derecho al proceso justo y siempre, además, que las autoridades judiciales en caso de carencias manifiestas hayan permanecido pasivas en su deber de garantizar el derecho a una asistencia letrada eficaz»*⁹³. Teniendo esto en cuenta, es irrelevante que el letrado sea de oficio o particular, pues el parámetro a considerar es la afectación al contenido esencial del derecho, que es independiente de la forma de designación.

b. La actuación del letrado de oficio como vulneración procedente de un poder público

El segundo motivo es que la defensa inefectiva del letrado particular no es una vulneración atribuible a un poder público y, por ello, no es susceptible de amparo. Pero ¿acaso la impericia del abogado de oficio que causa indefensión sí lo es? Este parece ser el sentir del TC, pese a que no acabe de decirlo de forma expresa. A favor de esta tesis, ALONSO GARCÍA⁹⁴ llega a afirmar que si la indefensión se produce por un abogado de oficio, hay «suficiente intervención pública» para estimar violado el art. 24 por un poder del Estado, en la medida en que se imputa la violación al juez que nombró al abogado de oficio.

A mi modo de ver, esta construcción confunde el especial estatuto del abogado de oficio⁹⁵ con la exigencia de que la indefensión, en tanto que violación de derecho fundamental susceptible de amparo, proceda de un poder público, que son cosas distintas. En puridad, lo que el TC y el TEDH censuran no es el mal desempeño del abogado en tanto que prestador de un servicio público o en tanto que nombrado por un poder del Estado, sino la ausencia de tutela por parte de los tribunales ante una defensa manifiestamente inefectiva. Es ahí donde hay que situar el nacimiento de la indefensión, sin que sea necesario retrotraer la vulneración del derecho al momento del nombramiento del letrado de oficio por parte del juez o del Estado por medio de sus instituciones. Así pues, que el abogado sea de oficio o particular es indiferente, al menos al efecto de calibrar la procedencia de la vulneración, pues ésta siempre va a tener su origen en un poder público, el

⁹³ Es cierto que el TS se refiere al «derecho a un proceso justo», que no forma parte de nuestra Constitución, pero sí del CEDH. El ponente parece influido aquí por la metodología de análisis habitual en el TEDH, que suele valorar las vulneraciones de las garantías del art. 6.3 CEDH –incluyendo el derecho a la asistencia efectiva– en función de si afectan al derecho a un proceso justo y equitativo, ponderando globalmente las demás circunstancias del caso.

⁹⁴ Citado por Serrano Hoyo (SERRANO HOYO, G. op. cit. p. 259).

⁹⁵ Exposición de Motivos de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

órgano jurisdiccional que actúa con pasividad cuando debería salvaguardar los derechos del justiciable.

c. La relación de confianza como «licencia» para la ineffectividad de la defensa

Hemos visto también que el TC alude a la confianza propia de la relación entre el abogado particular y su cliente como motivo para desestimar algunas quejas por indefensión. Tal relación, se supone, no existiría en los supuestos de designación de oficio y, por ello, el TC reclama a los tribunales ordinarios «*un especial cuidado y protección de los particulares que se ven disminuidos en sus posibilidades efectivas de defensa en tales casos*»⁹⁶.

Parece discutible que la confianza que un ciudadano lego en Derecho tiene en su abogado sea motivo suficiente para que los tribunales no le puedan amparar en ningún caso ante actuaciones manifiestamente deficientes de este. Que deba soportar las consecuencias de la negligencia de su abogado por no detectarla con el tiempo suficiente para renunciar a la defensa o, simplemente, por no tener la capacidad de valorar su desempeño de forma crítica. Es incluso apresurada la presunción de la existencia de una relación de confianza. No hay diferencias relevantes en el caso del ciudadano que se enfrenta a la jurisdicción penal depositando su *confianza*, a veces en un puro acto de fe, en un abogado porque se lo ha recomendado un conocido, que en el de aquél que deja que sea la administración de justicia quien le facilite un profesional. No alcanzo a ver, en suma, por qué la supuesta confianza en el abogado debe operar siempre como cortapisa a la indefensión causada por este.

5.3. ¿Vuelta al derecho a la asistencia letrada?

Según lo expuesto, el distinto tratamiento que se da a la actuación defectuosa de un letrado según sea de oficio o de libre designación no puede sostenerse en los tres argumentos que emplea el TC con ocasión de su jurisprudencia sobre indefensión. La única forma en que cabría justificar tal diferencia, bajo mi punto de vista, pasaría por hacer el camino inverso al que recorre el TC y desconectar el derecho a la asistencia letrada de la tutela judicial efectiva sin indefensión.

Si asumimos que del derecho a la asistencia letrada del art. 24.2 CE nace la obligación del Estado de suministrar un abogado en determinados casos, y esa obligación, por indicación del TEDH, no finaliza con la mera designación, sino que implica también el deber de vigilancia sobre la efectividad de la defensa, tiene sentido que sólo se pueda vulnerar el derecho cuando el abogado que actúa de forma defectuosa sea, precisamente, el suministrado. Así, por expresarlo en categorías sustantivas, el Estado se sitúa en posición de garante de la eficiencia del desempeño del abogado que él mismo ha facilitado, pero no del resto⁹⁷.

Pero ello, como se ha dicho, requeriría reinterpretar el derecho a la defensa y a la asistencia letrada de forma restrictiva, desvinculándolo del derecho a no sufrir indefensión, algo que no parece coherente con la ya estudiada visión expansiva que el TC tiene del derecho y con su contenido esencial.

⁹⁶ STC 47/2003, de 3 de marzo.

⁹⁷ Habría espacio para la discusión si se repara en que el Estado es responsable de la formación de todos los abogados.

5.4. Recapitulación

Visto lo visto, no me parece que puedan acogerse los motivos que emplea el TC para rechazar el amparo al afectado por una defensa inefectiva de su abogado particular. Si pretende asentarse la efectividad de la defensa en el derecho a la tutela judicial sin indefensión, la cuestión debe analizarse bajo los parámetros del 24.1 CE. Deja entonces de tener sentido discriminar entre abogados de oficio y particulares, pues la indefensión puede proceder de ambos.

Pese a que no he querido ahondar sobre ello por no alejarme demasiado del objeto de este trabajo, el TC también añade en algunas de sus resoluciones que el justiciable, ante la pasividad o la falta de pericia de su abogado, cuenta con otros remedios jurídicos arbitrados para exigirles responsabilidades disciplinarias o patrimoniales⁹⁸. Frente a ello cabe señalar que son mecanismos de naturaleza y fines distintos. No es incompatible procurar una solución procesal en la instancia en la que se da la lesión con una posterior reclamación por los daños causados, ni con una denuncia al colegio de abogados. De hecho, es posible, e incluso preferible, que lo primero evite lo segundo. Además, difícilmente un resarcimiento económico compensará una estancia en prisión causada por la dejadez de un letrado.

Con todo, debe decirse que, a pesar de la doctrina jurisprudencial expuesta, ni el TEDH, ni el TC, ni el TS acaban de dar carpetazo definitivo a la posibilidad de que las autoridades intervengan también en caso de actuación deficiente del letrado libremente designado, muy especialmente en el ámbito penal. Así por ejemplo el TEDH dijo en su Sentencia Güveç c. Turquía, de 20 de enero de 2009 que, a pesar de que en el supuesto planteado el letrado negligente no había sido nombrado de oficio, las circunstancias del caso imponían su sustitución para asegurar la defensa del acusado. También el TC ha manifestado en alguna ocasión que debe valorarse la cuestión «*sin que puedan admitirse reglas procesales diferenciadas en función de que la representación y defensa sea de libre designación o lo sea de oficio*»⁹⁹, o ha empleado expresiones como (el resaltado es mío) «*corresponde a los órganos judiciales velar por evitar la indefensión del justiciable en el proceso penal, especialmente en los casos en que la dirección y representación se realiza mediante la designación de oficio*¹⁰⁰» o «*sin que en principio pueda dársele trascendencia constitucional a esa posible negligencia de su representante*». Mas allá de que puedan ser simples cláusulas de estilo, denotan también que la puerta no está del todo cerrada. También el TS ha expresado en su STS 383/2021, de 5 de mayo, que «*la autonomía y la libertad de defensa no pueden impedir toda posibilidad de escrutinio sobre su nivel de adecuación a los fines constitucionales a los que debe servir. Muy en particular, si el defensor, cualquiera que sea su fuente de designación, cumple con las obligaciones profesionales que le incumben a la luz de las circunstancias del caso*».

En favor de la tesis que aquí se defiende, debe mencionarse asimismo que tanto el TEDH como el TC tienden, en general, a extremar las garantías procesales asociadas respectivamente al proceso equitativo y a la tutela judicial efectiva cuando el perjudicado es el sujeto pasivo de un proceso penal. Así sucede en la ya citada Güveç c. Turquía o, en cuestión de admisión de pruebas,

⁹⁸ STC 91/1994, de 21 de marzo.

⁹⁹ STC 179/2014, si bien en esta resolución la afirmación operaba en el sentido de que la regla de que los actos de parte no causan indefensión es aplicable, en términos generales, a los abogados de oficio.

¹⁰⁰ SSTC 105/1999, de 14 de junio; 13/2000, de 17 de enero y 47/2003, de 3 de marzo.

en la doctrina Murtazalayeva¹⁰¹ o, por parte del TC, en el derecho al recurso¹⁰². Así pues, si algún día se extiende la tutela de la defensa efectiva a los letrados particulares, cabe esperar que sea en el ámbito penal.

6. Posibles consecuencias negativas de la extensión del derecho a la efectividad de la defensa

Aunque resulte difícil predecir cómo se desarrollará la cuestión en los próximos años, no está de más examinar, para finalizar, algunos efectos negativos que podrían derivarse de un eventual aumento de casos de asistencia letrada inefectiva, ya sea porque se acabe extendiendo la doctrina a aquellos supuestos de designa particular, ya sea porque se consolide una visión menos formalista y más orientada a la efectividad material de las garantías del proceso.

En primer lugar, podría producirse un «efecto llamada», esto es, una proliferación de reclamaciones por asistencia inefectiva que aumentara la litigiosidad. Pero es una objeción que no debe preocuparnos si los tribunales continúan utilizando criterios restrictivos en sus resoluciones.

En segundo lugar, podría generarse una cierta aversión al riesgo en los abogados, que se verían impelidos a adoptar estrategias conservadoras por miedo a que su defensa fuera calificada de inefectiva¹⁰³. Tampoco parece que deba ser un problema, pues afectaría a un número escaso de supuestos. De todas formas, los casos dudosos deberían resolverse con una interpretación favorecedora de los principios de libertad y autonomía del letrado y, por tanto, restrictiva en cuanto a la aplicación de la doctrina de la defensa inefectiva.

En tercer lugar, se ha planteado¹⁰⁴ que la eventual expansión incentivaría a algunos abogados con casos débiles a sabotear su propia defensa para conseguir ulteriores nulidades. Puede que se dieran algunos supuestos, pero no debe olvidarse que los jueces y tribunales tienen la obligación de rechazar las pretensiones constitutivas de mala fe procesal (art. 11.2 LOPJ) o de instar la sustitución del abogado en cuanto detecten la negligencia (ver epígrafe 4.1), y todo ello sin perjuicio de las responsabilidades disciplinarias, civiles e incluso penales en que pudieran incurrir y del coste reputacional que todo ello supondría.

En cuarto lugar, el éxito de tales alegaciones, en la medida en que muchas veces comportan la nulidad con retroacción, podría comprometer el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Sin que ello deje de ser cierto, debe recordarse que no toda defensa ineficaz tiene esa consecuencia: así por ejemplo, están los casos de sustitución del letrado. Por otro lado, no parece que el número de supuestos fuera a aumentar de modo preocupante si, como decimos, los jueces y tribunales aplican criterios restrictivos. De todos modos, el problema de las dilaciones es

¹⁰¹ Me refiero a la STEDH, Murtazalayeva c. Rusia, de 18 de diciembre de 2018, que estableció un nuevo estándar de prudencia en las decisiones judiciales sobre inadmisión de pruebas, especialmente cuando pueden mejorar la posición de la defensa.

¹⁰² En cuyo caso «es más rigurosa la vinculación constitucional del Juez *ex art.* 24.1 CE en la interpretación de todas las normas de Derecho procesal penal de nuestro ordenamiento» (SSTC 37/1988, de 3 de marzo; 221/2000, de 18 de septiembre o 11/2003, de 27 de enero).

¹⁰³ Este posible problema lo pone de manifiesto la STS 383/2021, de 5 de mayo.

¹⁰⁴ FINER, J.J., *op. cit.* p. 1080.

consustancial al estado actual de nuestra administración de justicia, y su solución no debería pasar por imponer limitaciones injustificadas al ciudadano, sino por la dotación de más medios materiales y personales.

En resumen, los potenciales beneficios para el justiciable que podrían derivarse de la extensión de la doctrina superan, a mi modo de ver, los perjuicios examinados.

7. Conclusiones

i. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos adopta una visión material de la efectividad de los derechos que reconoce el Convenio. De ello se sigue que el derecho a la asistencia letrada del artículo 6.3.c) no se agota con la obligación de los Estados de facilitar de un abogado de oficio en aquellos supuestos en que la postulación sea obligatoria, sino que implica el deber adicional de asegurar la eficacia de su desempeño.

ii. El Tribunal Constitucional acoge el mandato del TEDH y reconoce el derecho a la efectividad de la defensa de oficio como garantía del derecho a la defensa y a la asistencia letrada del artículo 24.2 CE, que a su vez debe estar al servicio del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del artículo 24.1 CE.

iii. Las consecuencias prácticas del reconocimiento del citado derecho se traducen en el deber positivo, para los órganos jurisdiccionales, de actuar en el momento en que detecten que el letrado de oficio, por dejadez o negligencia, no está desarrollando una verdadera defensa. Este deber se suele concretar con la sustitución del letrado, si bien es frecuente que la indefensión se detecte a posteriori. En estos casos procede la subsanación si es posible, o la nulidad con retroacción.

iv. El TC considera que la jurisprudencia sobre defensa inefectiva no es aplicable en los casos en que el letrado perpetrador de la defensa inefectiva sea de designación particular. Para ello, se ampara en argumentos derivados de su jurisprudencia sobre indefensión. A saber: que no existe indefensión si ésta se puede atribuir a la parte que la alega, que la indefensión causada por el abogado particular no es amparable al no proceder directamente de un poder público y que la relación de confianza entre justiciable y letrado particular impide cualquier reclamación sobre indefensión. Tales argumentos no pueden acogerse. El primero, porque las indefensiones causadas por los abogados de oficio también son imputables a la propia parte y ello no impide el amparo. El segundo, porque en puridad la vulneración no procede del abogado, sino de los jueces y tribunales que no actúan ante una defensa inefectiva manifiesta, lo cual hace irrelevante que el abogado sea de oficio o particular. Y el último, porque la relación de confianza no se da siempre y, aun dándose, no es motivo suficiente para justificar distintos niveles de protección en situaciones materialmente idénticas. Ello implica que en nuestro sistema de derechos no hay ningún motivo para otorgar distinta protección a los casos de indefensión causada por una defensa inefectiva del letrado según si este es de oficio o particular, algo que se hace especialmente patente en el proceso penal.

v. Es cierto que una eventual extensión de la doctrina sobre asistencia inefectiva podría provocar algunos efectos adversos, pero parecen asumibles a tenor de lo relevantes de los beneficios que obtendría el justiciable.

8. Bibliografía

BORRAJO INIESTA, Ignacio, DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, y FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, 1995.

CHAMORRO BERNAL, Francisco, *La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución*, Bosch, Barcelona, 1994.

CALDERÓN CUADRADO, María Pía, «El derecho a un proceso con todas las garantías (aspectos controvertidos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional)», *Cuadernos de derecho público*, núm. 10, mayo-agosto, 2000.

FINER, Joel Jay, «Ineffective Assistance of Counsel», *Cornell Law Review*, vol. 58, núm. 6, 1972-1973, pp. 1077-1120.

KLEIN, Richard, «The Constitutionalization of Ineffective Assistance of Counsel». *Maryland Law Review*, vol. 58, 1999, pp. 1433-1479.

HESSICK, Carissa Byrne, «Ineffective Assistance of Counsel», *Boston College Law Review*, vol. 50, 2009, pp. 1069-1123.

NIEVA FENOLL, Jordi, «Inmediación y valoración de la prueba: el retorno de la irracionalidad», *Civil Procedure Review*, v.3, n.1: 3-24, enero-abril, 2003.

PICÓ I JUNOY, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, JM Bosch Editor, Barcelona, 2011.

RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, *Tratamiento procesal de la nulidad de actuaciones*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, Miguel y CASAS BAAMONDE, María Emilia (Dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, BOE, Madrid, 2018.

SANTOS VIJANDE, Jesús María, *La intervención forzosa de abogado y procurador en el juicio verbal del automóvil. Límites legales y constitucionales de la autodefensa*, Edersa, Madrid, 1997.

SERRANO HOYO, Gregorio, *La prohibición de indefensión y su incidencia en el proceso*, Comares, Granada, 1997.

YÁÑEZ VELASCO, Ricardo, *De la nulidad procesal a la anulación del Derecho procesal. Jueces legisladores y corrupción de legalidad*, Reus, Madrid, 2019.

YÉLAMOS BAYARRI, Estela, *Nulidad Procesal y comunicaciones judiciales fallidas*, Atelier, Barcelona, 2006.

9. Repertorio de jurisprudencia citada

9.1. Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STEDH Airey c. Irlanda, 9 de octubre de 1979.

STEDH Artico c. Italia, 13 de mayo de 1980.

STEDH Pakelli c Alemania, 25 de abril de 1983.

STEDH F.C.B. c. Italia, 28 de agosto de 1991.

STEDH Imbrioscia c. Suiza, 24 de noviembre de 1993.

STEDH Daud c. Portugal, 21 de abril de 1998.

STEDH Sannino c. Italia, 27 de abril de 2006.

STEDH Murtazalayeva c. Rusia, de 18 de diciembre de 2018.

STEDH Güveç c. Turquía, 20 de enero de 2009.

9.2. Sentencias del Tribunal Constitucional

STC 30/1981, de 24 de julio.

STC 23/1982, de 13 de mayo.

STC 50/1982, de 15 de julio.

STC 66/1982, de 12 de octubre.

STC 48/1984, de 4 de abril.

STC 69/1984, de 11 de junio.

STC 89/1985, de 19 de julio.

STC 109/1985, de 8 de octubre.

STC 156/1985, de 15 de noviembre.

STC 158/1987, de 20 de octubre.

STC 196/1987, de 11 de diciembre.

STC 206/1987, de 21 de diciembre.

STC 37/1988, de 3 de marzo.

STC 216/1988, de 14 de noviembre.

STC 23/1994, de 27 de enero.

STC 91/1994, de 21 de marzo.

STC 252/1994, de 19 de septiembre.

STC 366/1994, de 13 de diciembre.

STC 18/1995, de 24 de enero.

STC 29/1995, de 6 de febrero.

STC 105/1999, de 14 de junio.

STC 229/1999, de 13 de diciembre.

STC 13/2000, de 17 de enero.

STC 221/2000, de 18 de septiembre.

STC 63/2001, de 17 de marzo.

STC 143/2001, de 18 de junio.

STC 101/2002, de 6 de mayo.

STC 109/2002, de 6 de mayo.

STC 163/2002, de 16 de septiembre.

STC 168/2002 de 30 de septiembre.

STC 201/2002, de 12 de noviembre.

STC 11/2003, de 27 de enero.

STC 47/2003, de 3 de marzo.

STC 87/2003, de 19 de mayo.

STC 107/2003, de 2 de junio.

STC 199/2003, de 10 de noviembre.

STC 5/2004, de 16 de enero

STC 93/2005, de 18 de abril.

STC 262/2005, de 24 de octubre.

STC 339/2005, de 20 de diciembre.

STC 12/2006, de 16 de enero.

STC 1/2007, de 15 de enero.

STC 61/2007, de 26 de marzo.

STC 65/2007, de 27 de marzo.

STC 258/2007, de 18 de diciembre.

STC 43/2008, de 10 de marzo.

STC 48/2008, de 11 de marzo.

STC 60/2008, de 26 de mayo.

STC 28/2009, de 26 de enero.

STC 160/2009, de 29 de junio.

STC 201/2012, de 12 de noviembre.

STC 102/2014, de 23 de junio.

STC 179/2014, de 3 de noviembre.

STC 101/2015, de 25 de mayo.

STC 83/2016, de 28 de abril.

STC 133/2022, de 24 de octubre.

9.3. Sentencias del Tribunal Supremo

STS 1117/2009, de 11 de noviembre

STS 245/2012, de 27 de marzo.

STS 485/2012, de 13 de junio.

STS 383/2021, de 5 de mayo.

la STS 649/2023, de 5 de noviembre.

9.4. Otras sentencias

STSJC 35/2021, de 2 de febrero.

Corporaciones, cárteles y abuso de posición dominante

La dogmática jurídica en la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2023 Asunto C-333/21

Sumario

-

Este artículo analiza la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre el caso de la Superliga. Existe identidad de análisis entre el artículo 101 y el 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: ambos buscan controlar el poder de mercado. En ambos artículos, el análisis debe determinar si la conducta es restrictiva por objeto o por sus efectos. Los acuerdos verticales solo son relevantes bajo el artículo 102, esto es, si una de las partes tiene posición de dominio. Casos como Superbock y Unilever Italia ilustran la dificultad para identificar el "acuerdo" en relaciones verticales. En cuanto al concepto de "decisión de asociaciones de empresas", el artículo 101 solo debe aplicarse a las decisiones que regulen la conducta individual de los miembros en el mercado, no a las que promuevan el fin común de la asociación. Por ejemplo, el acuerdo de la asamblea de una asociación de peleteros por la que se prohíbe usar piel de animales salvajes es una decisión que regula la competencia entre los miembros y entra en el artículo 101. La expulsión por doble afiliación o por denigrar la actividad de los peleteros no lo es. A la vista de lo anterior, se repasan las sentencias Wouters, Meca-Medina, Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas y se concluye que no se refieren a decisiones de asociaciones de empresas en el sentido del artículo 101, sino a decisiones unilaterales de empresas dominantes o a restricciones a la libre circulación derivadas del ejercicio de un poder normativo delegado por el Estado en corporaciones privadas. En fin, se aplican estos resultados al caso Superliga y se concluye que la regulación estatutaria de la UEFA sobre la participación en competiciones no autorizadas por parte de sus miembros no es una decisión de una asociación de empresas, sino una decisión de una empresa dominante que, como tal, solo puede expulsar a alguno de sus miembros si la expulsión es imprescindible para salvaguardar el interés social de la UEFA, que es "servir al fútbol", no preservar su monopolio por lo que solo sería legítima si la Superliga no se basara en el mérito y la igualdad de oportunidades, criterios que la UEFA también debe aplicar a sus propias competiciones.

Abstract

-

This article examines the Court of Justice of the European Union (CJEU) decision on the Super League matter. It compares Article 101 with Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union, noting that both aim to control market power. The analysis under each article must ascertain if the behavior is restrictive by object or effect. Vertical agreements are included only in Article 102, i.e., if a party to the agreement holds a dominant position. Cases like Superbock and Unilever Italia demonstrate the challenges in finding an "agreement" within vertical relationships. Regarding "decisions by associations of undertakings,"

Article 101 should apply solely to resolutions passed by corporate bodies that regulate individual market conduct of members, not those promoting the association's collective goal. For instance, an association of furriers' assembly resolution banning the use of wild animal fur is a regulatory decision on competition among members, thus falling under Article 101. However, expulsion due to dual affiliation or based on disloyal public statements by a member does not. Considering this, the rulings in Wouters, Meca-Medina, and Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas are reassessed, leading to the conclusion that they do not pertain to 'decisions by associations of undertakings' as per Article 101, but rather to unilateral decisions of dominant firms or to free movement restrictions stemming from private entities that are endowed with state-delegated regulatory authority. Applying these findings to the Super League case, it is deduced that UEFA's statutory rules on participation in unauthorized competitions by its affiliates do not constitute a 'decision of an association of undertakings', but rather a decision by a dominant undertaking. As such, UEFA can only expel a member if the expulsion is vital for protecting its social interest, which is "serving football," not maintaining its monopoly, so it would only be legitimate if the Super League was not based on merit and equal opportunities, criteria that UEFA must also apply to its own competitions.

Title: *Dogmatic Analysis of the judgment of the Court of Justice of 21 December 2023 Case C-333/21*

-

Palabras clave: *decisiones de asociaciones de empresas, abuso de posición dominante, infracción por el objeto, asociaciones, fútbol*

Keywords: *'decisions of associations of undertakings', abuse of a dominant position, infringement by object, associations, football*

-

- 1. Introducción**
- 2. La aplicación simultánea del artículo 101 y el artículo 102.**
- 3. Identidad de análisis en el artículo 101 y en el artículo 102 TFUE**
- 4. La extensión analógica del artículo 101.3 TFUE al análisis del abuso de posición dominante**
- 5. Los acuerdos verticales de la empresa dominante no están incluidos en el artículo 101 TFUE**
- 6. El concepto de ‘decisión de asociaciones de empresas’ en el artículo 101.1 TFUE**
- 7. La regulación, por una asociación de empresas, de la conducta de sus miembros en el mercado**
- 8. La decisión de una asociación de empresas dirigida a la promoción del fin común o interés social**
- 9. La jurisprudencia europea sobre decisiones de asociaciones de empresas: los casos Wouters, Meca-Medina y Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas**
- 10. La aplicación simultánea de los artículos 101 y 102 en el asunto Superleague**

-

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

1. Introducción¹

En la cuestión prejudicial elevada por el juzgado mercantil nº 17 de Madrid (auto de 11/5/2021, [ES:JMM:2021:747A](#)), el Tribunal de Justicia (TJUE) tenía que decidir si los artículos de los estatutos sociales de la UEFA y de la FIFA (en adelante, la ‘regulación estatutaria de la UEFA’), que prevén la expulsión de los miembros que organicen o participen en competiciones no autorizadas por ellas son contrarios a los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) que prohíben los cárteles y el abuso de una posición dominante respectivamente.

La sentencia se ocupa de otras cuestiones que no serán tratadas aquí y que incluyen la competencia y la obligación de los tribunales arbitrales del deporte para aplicar las normas antitrust europeas y la afectación de la libre circulación de personas por las reglas corporativas de las federaciones deportivas internacionales.

El Juzgado de lo Mercantil ha dictado sentencia en la que, siguiendo muy de cerca el Auto de la Audiencia Provincial y la sentencia del Tribunal de Justicia ha condenado a la UEFA y a la FIFA a cesar en las “conductas anticompetitivas” contrarias a los artículos 101 y 102 TFUE de las que se ocupa la sentencia. V., SJM de 24 de mayo de 2024, [ECLI:ES:JMM:2024:25](#).

En las páginas que sigue, se argumentará que el TJUE no ha terminado de refinar la relación entre el artículo 101 y el artículo 102; el concepto de “decisiones de asociaciones de empresas” del artículo 101.1 TJUE y qué conductas de los miembros justifican la expulsión de un miembro de la UEFA cuando las cláusulas que describen las conductas infractoras de los estatutos se consideran restrictivas de la competencia porque tienen por objeto o el efecto de disuadir a los miembros de una corporación deportiva de organizar competiciones fuera del marco de la corporación o, simplemente, participar en competiciones organizadas por terceros.

Se argumentará que

a) si bien es correcto aplicar el artículo 101 y el artículo 102 siguiendo los mismos criterios de análisis, no lo es considerar incluidos en el primero los acuerdos entre no competidores – incluidos todos los verticales –, de manera que sólo pueden examinarse bajo el artículo 102 lo que exige que una de las partes del ‘acuerdo’ sea una empresa con posición de dominio.

b) el concepto que el TJUE maneja de ‘decisiones de asociaciones de empresas’ es demasiado amplio y que no forman parte de él las regulaciones estatutarias de asociaciones de empresas que se conectan con el fin común, el interés social o el propósito de la corporación. Sólo deben considerarse ‘decisiones de asociaciones de empresas’ en el sentido del artículo 101 TFUE los acuerdos adoptados por los miembros de una asociación empresarial en el seno de los órganos

¹ Autor de contacto: Jesús Alfaro Águila-Real (jesus.alfaro@uam.es). Agradecimientos: Francisco Marcos, Michele Carpagnano y participantes en la Summer School del Osservatorio Antitrust, Moena, 2024.

sociales que se refieran a la actividad individual de los miembros en el mercado, porque sólo en tal caso puede hablarse de un “acuerdo” entre competidores;

c) en fin, si bien las conclusiones de la sentencia son correctas, la regulación estatutaria que prevé la expulsión de una asociación dominante de alguno de sus miembros sólo es legítima - si tiene efectos anticompetitivos - cuando la conducta del miembro que será expulsado ha puesto en peligro la consecución del fin común, del interés social o del propósito de la corporación.

2. La aplicación simultánea del artículo 101 y el artículo 102

La más vieja doctrina distinguía el ámbito de aplicación del artículo 101 y del artículo 102 sobre la base de que en el primero están prohibidas las restricciones o distorsiones de la competencia producto de la coordinación entre empresas (colusión) y en el segundo están prohibidas las conductas unilaterales de una empresa que disfruta de una posición de dominio. No hay mucha discusión respecto a que ambos preceptos tienen el mismo objetivo: controlar el ejercicio de poder de mercado por las empresas. Con este objetivo, el artículo 101 se dirige a reprimir las conductas coordinadas entre empresas que, individualmente, carecen de poder de mercado (son precioaceptantes) y sólo pueden influir sobre los resultados del mercado si coordinan su actuación en éste. Por el contrario, y por definición, una empresa con posición de dominio – artículo 102 – no necesita coordinarse con otras para ejercerlo, ergo, el artículo 102 prohíbe las conductas de las empresas dominantes.

En consecuencia, el artículo 101 exige que se produzca un acuerdo explícito o implícito entre competidores. En ambos preceptos, la implicación, a través de un acuerdo o de cualquier otra forma, de terceros no competidores es irrelevante.

Esto conduce, por un lado, a excluir del artículo 101 los acuerdos verticales y por otro a las decisiones de asociaciones de empresas que no puedan considerarse ‘acuerdos entre competidores’, esto es, acuerdos entre los miembros de una asociación sectorial que, por definición, son competidores en el mercado. En ambos casos, se trata de conductas que no pueden incrementar el poder de mercado de las partes. Así es en el caso de los contratos entre un fabricante y un distribuidor, pero también ocurre lo mismo cuando los miembros de una asociación, en el seno de los órganos sociales, adoptan decisiones tales como modificaciones de los estatutos o resoluciones sobre el patrimonio de la asociación. Al adoptar tales decisiones, los miembros de la asociación no actúan como competidores. En los apartados siguientes se explica con más detalle este argumento.

3. Identidad de análisis en el artículo 101 y en el artículo 102 TFUE

Por lo demás, la doctrina sobre la relación entre los artículos 101 y 102 recogida en la sentencia Superliga es correcta, es decir, el análisis de las conductas coordinadas entre competidores y el

análisis de las conductas de un operador dominante es semejante porque en ambos casos se trata de reprimir el ejercicio de poder de mercado².

El TJUE ha modificado su comprensión del abuso de posición dominante y estructura el análisis de forma semejante al que realiza en el marco del artículo 101 TFUE. Así, habría abusos de posición dominante “por el objeto” y “por efectos”. Los primeros serían aquellas conductas de la empresa dominante que carecen de cualquier explicación racional que no pase porque logran expulsar a competidores residuales tan eficientes como el dominante o por disuadir a competidores potenciales de entrar en el mercado. Así, por ejemplo, hay determinadas prácticas como las predatorias – i.e., las ventas prolongadas en el tiempo y en el espacio por debajo del coste variable medio – o las de destrucción de activos para impedir su uso por rivales por no hablar de la de destrucción de los activos de un rival, que pueden considerarse abuso de posición dominante per se, o “por su objeto”, de manera que no es necesario (al igual que en el marco del artículo 101.1 TFUE con los cárteles de precios o de reparto de mercados) examinar si se han producido efectos en el mercado o es probable que se produzcan (que un competidor residual ha tenido que abandonar el mercado o que un competidor potencial ha sido disuadido de entrar en él).

Pero, en general, las conductas de la empresa dominante que entran en el artículo 102 TFUE como los descuentos de fidelidad, la vinculación de prestaciones (tying) o la imposición de condiciones o precios desiguales pueden tener efectos excluyentes, pero no necesariamente los tienen. Así, no es probable que un programa de descuentos de fidelidad provoque la expulsión de los rivales si estos descuentos eran poco cuantiosos o se ofrecían a unos pocos clientes o se practicaron sólo durante un breve período de tiempo. Puede ocurrir también que, aunque la conducta tenga efectos excluyentes, los tenga sólo respecto de rivales menos eficientes que el dominante. Por ejemplo, cuando se trata de estrategias comerciales que un competidor tan eficiente como el dominante podría replicar (i.e., el rival podría ofrecer similares descuentos o vincular semejantes prestaciones sin ponerse en pérdidas, etc). Y si la conducta del operador dominante puede provocar la exclusión del mercado del competidor pero es eficiente (“el efecto de exclusión que de dicho comportamiento entraña puede verse contrarrestado o incluso superado por incrementos de eficiencia que benefician también a los consumidores”) entonces no infringe el artículo 102 TFUE porque se tratará de una conducta basada, no en la “explotación abusiva” de una posición de dominio sino en la “eficiencia de las propias prestaciones” y cualquier empresa, incluso las dominantes, tienen derecho a triunfar en el mercado – y a provocar la quiebra de sus competidores – si son capaces de producir los bienes o servicios de que se trate con la misma calidad y a menor precio.

² Su formulación más acabada es la de Ibáñez Colomo expuesta en varios trabajos de los últimos años: [The \(second\) modernization of Article 102 TFEU: reconciling effective enforcement, legal certainty and meaningful judicial review](#) (October 10, 2023); [Form and Substance in EU Competition Law](#), 2023; [The Future of Article 102 TFEU after Intel](#) (2018) y [Competition on the merits](#) *Common Market Law Review*, Vol. 61, Issue 2 (2024) pp. 387 – 416, donde el autor recoge ideas semejantes.

Este es el “test estructurado” de análisis ex artículo 102 TFUE que el TJUE utiliza desde hace algunos años. Y consiste en que, probado que la empresa dominante ha realizado una conducta idónea para provocar efectos excluyentes en el mercado, corresponde a la empresa dominante la prueba de que, en el caso concreto, (i) su conducta no es idónea para provocar el efecto de ‘cierre’ del mercado o el de disuadir a un competidor potencial de entrar en él o (ii) probar que su conducta podría ser replicada por un competidor tan eficiente como el dominante⁵.

4. La extensión analógica del artículo 101.3 TFUE al análisis del abuso de posición dominante

La identidad en el análisis de los casos ex artículos 101.1 y 102 se extiende al 101.3 TFUE. En este sentido, bien puede decirse que la sentencia *Superliga* da por resuelta, definitivamente, la relación entre el artículo 101.1 y el artículo 101.3 en los siguientes términos: el análisis en el marco del primero debe concluir estableciendo si estamos ante un acuerdo restrictivo por el objeto o por sus efectos. En el segundo caso, la autoridad debe probar que los efectos son probables y apreciablemente anticompetitivos. En el primer caso, las empresas participantes en el acuerdo restrictivo por el objeto todavía pueden demostrar que se trata de un cártel “benigno” (V., la STJUE de 25 de enero de 2024, C-438/22 *Em akaunt BG EOOD* ECLI:EU:C:2024:71 párrafo 33).

Es decir, una vez que el TJUE ha aceptado – desde *Cartes Bancaires* – que **restricciones por el objeto y cárteles (*hard core cartels*) son prácticamente sinónimos**, el artículo 101.3 responde al reconocimiento de que hay cárteles que son ‘benignos’ y que deben permitirse porque la política de competencia no es la única política – en el sentido de *policy* – que despliega un Estado (o la Unión Europea). Por ejemplo, un cártel de reparto de mercados puede garantizar el abastecimiento a la población porque genere los incentivos adecuados en la empresa de cada zona para atender a todos los clientes potenciales en lugar de limitarse a los más rentables, que es lo que haría, si estuviera en competencia con proveedores de otras zonas geográficas y reunir los requisitos del artículo 101.3.

En general, son benignos todos los cárteles que tienen como objetivo **crear un mercado o un producto nuevo** para lo que los participantes han de tener que ponerse de acuerdo. Estos cárteles benignos afectan, muy a menudo, a las “condiciones comerciales” y los acuerdos sobre condiciones comerciales se califican como cárteles en la Disposición Adicional 4ª LDC: acuerdos de estandarización o acuerdos entre los participantes en una competición deportiva para establecer las reglas del juego, de ascensos y descensos o el calendario y el horario de juego de los partidos.

⁵ Así, en la sentencia *Superliga* se lee en los párrafos 201 y 202 que “una empresa que ocupa una posición dominante puede justificar comportamientos que pueden estar comprendidos en el ámbito de aplicación de la prohibición establecida en este último artículo (sentencias de 27 de marzo de 2012, *Post Danmark*, C-209/10, EU:C:2012:172, apartado 40, y de 12 de mayo de 2022, *Servizio Elettrico Nazionale* y otros, C-377/20, EU:C:2022:379, apartado 46)”. En *Post Danmark*, el Tribunal dijo que la conducta del operador dominante (precios más bajos para el cliente del competidor) no era susceptible de provocar la exclusión del mercado del competidor. Y lo mismo ocurrió en *Servizio Elettrico Nazionale*.

5. Los acuerdos verticales de la empresa dominante no están incluidos en el artículo 101 TFUE

De lo que se ha expuesto se deduce que los acuerdos verticales pueden examinarse en el marco del artículo 102 si una de las partes es una empresa dominante. Porque sólo en ese caso pueden distorsionar o restringir la competencia, lo que significa también que sólo la empresa dominante debe ser ‘expedientada’ y, eventualmente, sancionada.

La doctrina del TJUE respecto de las restricciones verticales se ha ido modificando para hacerse cargo de esta comprensión del artículo 101 TFUE aunque en las ‘fórmulas’ que se trasladan de una a otra sentencia se sigue repitiendo que todos los acuerdos verticales son acuerdos entre empresas en el sentido del artículo 101.1. Pero esta afirmación es contradictoria con la exigencia del mismo precepto de que se trate de acuerdos restrictivos de la competencia.

La evolución de la doctrina del Tribunal se ha reflejado en dos casos recientes en los que se ha ocupado (i) de la cláusula de precio de reventa impuesto (PVP, RPM) y la de prohibición de reexportación incluida por un fabricante de cervezas dominante en sus contratos de distribución; y (ii) de la cláusula de exclusividad en los puntos de venta impuesta por un fabricante de helados dominante a sus distribuidores. Me refiero al caso *Superbock* STJUE 29 de junio de 2023, C-211/22 (resumida aquí) y el asunto *Unilever Italia*, STJUE 23 de enero de 2023, C-680/20, (resumida aquí) respectivamente. Recuérdese que la cláusula PVP y la prohibición de reexportación se consideraban una ‘restricción por el objeto’ en la doctrina tradicional sobre acuerdos verticales.

La doctrina recogida en estos dos casos puede resumirse en que si la empresa que incluye la cláusula de RPM/PVP o de exclusividad con sus distribuidores carece de poder de mercado, esos acuerdos no pueden tener efectos restrictivos o distorsionadores de la competencia en el mercado de distribución de cervezas o de helados que sean apreciables por lo que no infringen ni el artículo 102, ni el artículo 101 TFUE salvo que se den circunstancias especiales. Si, por el contrario, el fabricante (*Superbock* o *Unilever*) tuviese posición de dominio, la imposición del RPM/PVP o la obligación de exclusividad habrían de analizarse como supuestos de explotación abusiva de una posición de dominio pero, aun así, la cláusula de RPM no es una restricción por objeto a pesar de que impediría la aplicación de la exención contenida en el Reglamento 2022/720 de restricciones verticales (art. 4 a) por ser considerada una restricción “especialmente grave”.

En ambos casos, el TJUE parece ir abandonando la exigencia de un ‘acuerdo’ para analizar la conducta de *Superbock* o de *Unilever*. Y es que, en las relaciones verticales, la doctrina tradicional tenía grandes dificultades para identificar el ‘acuerdo’. Así, en la sentencia *Superbock*, el TJUE hace malabarismos verbales para ‘encontrar’ un acuerdo entre el fabricante y los distribuidores porque estos protestaban frecuentemente la imposición del precio de reventa (V., párrafo 53). Y las afirmaciones del TJUE son directamente incoherentes en los párrafos 26 y 27 de la sentencia *Unilever* donde afirma, por un lado, que la imposición de la exclusividad no debe considerarse un comportamiento unilateral de *Unilever*, sino una práctica coordinada comprendida, en principio, en el ámbito del artículo 101 y, por otro, que es correcto imputar el comportamiento de los distribuidores a *Unilever*.

Es contradictorio calificar la conducta de Superbock o de Unilever simultáneamente como un ‘acuerdo’ y una ‘delegación’ por parte del fabricante “en entidades jurídicas independientes” pero que “forman parte de una red de distribución” y que están “obligadas a ejecutar sus instrucciones” a efectos del artículo 102. La pregunta es ¿cómo puede Unilever o Superbock obligar a sus distribuidores de helados y cerveza a hacer nada sino es a través de un acuerdo? ¿Cómo puede una empresa, en un sistema de Derecho Privado que no conoce más fuentes de las obligaciones que la ley y el contrato, aplicar “una política decidida unilateralmente... a la que los distribuidores... estaban obligados a atenerse”? Quizá hubiera sido preferible que, como sugiere Kersting, el TJUE considerara a Unilever y a sus distribuidores como una “single economic unit”, como una única empresa como resultado, precisamente de los contratos que les unen. De este modo, los pactos o instrucciones sólo serían relevantes para el derecho de la competencia ex artículo 102 TFUE⁴.

En definitiva, lo relevante es si el fabricante tiene posición de dominio en el mercado del producto. Hablar de “acuerdos verticales” induce a mantener la confusión⁵.

6. El concepto de ‘decisión de asociaciones de empresas’ en el artículo 101.1 TFUE

El mismo razonamiento – no estamos ante un acuerdo entre competidores – se aplica a las ‘decisiones de una asociación de empresas’.

Al definir el concepto de ‘decisión de asociaciones de empresas’ el TJUE no distingue, dentro de los acuerdos corporativos o resoluciones de los órganos de una corporación, entre los que son **expresión de la voluntad de la persona jurídica corporativa** y los que son **acuerdos** adoptados entre las empresas-miembros de una corporación utilizando el foro que les proporcionan los órganos de la asociación. La distinción es, sin embargo, relevante y se basa en que los primeros forman la voluntad de la corporación mientras que los segundos **regulan la conducta individual de los miembros de la corporación en el mercado**.

A mi juicio, sólo estos segundos constituyen “*decisiones de asociaciones de empresas*” en el sentido del artículo 101.1 TFUE. **Los primeros son decisiones de ‘una’ empresa (en su caso): la corporación, no de sus miembros.** Es a la corporación a la que se imputa la conducta de sus órganos y, por lo tanto, han de analizarse, en su caso, en el marco del artículo 102 TFUE verificando, previamente, que la corporación tiene posición de dominio y, naturalmente, que se

⁴ Christian Kersting, Case Note on ECJ, Judgment of 19 January 2023, Unilever (C-680/20), ECLI:EU:C:2023:33 (April 19, 2023). 2023 EWIR 250-251

⁵ Un ejemplo adicional – pero hay muchos - nos lo proporciona el análisis de las autoridades de competencia española de los contratos de cesión de derechos por parte de cada uno de los equipos de fútbol individualmente considerados y Mediapro en las primeras décadas del siglo XXI. Las autoridades de competencia tuvieron que hacer una pirueta argumentativa y apoyarse en el carácter de cesión en exclusiva de los derechos de retransmisión del club de fútbol para justificar la calificación de esos acuerdos como “restrictivos” de la competencia. En cambio, lo que debió hacer es afirmar que Mediapro tenía posición de dominio. En fin, el Asunto *MOTOE* que se cita a menudo en la sentencia *Superliga* se analizó exclusivamente en el marco del artículo 102.

trate de una asociación que realiza actividades empresariales (lo que no tiene por qué ser siempre el caso)⁶.

Las personas jurídicas no tienen capacidad de obrar (*agency*). Necesitan de individuos que ocupan los órganos corporativos para actuar. Y la esencia de la persona jurídica corporativa es, precisamente, que lo hecho por los que ocupan sus órganos se imputa **exclusivamente** a la persona jurídica, no al individuo – al hombre o la mujer – que actúa en el ejercicio de su cargo **ni a los miembros del órgano** colegiado que adoptó el acuerdo. No reconocer lo que se acaba de explicar implica desconocer la personalidad jurídica de la corporación. La doctrina actual del TJUE supone un ‘levantamiento del velo’ sistemático en lugar de excepcional.

Ahora bien, precisamente porque la *societas delinquere non potest*, cuando se comete un delito en el seno de una corporación, la responsabilidad personal (la pena privativa de libertad) se imputa a los individuos que han contribuido decisivamente a la comisión del mismo. A la corporación se le imputa solo responsabilidad patrimonial (eventualmente, el pago de la multa). Esto significa que el artículo 101 nunca se aplica a una corporación, aunque el patrimonio de la corporación sea responsable. Siempre se aplica a sus miembros porque son sus miembros los que han utilizado la persona jurídica para un fin distinto de aquél para el que se constituyó. Es impensable que la asociación de peleteros de la que luego hablaré se constituya para facilitar a sus miembros – los empresarios individuales del sector de la peletería – la formación de cárteles. Esta sería una actuación **ultra vires de los órganos de la corporación**⁷.

Por tanto, una interpretación del artículo 101 que impute a los miembros de los órganos corporativos lo ‘hecho’ por la corporación requiere de una argumentación adicional, es decir, de un criterio racional que permita extender la responsabilidad desde la persona jurídica a ‘terceros’ como son los miembros de la corporación.

Ahora bien, cuando los miembros de una corporación aprovechan la ‘capacidad general’ de las personas jurídicas como sujetos de derecho (art. 38 CC) para adoptar acuerdos en el seno de los órganos corporativos que cualifican como cárteles, esto es, que tienen por objeto **la conducta de los miembros en el mercado**, estamos ante un acuerdo entre empresas competidoras que ‘adopta la forma’ de un acuerdo social (o una ‘decisión de una asociación’ en la dicción del artículo 101.1 TFUE).

(i) Un ejemplo de escuela es el acuerdo adoptado por la asociación de peleteros por el que prohíbe a sus miembros **usar piel de animales salvajes** en la confección de sus abrigos. Al adoptar tal acuerdo en el seno de la asamblea de socios, se está regulando la conducta de cada uno de los

⁶ En muchos casos se tratará de corporaciones privadas que ejercen funciones públicas y, entonces, las normas aplicables no serán las de competencia sino las de libre circulación. V., en general, Julio Baquero Cruz, Entre competencia y libre circulación: el derecho constitucional económico de la Comunidad Europea, 2002.

⁷ V., Jesús Alfaro, Las personas jurídicas no son personas. Son ‘cosas’. Por eso no se les puede aplicar el Derecho Penal. Sólo las normas penales sobre ‘cosas’, Derecho Mercantil, 2024, donde se explica en detalle por qué las corporaciones no pueden cometer delitos; Jesús Alfaro, Personalidad jurídica y penas, InDret, 3/2024, en prensa; Isabel Lifante Vidal, Sobre el concepto de representación, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 32 (2009) pp. 497-524; Jesús Alfaro, La persona jurídica, 2023.

peleteros en el mercado de los abrigos de piel. El acuerdo de la junta de socios es, en sí mismo, un acuerdo entre empresas restrictivo de la competencia en el mercado de abrigos de pieles entre los peleteros considerados individualmente. En el plano civil, el acuerdo será nulo porque cualquiera de los socios podrá alegar que se trata de un acuerdo *ultra vires* de las competencias del órgano: la asociación no puede regular la competencia entre sus miembros. Y, de acuerdo con el Derecho de la Competencia será una decisión restrictiva de la competencia – un cártel sobre condiciones comerciales celebrado por todos los miembros que votaron a favor del acuerdo – que podrá ser excepcionada por el artículo 101.3 TFUE. Una asociación de peleteros se constituye para defender los intereses del sector, por ejemplo, haciendo *lobby* frente a los poderes públicos o realizando campañas publicitarias en las que se elogian las características de los productos del sector o proporcionando servicios a sus miembros (formación, creación de centros de investigación que sirvan a todo el sector etc). **Un acuerdo o una recomendación de precios no puede, en ningún caso, considerarse como un acuerdo de la asociación. Es un acuerdo entre los peleteros⁸.**

(ii) Pero si la asociación de peleteros incluye en sus estatutos que expulsará de la asociación a cualquier peletero que **se haga socio de otra asociación empresarial del sector**, o que denigre el uso de la piel de animales para confeccionar abrigos, ese no es un acuerdo entre empresas ni una “decisión de una asociación de empresas” en el sentido del artículo 101.1 TFUE. Como tal decisión entra dentro del objeto social, del fin común, ha de ser calificada como **una decisión unilateral de una “empresa”**, si es que una asociación de peleteros es una empresa en el sentido del artículo 101.1 TFUE porque, como se refleja en los ejemplos anteriores, preste servicios a sus asociados. Por tanto, la conformidad de tal decisión con el Derecho de la Competencia ha de medirse con arreglo a lo dispuesto **en el artículo 102 TFUE**. Es decir, sólo será una ‘conducta’ reprochable si la asociación desarrolla actividades empresariales y tiene posición de dominio de manera que un peletero expulsado de la asociación no podrá acceder a las prestaciones o servicios que le venía proporcionando la asociación con el resultado de que su supervivencia y prosperidad peligran. Lo que hay que determinar es si la asociación ha ‘explotado abusivamente’ su posición de dominio al imponer tal restricción a la libertad de sus miembros y expulsarlos cuando infringen la prohibición de doble afiliación o de denigrar la actividad de peletería.

7. La regulación, por una asociación de empresas, de la conducta de sus miembros en el mercado

La distinción entre ambos casos es importante porque si estamos ante una ‘decisión de una asociación de empresas’ del artículo 101.1, este precepto se aplica **con independencia de la cuota de mercado que tengan, en conjunto todos los miembros de la asociación**, cuota que, naturalmente, hay que medir **no en el ‘mercado de las asociaciones’ sino en el mercado de**

⁸ ¿Alguien se imagina que los estatutos de la asociación de peleteros incluyeran dentro de la definición del objeto social de la asociación que lo que ha llevado a los peleteros a constituir la asociación es el ánimo de fijar precios comunes, de repartirse los mercados, de unificar las condiciones comerciales o de excluir del mercado a cualquier peletero que no se adhiera a la asociación y a estos principios?

la peletería, (suma de la cuota de mercado de todos sus miembros) que es el mercado donde la conducta tiene efectos sobre la competencia.

Es más, el TJUE ha dicho - *Schenker* – que, aunque los miembros de una asociación de empresas de transporte, transportistas todos ellos, tengan en conjunto una cuota de mercado en el mercado de transporte inferior al 5 %, un pacto entre todos ellos, adoptado en el seno de la asociación, fijando una tarifa común es una **restricción por el objeto**. En este punto, la posición de Niels Wahl, mucho más sensata, todavía no ha triunfado. Wahl sostiene que estos acuerdos quedan fuera del artículo 101.1 TFUE porque, simplemente, no pueden afectar al comercio entre los estados miembro (párrafo 42 de sus Conclusiones en el asunto *Cartes Bancaires*). En realidad, son procompetitivos⁹.

Esto es suficiente para concretar adecuadamente el concepto de “decisión de una asociación de empresas” del artículo 101.1. Como dice Löwhagen, lo que en realidad sucede es que se tiende a considerar que determinadas conductas realizadas por asociaciones de empresas cumplen el requisito de la concordancia de voluntades. La inclusión entre las conductas – colectivas – prohibidas de las “decisiones de asociaciones de empresas” trata de impedir que **se burle la prohibición de acuerdos anticompetitivos entre empresas a través de la “delegación de la coordinación de dichas empresas a un órgano común** a través del que se instrumenta su voluntad colectiva... **una especie de acuerdo indirecto entre empresas**” o, dicho de otra manera, “*lo que subyace no es la voluntad de un sujeto (la asociación) sino un acuerdo entre los asociados*”¹⁰. Las decisiones de asociaciones de empresas que entran típicamente en el artículo 101.1 TFUE son las recomendaciones de precios o de condiciones comerciales (repercutir una tasa a los clientes, de un sistema de etiquetas anti-hurto...) a sus asociados por parte de la asociación del sector.

⁹ En este marco, siguen teniendo interés, en el Derecho español, dos Sentencias de la Audiencia Nacional que resolvieron recursos contra resoluciones del TDC. En la primera de ellas, la de 24 de junio de 1998 (ES:AN:1998:5706), se resolvió un recurso contra la RTDC 26-XII-1995 (360/95 *Mutua Madrileña Automovilista 4*) que consideró infringida la prohibición del art. 1.1 LDC por parte de siete talleres mecánicos que habían acordado imponer precios comunes a la Mutua Madrileña automovilística. Un argumento a favor de la posición de los talleres pasa por afirmar que la fuerte posición de la Mutua Madrileña como demandante de los servicios de reparaciones en el mercado de Madrid, hace irrelevante para la competencia la ‘unificación’ de unos pocos talleres, es decir, algo semejante a los hechos del caso *Schenker*. El acuerdo entre los siete talleres era inidóneo por la escasa potencia de los participantes para tener efectos sobre la competencia. En la segunda sentencia (SAN 2-XI-1998), la Audiencia Nacional resolvió el recurso interpuesto contra la RTDC de 6-IX-1995 (345/94 *Máquinas Recreativas*) que consideró un cártel el acuerdo de la Asociación Asturiana de Máquinas Recreativas por el que prohibía a sus asociados instalar máquinas en los locales en los que ya las hubiera instalado otro miembro de la asociación (reparto de mercado). Lo propio ha hecho el TDC sancionando como acuerdo restrictivo de la competencia a la *Associació de Joguiners Agrupats de Catalunya*, Cooperativa Catalana limitada por expulsar a un cooperativista en aplicación de los estatutos sociales y el reglamento de régimen interno que preveían la expulsión de “aquel socio que sin consultar al Consejo Rector decida instalar otro punto de venta que perjudique a algún miembro de la cooperativa, será causa suficiente para expulsarlo de la misma”. (RTDC 22-XI-2006, 605/05 *Juguetes Cataluña*).

¹⁰ F. Löwhagen, Las asociaciones de empresas en el Derecho de la Competencia español: conceptos básicos y régimen sancionador GJ 14(2010), p 47.

Naturalmente, la asociación puede ser “coautor de una conducta colusoria entre sus miembros... por la participación activa de (la asociación) en la gestión de un cártel entre sus miembros” (Decisión de la Comisión de 19-IX-2007, COMP/39.168, *Artículos de mercería metálicos y plásticos*)¹¹.

Este planteamiento es coherente también con la diferencia establecida por la jurisprudencia europea en cuanto a la responsabilidad de la asociación y de los miembros del pago de las multas en los casos *Finnboard* y *Coop de France*¹² y en el caso *Verband der Sachversicherer*¹³.

8. La decisión de una asociación de empresas dirigida a la promoción del fin común o interés social

En principio, los **estatutos de una asociación no** pueden calificarse como una ‘decisión de una asociación de empresas’ en el sentido del **artículo 101.1 TFUE**. Los estatutos sociales no son un acuerdo ni un contrato entre los miembros de una corporación. Son la ‘constitución’ de la corporación y su promulgación y modificación son **actos unilaterales de la persona jurídica**. Su inscripción en un registro público garantiza que no contienen reglas contrarias al orden público (v., art. 18.2 Código de Comercio para los estatutos de sociedades). Por tanto, no pueden contener, en principio, pactos restrictivos de la competencia¹⁴.

¹¹ V., también, las excelentes Conclusiones del Abogado General Wahl en el Asunto C-194/14 P *AC-Treuhand AG*, presentadas el 21 de mayo de 2015 y la Sentencia de 22 de octubre de 2015 que no siguió la propuesta del AG. Según éste, los que “ayudan” a las empresas participantes en un cártel a la puesta en funcionamiento de este no están incluidos entre los “responsables” de las conductas anticompetitivas según el Reglamento 1/2003. El TJUE, sin embargo, entendió que eso pondría en peligro la efectividad del Derecho europeo y mantuvo la sanción a *AC-Treuhand AG* junto a la impuesta a los cartelistas.

¹² En el asunto *Coop de France*, donde la Comisión sancionó a federaciones de ganaderos francesas por fijar precios y limitar las importaciones, se discutió en detalle el problema del *bis in idem* y de la utilización de las cifras de negocio de los miembros de la asociación para calcular la multa que se impone a la asociación (y, sobre todo, aplicar el límite del 10 % de la cifra de negocio como multa máxima a una empresa). En el caso *Finnboard*, las empresas miembros no se habían implicado en la infracción. En el caso *Coop de France*, se trataba claramente de un acuerdo entre los miembros de la asociación quienes utilizaron ésta para facilitar la celebración del acuerdo y asegurar la ejecución de este. A. Svetlicinii «Piercing the Corporate Veil»: Imposition of Fines on Associations of Undertakings for Violation of EC Competition Law (*Coop de France bétail et viande and Fédération nationale des syndicats d’exploitants agricoles (FNSEA) and Others c. Commission, ECJ (Third Chamber), judgment of 18 December 2008, C-101/07 P and C-110/07 P*), *European Law Reporter*, 3/2009, p 92 ss; v., para el Derecho español, Löwhagen, *Gf* 14(2010) p 60-61.

¹³ El Asunto 45/85 *Verband der Sachversicherer*, STJUE 27 de enero de 1987, párrafos 40-41 corrobora lo correcto de la distinción. El acuerdo colusorio entre compañías de seguro alemanas adoptado en el seno de la asociación sectorial como una “recomendación” era, claramente, un cártel de fijación de precios, en concreto, de precios mínimos que habrían de cargar a sus clientes en el mercado de seguros las empresas miembros de la asociación. V., también, Niggemann/Hasselbach/Nawroth/Rödding, Beck’sches Holding-Handbuch 3. Auflage 2020 Rn. 162: Según el art. 101 del TFUE o § 1 GWB no sólo los acuerdos entre empresas, sino también las resoluciones de las asociaciones de las empresas están cubiertas por la prohibición de los cárteles... el término “asociación de empresas” solo tiene su propio ámbito de aplicación cuando una asociación sin actividad económica propia influye en terceros actividad emprendedora. Véase también, Langen/Bunte/Hengst, art. 101 AEUV, Rn. 76: A efectos económicos, tal decisión corresponde a un contrato entre las empresas de la asociación de empresas. Una decisión siempre existe si la asociación de empresas expresa su intención de coordinar la conducta de sus miembros en un mercado determinado.

¹⁴ V., Jesús Alfaro, Los estatutos sociales como regla contractual, *Almacén de Derecho*, 2021 y Jesús Alfaro, La naturaleza jurídica de los acuerdos sociales, *Almacén de Derecho*, 2016. Si he dicho que “en principio” es porque es imaginable que los estatutos sociales puedan albergar regulaciones extraestatutarias, esto es, que los miembros

Para analizar cuándo una cláusula estatutaria de una corporación puede considerarse contraria al orden público (art. 1255 CC) por restrictiva de la competencia, es útil recurrir a un caso relativamente antiguo de la doctrina del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), el de las obligaciones de compra mínima incluidas en los estatutos de las cooperativas de farmacéuticos.

Las oficinas de farmacia se aseguran el suministro rápido y barato de las medicinas y productos de parafarmacia que venden a sus clientes haciéndose miembros de una cooperativa a la que compran los medicamentos que sus clientes necesitan. En los estatutos de estas cooperativas, era frecuente en el pasado siglo, incluir una “**obligación de compra mínima**” del 70 o del 80 % de las necesidades del farmacéutico cooperativista¹⁵.

Estas cooperativas farmacéuticas están organizadas regionalmente, de modo que, probablemente debido a que la distribución de medicamentos no es competitiva, cada cooperativa farmacéutica es dominante en su región.

En este contexto, la autoridad de competencia decidió sancionar a varias de estas cooperativas dominantes por imponer obligaciones de compra mínima excesivas.

Lo primero que hay que señalar es que el TDC, correctamente, **analizó estos casos como abuso de posición dominante, no como una “decisión de una asociación de empresas”** ya que la cláusula estatutaria **no regulaba la conducta de los farmacéuticos en el mercado** de venta a los consumidores, sino que regulaba **las obligaciones de los miembros de la cooperativa respecto de ésta y las sanciones para el caso de incumplimiento**. Es decir, una regulación perfectamente legítima, como veremos, para lograr la promoción del fin común o interés social que había llevado a los farmacéuticos a constituir la cooperativa.

De hecho, el TDC consideró que era razonable incluir en los estatutos de una cooperativa una obligación de compra mínima. Es más, el propio legislador de cooperativas, cuando describe las obligaciones típicas de un miembro de una cooperativa, incluye obligaciones de este tipo.

Es evidente que, por ejemplo, una cooperativa de agricultores no podría prosperar y lograr eficazmente el fin común (ayudar a sus miembros a procesar y comercializar rentablemente su cosecha) si los cooperativistas no se obligaran a entregar una parte sustancial de sus cosechas a

‘oculten’ en los estatutos pactos o acuerdos entre los miembros relativos a su actividad individual como se ha explicado más arriba. Pero no es el caso de las cláusulas estatutarias analizadas en la sentencia *Superliga*.

¹⁵ Hoy, los estatutos de Cofares, la más importante de estas cooperativas, sólo exigen una compra mínima del 25 % (v., [artículo 8.4 apdo 2 b](#)). Es interesante señalar que en el artículo 8.4 apdo 3 se establece que “*Los socios cooperadores no podrán realizar actividades competitivas a las de la Cooperativa, salvo autorización expresa del Consejo Rector*” que reproduce el artículo 41.1 f) de la Ley de Cooperativas. Hay que entender que lo que está prohibido al cooperativista es constituir una compañía que se dedique a la distribución de medicamentos, no que se afilie simultáneamente a otra cooperativa.

la cooperativa. Simplemente, la cooperativa no alcanzaría la escala necesaria para rentabilizar las inversiones en activos necesarios para prestar sus servicios de forma eficiente a sus socios. Y lo mismo ocurre con las cooperativas de farmacéuticos. En términos del Derecho de sociedades, la obligación impuesta en los estatutos de realizar una compra – o venta – mínima a la cooperativa es necesaria para que la cooperativa logre el fin común, el interés social, para el que se constituyó.

En efecto, el TDC dice con mucha precisión que esa “*cantidad obligatoria de participación mínima de los socios*” es lícita, incluso para una empresa dominante “*siempre que no exceda de la finalidad de esta facultad, que es la de permitir el cumplimiento del fin social de la cooperativa*”. Si la imposición de una obligación de compra mínima a la cooperativa está justificada por el fin social de la cooperativa, entonces la sanción de expulsión de ésta de aquellos farmacéuticos que incumplan gravemente esta obligación estará justificada. Y lo estará con independencia de si la cooperativa tiene posición de dominio. Pero si la obligación de compra mínima equivale a un abuso de posición dominante – porque, como se verá, tiene un efecto de cierre del mercado – entonces, la expulsión de la cooperativa de un farmacéutico que incumple la obligación será un nuevo abuso de la posición de dominio de la cooperativa.

Pues bien, mientras la corporación no sea dominante, una obligación de venta o de compra mínima a la cooperativa (incluso muy elevada) no es relevante para el Derecho de la Competencia. Porque no es una “decisión de una asociación de empresas” en el sentido del artículo 101.1 TFUE según hemos visto y porque tampoco puede constituir un abuso de posición dominante si la cooperativa carece de una posición fuerte en el mercado. Es más, será lógico que las cooperativas que sean nuevos entrantes en el mercado exijan prácticamente la exclusividad a sus miembros. De otro modo no podrán beneficiarse de las economías de escala.

Pero, naturalmente, si la cooperativa tiene posición de dominio, la imposición en los estatutos de una obligación de compra mínima elevada constituye un abuso de posición dominante. Esta conclusión es muy fácil de fundar.

Es, en primer lugar, **una conducta de una empresa** porque la cooperativa realiza actividades económicas.

En segundo lugar, **es una conducta imputable a la cooperativa**, no a sus miembros según se ha explicado.

En tercer lugar, la cláusula de compra mínima elevada **impide el acceso al mercado de la distribución de medicamentos a otras empresas**. Si la cooperativa cubre ya la demanda existente, los farmacéuticos no podrían comprar a la empresa entrante en el mercado, aunque sus condiciones fueran mejores porque, si lo hicieran, incumplirían sus obligaciones como socio cooperativista y podrían ser expulsados lo que les colocaría en una posición vulnerable ya que no podrían atender a sus clientes con la misma celeridad y eficiencia que las otras farmacias competidoras que siguen siendo miembros de la cooperativa dominante.

En fin, falta sólo determinar si la obligación de compra mínima **es o no necesaria para lograr la consecución del fin común**. Y no lo es. Una vez que la cooperativa tiene un tamaño mínimo

que le permite obtener economías de escala, la obligación de compra mínima no es necesaria para lograr el fin común – lícito – de una cooperativa de farmacéuticos. Su inclusión en los estatutos y su *enforcement* a través de la expulsión de los miembros que cubran sus necesidades recurriendo a otras empresas competidoras de la cooperativa constituye un abuso de posición dominante¹⁶.

9. La jurisprudencia europea sobre decisiones de asociaciones de empresas: los casos *Wouters*, *Meca-Medina* y *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*

Es en este marco en el que deben analizarse los casos *Wouters*, *Meca-Medina* y *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*. Para hacerlo correctamente, hay que añadir a lo que se ha expuesto, el análisis de las corporaciones desde el punto de vista de las libertades de circulación.

Como se recordará, en *Wouters* el TJUE consideró que una prohibición de asociación entre abogados y auditores contenida en los estatutos de la corporación profesional de los abogados constituía una restricción de la competencia legítima para garantizar la protección de los intereses de los clientes de los abogados y el cumplimiento de sus deberes por parte de éstos y los auditores. En *Meca-Medina* se consideró que las reglas sobre dopaje y las sanciones a los atletas que se doparan contenida en las regulaciones de la corporación que organiza las competiciones deportivas es una limitación a “*la libertad de acción de los atletas... justificada por un objetivo legítimo... inherente a la organización y al buen funcionamiento de la competición deportiva y busca... garantizar una rivalidad sana entre los atletas...*” Finalmente, en *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, semejante a *Wouters* pero, en el caso, relativa a la obligación de los expertos contables de realizar determinados cursos de formación, el TJUE consideró que, si bien estaba justificado exigir a los expertos contables la realización de cursos de formación continua, reservar a unas empresas determinadas previamente acreditadas con arreglo a criterios dudosos la impartición de esos cursos, no lo estaba.

Pues bien, me parece evidente que ni en *Wouters*, ni en *Meca-Medina*, ni en *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas* estamos ante **una decisión de una asociación de empresas en el sentido del artículo 101.1 TFUE. Estamos ante una decisión unilateral de una empresa que tiene posición de dominio en el caso de *Meca-Medina* y ante decisiones regulatorias delegadas por el Estado en los otros dos casos.** Por tanto, en el caso *Meca-Medina* estamos ante una decisión de una empresa dominante que no es restrictiva de la competencia y en los otros dos casos ante restricciones a las libertades de circulación.

¹⁶ De manera que la Resolución TDC de 26-V-2003 (539/02 *Cofarca*, que reitera la doctrina sentada en los Expedientes A 277 COFAS y 470 COFAS), es perfectamente correcta cuando dice que “*el establecimiento de límites mínimos de compra para todos los asociados, tan elevados como del setenta por ciento, y la sanción de expulsión para el cooperativista que incumpliera esta obligación, realizado desde una fuerte posición de dominio (en la provincia de Las Palmas, la cuota de mercado de Cofarca llegaba al 90 %), no puede tener otro objeto que el de reforzar aún más esa posición, cerrando el mercado a otros competidores*”.

Wouters y Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas se refieren a **regulaciones de carácter público de la actividad de empresas privadas**. Los colegios profesionales son corporaciones de Derecho Público que tienen ‘delegado’ el poder estatal para regular la profesión. Por tanto, **el fin común o el interés social de estas corporaciones incluye la regulación del ejercicio de la profesión por parte de sus miembros**. El análisis de la validez de estas regulaciones ha de hacerse como se hace el de cualquier restricción pública a las libertades de circulación¹⁷.

10. La aplicación simultánea de los artículos 101 y 102 en el asunto *Superliga*

Como se ha adelantado, en el asunto *Superliga* se trataba de determinar la conformidad con el Derecho de la Competencia de las previsiones estatutarias que exigen la “autorización previa” de la UEFA y la FIFA para que los miembros (clubes de fútbol profesional) de éstas puedan participar en competiciones internacionales que no sean organizadas por la UEFA y la FIFA. Y son relevantes tanto el artículo 101 como el artículo 102 TFUE. Es decir, y como se ha explicado más arriba, estamos claramente ante un caso del grupo (ii): la UEFA prevé sanciones para el caso de que alguno de sus miembros infrinja la obligación de no participar, sin autorización, en una competición que no esté organizada por la UEFA. **El fin común que llevó a la constitución de la UEFA es la mejor organización de los campeonatos internacionales** en los que participan los equipos miembros de las Ligas y Federaciones nacionales que son también miembros de la UEFA. Y, **las reglas sobre quién puede y quién no puede participar en el campeonato internacional conocido como *Champions League* son, sin duda, reglas relativas a la organización del campeonato**.

De lo que se trata, pues, es de decidir si esas reglas son ‘contrarias al orden público’ (y no debieron quedar inscritas en el registro de asociaciones suizo o, si se quiere, la asociación suiza no debería ser reconocida por ningún Estado miembro de la Unión Europea) porque, dada la condición de dominante de la UEFA, constituye un abuso de posición dominante al provocar el ‘cierre’ del mercado de las competiciones futbolísticas a nuevos entrantes¹⁸.

El asunto se aprecia con mayor claridad si se compara a la UEFA y la *Formula 1*. Cuando la competición deportiva está organizada por una entidad independiente de los equipos participantes (como es el caso de las carreras de coches que organiza la *Fórmula 1*), no hay razón alguna para considerar sus decisiones bajo el artículo 101 afirmando que, como los socios de la compañía que explota el campeonato de *Formula 1* pueden ser, a su vez empresas, las decisiones

¹⁷ En el caso *Motoe*, lo que el TJUE añadió a lo que se acaba de señalar es que cuando un Estado delega funciones típicamente públicas en una corporación privada, tiene que asegurarse de que ésta no está en un conflicto de interés ‘estructural’ derivado del hecho de que la corporación privada no sólo tiene facultades regulatorias – en el caso, autorizar competiciones de motociclismo – sino que está presente ella misma en el mercado de las competiciones motociclistas.

¹⁸ V., especialmente el párrafo 147 (las cláusulas estatutarias confieren a la UEFA “la facultad de impedir a cualquier empresa competidora acceder al mercado”) y los párrafos 134 a 138. La argumentación de la Audiencia Provincial de Madrid en su [Auto nº 38/2023 de 30 de enero de 2023 \(ES:APM:2023:2A\)](#) es muy convincente respecto al objeto anticompetitivo de esta regulación estatutaria de la UEFA. Recuérdese que el TJUE ha calificado a la UEFA y la FIFA como empresas negando, por el contrario, que ejerzan un poder público por delegación. Son empresas porque organizan las competiciones y gestionan los derechos económicos que éstas generan. El caso *Superleague* es, pues, semejante a *Meca-Medina*, no a *Wouters* u *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*.

de la compañía explotadora son “decisiones de asociaciones de empresas” pero podrán impugnarse como abuso de una posición de dominio.

Y lo mismo ocurre con los casos en los que los afectados por las decisiones de las federaciones internacionales son deportistas individuales, donde la conducta de la federación se analiza exclusivamente en el marco del artículo 102. Sentencia de 21 de diciembre de 2023, C-124/21P, ECLI:EU:C:2023:1012 ***International Skating Union***.

Queda, pues, claro que la regulación estatutaria de la UEFA y la FIFA de la expulsión de sus miembros que participan sin autorización en competiciones organizadas por terceros no es una decisión de una asociación de empresas en el sentido del artículo 101.1 TFUE. Es, en su caso, una decisión de una empresa con posición de dominio.

Por tanto, lo que hay que hacer, de acuerdo con el “test estructurado” que se expuso más arriba es si se trata de un ‘abuso de posición dominante por su objeto’ y, si la respuesta es afirmativa, si podría justificarse de acuerdo con criterios análogos a los descritos en el artículo 101.3 TFUE lo que, a mi juicio, significa que la expulsión de los equipos que participan en una competición no autorizada por la UEFA solo sería legítima **si es una medida imprescindible para salvaguardar el interés social de la UEFA**, no cualquier interés de la UEFA. Sólo el interés social que se centra en ‘servir al fútbol’ convirtiéndolo en el ‘mayor espectáculo del mundo’. No el interés en mantener el monopolio **ni siquiera el interés de la UEFA en seguir siendo relevante y ocupar una posición central en la organización de campeonatos de fútbol internacionales**¹⁹.

Es más, si los campeonatos competidores con los organizados por la UEFA pueden tener más atractivo para el público que los propios, los órganos de la UEFA vendrían obligados a autorizar a los miembros que lo soliciten la organización de cualquier campeonato al margen de la UEFA y seguir participando en los propios para que sea el público el que decida cuál prevalece. Incluso aunque esa nueva competición suponga la decadencia de alguno de los torneos que, en ese momento, organiza la UEFA. Porque la UEFA no es una sociedad anónima cuyo interés social consista en maximizar el valor del patrimonio como ocurre con *Google* o *Louis Vuitton*. Ni el interés social de la UEFA ni el del Real Madrid es maximizar el valor de su patrimonio. La UEFA ha de maximizar el interés del público por el fútbol. Y si hay terceros en el mercado que pueden contribuir a ese fin, lo último que debe hacer la UEFA es obstaculizar la entrada en el mercado de esos terceros. Se comprenderá que este análisis conduce a consecuencias muy diferentes a las que conduce la insistencia del TJUE en que el problema de las cláusulas estatutarias está en que atribuyen a los órganos corporativos de la UEFA un poder discrecional y sin control para expulsar a sus miembros.

De nuevo, la comparación con la *Formula 1* puede servir para aclarar esta última afirmación. Si un equipo participante en el campeonato de *Formula 1* decidiera organizar un campeonato competidor con éste o participara en un campeonato organizado por una empresa competidora

¹⁹ V., Jesús Alfaro, *La expulsión de asociados y la confianza en el Derecho Privado*, ADC 1997, pp 155-186

de Formula One Group, hay pocas dudas de que, a pesar de la posición de dominio de *Formula One Group*, esta empresa tendría derecho a expulsar al equipo en cuestión de la participación en el campeonato. Porque **el fin común que llevó a la constitución de *Formula One Group* y a la organización del campeonato por su parte no es la promoción del éxito del automovilismo de alta velocidad. Es maximizar el valor del patrimonio que es *Formula One Group*.** La participación en exclusiva de un equipo en la *Formula One* tiene un elevado valor, de manera que *Formula One Group* está en su derecho de exigir tal exclusividad a los equipos como condición para participar. **Los equipos que no quieran contribuir al éxito de *Formula One Group* pueden formar su propio circuito**²⁰.

En la sentencia *International Skating Union*, (ISU) el TJUE afina más y mejor los requisitos para que las cláusulas estatutarias que permiten la expulsión sean válidas desde el punto de vista del Derecho de la Competencia. Comienza diciendo que tal facultad debe estar “*sujeta a criterios materiales transparentes, claros y precisos*”, pero estos criterios me parecen perturbadores además de innecesarios porque es muy difícil establecer *ex ante* qué torneos competidores con los que organiza la asociación incumbente deben ser autorizados y cuáles no. Pero, inmediatamente (párrafos 132 y 133) aclara lo esencial: el criterio que debe utilizar la UEFA o la ISU para autorizar y, por tanto, no expulsar, a un miembro que decide organizar o participar en un torneo no organizado por la UEFA o la ISU es el de si este torneo es una competición “*deportiva basada en la igualdad de oportunidades y en el mérito*”. Es decir, si **el torneo que se pretende poner en marcha o en el que se pretende participar está organizado, a su vez, sobre bases compatibles con los objetivos que llevaron a constituir la UEFA.**

Y, en la sentencia *Superliga*, estos requisitos se encuentran en los párrafos 189 y ss – en el marco del análisis de las cláusulas estatutarias como decisión de una asociación de empresas -. En resumen, el TJUE acaba diciendo que la expulsión de los miembros sólo estaría justificada si “*pueden tener una incidencia favorable sobre las diferentes categorías de «usuarios» que constituyen, en particular, las federaciones nacionales de fútbol, los clubes profesionales o aficionados, los jugadores profesionales o aficionados, los jóvenes jugadores y, en términos más generales, los consumidores, ya sean espectadores o telespectadores*”, es decir, si son conformes, en los términos aquí utilizados, con el interés social de la UEFA que no es preservar su monopolio sino servir al fútbol facilitando la celebración de torneos internacionales. Se explica así el contenido de los

²⁰ V., la posición, algo distinta de Pablo Ibáñez Colomo en, *Competition Law and Sports Governance: Disentangling a Complex Relationship* (2022), donde considera que la prohibición de participar en competiciones no organizadas por la UEFA no es necesariamente incompatible con los artículos 101 y 102 porque entiende que los equipos de la *Superleague*, siendo los más poderosos de Europa, “*no serían expulsados de los mercados relevantes... de hecho, es cuando menos plausible que serían capaces de competir eficazmente con los campeonatos organizados en la estructura piramidal gestionada por*” la UEFA y la FIFA. Pero Ibáñez olvida que la UEFA amenazó no solo con expulsar de la *Champions League* a los miembros de la *Superleague*, sino expulsarlos también de las ligas nacionales. Añade Ibáñez que una competición ‘cerrada’ puede ser restrictiva de la competencia si se torna dominante, ya que excluiría del mercado a los equipos que no forman parte del grupo que compone la liga ‘cerrada’ pero no es seguro que tal sea el caso porque los equipos ‘excluidos’ serían tantos y, potencialmente, tan atractivos para el público que sería posible que la competición en la que los ‘excluidos’ participaran fuera tan atractiva o más para el público que la competición ‘cerrada’. Es por esa razón, probablemente, que la *Superleague* se ha presentado como una modificación más o menos leve de la *Champions League*.

párrafos 196 a 198: “*el carácter abierto y meritocrático*” de las competiciones y “*cierta forma de redistribución solidaria*” son argumentos válidos para condicionar la autorización por parte de la UEFA, pero sólo en la misma medida en que la UEFA los exige a sus propias competiciones.

En todo caso, que la *Superliga* no fuera suficientemente meritocrática – por su carácter semicerrado – o suficientemente ‘solidaria’ sólo justificaría condicionar la autorización, no denegarla. En el párrafo 198, el TJUE explica que la preservación del monopolio de la UEFA no puede constituir nunca una justificación ex art. 101.3 TFUE o eliminar la calificación de abusiva de la regulación estatutaria. En fin, la UEFA debe concretar estos principios en la regulación estatutaria (párrafo 199).

Cuando el TJUE analiza el asunto bajo el artículo 102 TFUE, sus conclusiones resultan convincentes. Así, por ejemplo, encaja perfectamente en el artículo 102 calificar como abuso de posición dominante el propio anuncio por parte de la UEFA de que se sancionará a los que organicen una competición al margen de la UEFA (par. 181). Pero, ¿cómo puede ser tal amenaza un acuerdo restrictivo de la competencia en el sentido del artículo 101?

Recursos governatius. Doctrina de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació (abril-juny 2024)

Comentaris a les Resolucions de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació JUS/1534/2024 i JUS/1557/2024, de 30 d'abril; JUS/1618/2024, de 8 de maig; JUS/1779/2024, de 23 de maig; JUS/2014/2024, de 4 de juny; JUS/2093/2024, de 7 de juny; JUS/2144/2024, d'11 de juny; JUS/2287/2024, de 18 de juny i JUS/2444/2024, de 28 de juny

Sumari

Comentaris a les Resolucions de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació JUS/1534/2024 (divisió de censos i propietat horitzontal), JUS/1557/2024 (inscripció al Registre de Béns Mobles d'una opció de compra d'una oficina de farmàcia a favor d'una societat), JUS/1618/2024 (ineficàcia de disposicions testamentàries a favor del cònjuge separat), JUS/1779/2024 (l'eficàcia del dret de transmissió), JUS/2014/2024 (donació de béns subjectes a administració especial), JUS/2093/2024 (ineficàcia de disposicions testamentàries a favor del cònjuge divorciat o dels seus parents), JUS/2144/2024 (renúncia a un fideïcomís de residu condicional), JUS/2287/2024 (llegat de cosa aliena i permuta de llegats) i JUS/2444/2024 (denegació d'anotació preventiva de demanda de reclamació d'una quantitat de diners).

Abstract

Comments on the Decisions of the Catalan Directorate General of Law, Legal Entities and Mediation JUS/1534/2024 (distribution of emphyteutic rights and condominiums), JUS/1557/2024 (registration of an option to purchase a pharmacy granted to a company), JUS/1618/2024 (ineffectiveness of a testamentary gift to separated spouse), JUS/1779/2024 (effects of ius transmissions), JUS/2014/2024 (donation of assets that are subject to special testamentary rules on administration), JUS/2093/2024 (ineffectiveness of a testamentary gifts to ex-spouses or their relatives), JUS/2144/2024 (disclaimer of conditional fideicommissum), JUS/2287/2024 (testamentary devises of assets that did not belong to the testator and swap of assets among the beneficiaries) and JUS/2444/2024 (annotation of monetary claims cannot access the Land Registry, unless an asset is seized).

Title: *Comments on the Decisions of the Catalan Directorate General of Law, Legal Entities and Mediation (April-June 2024)*

Paraules clau: Dret civil català, Registre de la Propietat, Registre de Béns Mobles, recursos governatius, divisió de censos, propietat horitzontal, opció de compra, oficina de farmàcia, disposicions testamentàries, crisi matrimonial, dret de transmissió, donació, administració especial, fideïcomís de residu condicional, renúncia, llegat de cosa aliena, permuta de llegat, anotació preventiva de demanda, reclamació de quantitat.

Keywords: *Catalan private law, Land Registry, Registry of Movable, Registry complaints, distribution of emphyteutic rights, condominium, option to purchase, pharmacy, testamentary gifts, marriage breakdown, ius transmissionis, donation, special administration rules, conditional fideicommissum, disclaimer, devise of assets not belonging to the testator, swap of devised assets, annotation of judicial claim, monetary claim.*

3.2024

Miriam Anderson
Universitat de Barcelona

1. **Resolució JUS/1534/2024, de 30 d'abril de 2024 (DOGC núm. 9159, de 9.5.2024). Divisió de censos i propietat horitzontal**
 - 1.1. Introducció
 - 1.2. La doctrina de la Direcció General quant al règim transitori relatiu a la divisió de censos
 - 1.3. Cens dividit entre els elements privatius en propietat horitzontal, però amb divisió inscrita només quant a alguns d'ells
2. **Resolució JUS/1557/2024, de 30 d'abril de 2024 (DOGC núm. 9160, de 10.5.2024). La inscripció al Registre de Béns Mobles d'una opció de compra d'una oficina de farmàcia a favor d'una societat**
 - 2.1. Introducció
 - 2.2. L'opció de compra d'una oficina de farmàcia a favor d'una societat mercantil i la seva inscripció
3. **Resolució JUS/1618/2024, de 8 de maig (DOGC núm. 9163, de 15.5.2024). Ineficàcia de disposicions testamentàries a favor del cònjuge separat**
 - 3.1. Introducció
 - 3.2. La ineficàcia del testament en la seva integritat com a conseqüència de la ineficàcia de la institució d'hereu en aplicació de l'article 422-13 del Codi Civil de Catalunya
 - 3.3. La possibilitat de valorar la ineficàcia sobrevinguda de disposicions successòries per crisi matrimonial en seu registral
 - 3.4. La voluntat de mantenir la disposició malgrat la crisi matrimonial
4. **Resolució JUS/1779/2024, de 23 de maig de 2024 (DOGC núm. 9175, de 3.6.2024). El dret de transmissió i la seva eficàcia**
 - 4.1. Introducció
 - 4.2. L'adquisició sense delació de l'hereu contractual
 - 4.3. L'adquisició directa del causant originari en exercici del dret de transmissió
5. **Resolució JUS/2014/2024, de 4 de juny de 2024 (DOGC núm. 9182, de 12.6.2024). Donació de béns subjectes a administració especial**
 - 5.1. Introducció
 - 5.2. Sobre les disposicions testamentàries d'administració de béns de l'herència
6. **Resolució JUS/2093/2024, de 7 de juny de 2024 (DOGC núm. 9185, de 17.6.2024). Ineficàcia de disposicions testamentàries a favor del cònjuge divorciat o dels seus parents**
 - 6.1. Introducció
 - 6.2. La ineficàcia de disposicions testamentàries per crisi matrimonial
7. **Resolució JUS/2144/2024, d'11 de juny de 2024 (DOGC núm. 9187, de 19.6.2024). Renúncia a un fideïcomís de residu condicional**
 - 7.1. Introducció
 - 7.2. Dues qüestions procedimentals
 - 7.3. La crida dels substituïts vulgars com a fideïcomissaris
 - 7.4. La renúncia al fideïcomís
8. **Resolució JUS/2287/2024, de 18 de juny de 2024 (DOGC núm. 9193, de 28.6.2024). Lliurament de llegats de cosa aliena i permuta de llegats**
 - 8.1. Introducció
 - 8.2. Els llegats de cosa aliena i la seva eficàcia
 - 8.3. La permuta dels crèdits al lliurament dels llegats (i una interpretació més restrictiva de l'article 464-6.1 del Codi Civil de Catalunya)
 - 8.4. El compliment de l'obligació de lliurament per persona diferent a l'hereu gravat


9. Resolució JUS/2444/2024, de 28 de juny de 2024 (DOGC núm. 9201, de 10.7.2024). Denegació d' anotació preventiva de demanda de reclamació d' una quantitat de diners

9.1. Introducció

9.2. Els creditors dels cotitulars no tenen cap dret real o vinculació especial sobre la cosa comuna que es divideix

10. Bibliografia citada

-

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

1. Resolució JUS/1534/2024, de 30 d'abril de 2024 (DOGC núm. 9159, de 9.5.2024). Divisió de censos i propietat horitzontal*

1.1. Introducció

Es presenta per a la seva inscripció escriptura de l'any 1992 en què els atorgants dividien cinc censos entre diversos immobles situats en una illa de cases de Barcelona. Quan les finques estaven dividides en propietat horitzontal, dividien els censos entre les entitats. Una d'aquestes cases, organitzada en règim de propietat horitzontal des de l'any 1964, i que inclou vint-i-cinc elements privatis, quedava subjecta a dos censos. Respecte al primer, constava inscrita la divisió des de 1993 i, per tant, no hi ha problema per a la inscripció d'actes relatius a aquest cens. Pel que fa al segon, no constava al registre pròpiament la divisió del cens entre totes les entitats privatives, sinó només quant a dos dels departaments, cosa que es va inscriure, respecte a aquests elements privatis, els anys 2020 i 2021.

La registradora va emetre qualificació parcialment negativa, en considerar que, en no haver-se inscrit la divisió d'aquest segon cens abans de l'1 de juliol de 2007, d'acord amb la doctrina de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació (DGDEJiM) i de les disposicions transitòries primera de la Llei 6/1990, de 16 de març, de censos, i tretzena de la Llei 5/2006, de 10 de maig, no es pot practicar cap assentament i es cancel·larà.

1.2. La doctrina de la Direcció General quant al règim transitori relatiu a la divisió de censos

La DGDEJiM recorda que, d'acord amb les diverses resolucions en què ha tractat la qüestió dels censos la divisió dels quals no consta inscrita (FD 1.1),¹ la doctrina que té ja consolidada es pot resumir com segueix (FD 1.2):

«a) Si es tracta de censos que graven més d'una finca plenament independent, per molt que la vigència s'hagi acreditat dins del termini de cinc anys que establia la disposició transitòria tercera de la Llei de censos de 1990, si l'escriptura de divisió no s'ha inscrit abans de l'1 de juliol de 2007, han quedat extingits per ministeri de la llei, i n'escau la cancel·lació a petició dels censataris, propietaris de les finques gravades.

b) Si es tracta, en canvi, de censos de vigència acreditada que graven edificis dividits en règim de propietat horitzontal, no s'aplica l'extinció *ope legis* per manca d'inscripció de la divisió entre els elements privatis que la formen, finques independents, però relacionades amb una en conjunt, que és l'edifici, i no escau la cancel·lació per manca de divisió.»

Per tant, quan l'edifici està organitzat en propietat horitzontal, la DGDEJiM considera, a aquests efectes, que no hi ha pròpiament divisió, sinó l'establiment d'una comunitat especial sobre l'edifici, a la qual no li era aplicable la disposició transitòria primera, apartat segon, lletra b,

* Email: miriam.anderson@ub.edu Aquests comentaris formen part de les activitats del «Grup de Dret civil català UB», 2021 SGR 00347.

¹ La més recent és la Resolució JUS/268/2019, de 6 de febrer (DOGC núm. 7812, de 18.2.2019); comentada a *InDret* 3, 2019.

norma primera, segon incís, de la Llei de censos de 1990, i ho rebla afirmant que «la propietat horitzontal comporta per si mateixa una quota per a cada element privatiu que permetria distribuir la pensió, i si és el cas el lluíisme i la fatiga, matemàticament i d'una manera objectiva o, fins i tot, arribar a considerar la pensió del cens no dividit entre els elements privatis com una càrrega o despesa comunitària» (FD 1.3).

Es tracta d'un criteri similar al que ja va mantenir, sota la vigència d'un dret transitori diferent, a la Resolució 24 de novembre de 2006,² i respecte a un cas en què el cens no s'havia dividit, a diferència del que succeeix en el que és objecte d'aquesta resolució.

1.3. Cens dividit entre els elements privatis en propietat horitzontal, però amb divisió inscrita només quant a alguns d'ells

La DGDEJiM considera que en aquest supòsit la qüestió plantejada és nova, atès que no es tracta, com succeïa en el cas que va donar lloc a la Resolució de 24 de novembre de 2006, d'un cens que no s'havia dividit entre els elements privatis, sinó de què, havent-se procedit a aquesta divisió, els censalistes només inscriuen la divisió quan redimeixen, entitat per entitat. Aquesta actuació es qualifica com a poc ortodoxa, però no permet tractar pitjor els censalistes que han fet la divisió entre els diversos pisos però no l'han inscrit, que els censalistes que ni tan sols ha fet la divisió (FD 1.5).

La resolució fa palès que tant la interpretació literal com la teleològica de les successives disposicions transitòries en matèria de censos, inclosa la introduïda per l'article 93 de la Llei 3/2023, de 16 de març, «és netejar el Registre de càrregues amb vigència tabular, però inexistència real, i que l'escriptura de divisió no va accedir al Registre, respecte del cens que ara ens ocupa, fins molt després de l'1 de juliol de 2007; però també és cert que no podem aplicar la sanció *ope legis* [extinció i possibilitat de cancel·lació] amb el mateix rigor que si es tractés de finques segregades, separades entre si» (FD1.5).

Partint d'aquesta darrera perspectiva, la DGDEJiM explica que l'apartat segon de la disposició transitòria tretzena de la Llei 5/2006, de 10 de maig, conté dues regles. El text de la norma és el següent:

«No es poden fer assentaments registrals relatius als censos constituïts abans del 16 d'abril de 1990 la vigència dels quals estigui acreditada, si afecten diverses finques, fins que s'inscrigui l'escriptura de divisió, atorgada de la manera i amb el termini que estableix la disposició transitòria primera de la Llei 6/1990. Si l'escriptura de divisió no s'inscriu en el termini d'un any comptat des de l'entrada en vigor d'aquest llibre, els censos s'extingeixen i es poden cancel·lar d'acord amb el que estableix l'apartat 1.»

La primera regla prohibeix que es practiquin assentaments relatius a censos històrics no dividits fins que s'inscrigui la divisió, mentre que la segona estableix, com a sanció, l'extinció si manca la inscripció dins de termini. Aquesta darrera regla és la que, per a la Direcció General, no s'aplica a la divisió de la finca en propietat horitzontal. La DGDEJiM conclou (FD 1.6) que:

² JUS/3982/2006, DOGC núm. 4776, de 7.12.2006; comentada per MARSAL GUILLAMET a *InDret* 4, 2007.

«El fet que la sanció de la segona no s'apliqui als supòsits de finques dividides en propietat horitzontal, tal com sostenim en aquesta resolució i en d'altres, no vol dir que no se'ls apliqui el manament de la primera. Així doncs, no es poden fer assentaments registrals relatius a censos amb la vigència acreditada si afecten diverses entitats privatives d'una finca establerta en règim de propietat horitzontal (que continua essent una finca) fins que s'inscrigui l'escriptura de divisió. El manament legal és clar. Atesa la finalitat de la Llei de censos de 1990 i de la disposició transitòria tretzena del llibre cinquè, que és en essència aconseguir una clarificació més gran dels censos en els registres de la propietat, no és admissible que una divisió s'inscrigui de manera sincopada, finca per finca, perquè a) la norma parla de "l'escriptura de divisió", és a dir, tota l'escriptura; b) perquè la divisió és per naturalesa un sol acte jurídic que afecta totes les finques o drets que es divideixen en el seu conjunt, a diferència de la segregació, que només afecta parts d'una finca originària; c) perquè la divisió té una transcendència considerable per als censataris, que la poden impugnar si ho creuen convenient, i d) perquè del conjunt de les normes transitòries del llibre cinquè es desprèn un cert principi que, en cas de dubte, cal resoldre en favor de la propietat i en contra de la pervivència dels censos antics.»

Per tant, la resolució estima parcialment el recurs, en el sentit d'entendre que la inscripció de la divisió és possible, però sempre que el que s'inscrigui sigui la divisió del cens en la seva totalitat i no entitat per entitat. Conclou, per tant, que no és admissible la inscripció relativa a només alguna o algunes entitats, malgrat que així consta ja al Registre per a certs elements privatius. Val a dir, d'altra banda, que segurament per a la pràctica de la inscripció de la divisió en la seva integritat, caldria una nova presentació de l'escriptura que no recollís una petició d'inscripció diferent (relativa només a alguns elements privatius), atès el principi de rogació que regeix el procediment registral i, a més, tenint present la necessitat de congruència.

Finalment, i expressant que es tracta d'un pronunciament *obiter dictum*, la DGDEJiM fa palès que considera que les regles que impedeixen la inscripció o determinen l'extinció dels censos afecten els actes i les peticions que realitzin els censalistes, però no els censataris. És a dir, que «res no impedeix que els propietaris dels elements privatius integrats en un edifici dividit en règim de propietat horitzontal gravats amb un cens de vigència acreditada, però no dividit entre els diferents elements privatius, en facin la divisió pel seu compte, a l'empara de l'article 565-6.2, o el redimeixin unilateralment, a l'empara de la disposició transitòria vint-i-dosena del llibre cinquè, redactada per l'article 93 de la Llei 3/2023, de 16 de març» (FD 1.6).

2. Resolució JUS/1557/2024, de 30 d'abril de 2024 (DOGC núm. 9160, de 10.5.2024). La inscripció al Registre de Béns Mobles d'una opció de compra d'una oficina de farmàcia a favor d'una societat

2.1. Introducció

Aquesta resolució decideix sobre la possibilitat o no d'inscriure una opció de compra d'una oficina de farmàcia al Registre de Béns Mobles. Sembla que és el primer cop que la DGDEJiM és cridada a revisar la qualificació negativa derivada d'una petició d'inscripció a aquest registre.

Es dona la circumstància que l'opció s'atorga a favor d'una societat de responsabilitat limitada unipersonal i, segons la normativa reguladora de les oficines de farmàcia, aquestes únicament es poden transmetre a persones físiques i no a societats limitades, encara que siguin de caràcter professional, cosa que, a més, no succeeix en aquest cas. El registrador denega la inscripció

al·legant com a fonaments els articles 568-1 i següents del Codi Civil de Catalunya (CCCat) i els articles 3.1, 9.6 de la Llei 31/1991, de 13 de desembre, d'ordenació farmacèutica de Catalunya; 103.4 de la Llei 14/1986, de 25 d'abril, general de sanitat; 4 i 5 de la Llei 16/1997, de 25 d'abril, de regulació de serveis de les oficines de farmàcia, així com la STSJ de Catalunya, Sala Contenciosa Administrativa, de 27 d'abril de 2011 (ECLI:ES:TSJCAT:2011:7152). També posa l'accent en què el títol d'adquisició és el dret d'opció mateix, quan s'exercita, i no una eventual compravenda posterior, segons la doctrina.⁵

Molt resumidament, el recurs presentat es basa en què, «pel fet d'atorgar una opció de compra, el Registre de Béns Mobles, atès que no té aquesta funció ni competència, no pot determinar si l'oficina de farmàcia i la persona optant compleixen els requisits per a la transmissió en el moment de l'atorgament, ja que el control és exclusiu del Departament de Salut» i en què «és en el moment de l'adquisició del dret quan s'han de donar els requisits per a l'adquisició (preu, titularitat com a farmacèutic, en aquest cas), i aquests requisits poden ser diferents, per modificacions legislatives, en el moment de la constitució de l'opció i de la compravenda. Només és amb l'exercici de l'opció, i no en el moment de la seva constitució, que la persona optant ha de complir tots els requeriments que estableix el títol constitutiu, bàsicament el preu i el temps d'exercici, i el que exigeixi l'ordenament jurídic referent a l'ordenació farmacèutica» i ho rebla amb el fet que, segons l'article 568-3.2 del CCCat, es poden constituir drets d'opció sobre coses futures i en què el propi títol constitutiu del dret d'opció preveu que aquest es pugui cedir (relació de fets III).

El notari va formular al·legacions (relació de fets IV), però, juntament amb el registrador, van elaborar l'informe en defensa de la qualificació negativa per a mantenir la qualificació negativa (relació de fets V).

2.2. L'opció de compra d'una oficina de farmàcia a favor d'una societat mercantil i la seva inscripció

La DGDEJiM parteix de què els interessats no qüestionen la normativa vigent en matèria de transmissió d'oficines de farmàcia, el control de la qual correspon al Departament de Salut, que delega parcialment en els col·legis professionals (FD 1) i comprova que l'escriptura constitutiva del dret d'opció compleix allò que preveu l'article 568-6 del CCCat (FD 2), per a dedicar el gruix de la resolució a la qüestió controvertida (FD 3).

Un dels aspectes en què fa èmfasi és el que havia apuntat el registrador quant a l'efecte de l'exercici del dret d'opció, en comparació amb el que succeeix en l'àmbit del dret estatal, on té naturalesa personal i no real (FD 3.4):

«[S]i bé en la regulació de la legislació estatal l'exercici de l'opció per la persona optant determina l'obligació de la persona concedent d'atorgar el contracte de compravenda corresponent, en el nostre CCC l'exercici de l'opció, amb el pagament del preu convingut i en el termini establert per a l'exercici de l'opció, comporta l'adquisició i la transmissió de la propietat del bé per part de la persona optant. [...] Si l'exerceix, amb el pagament del preu pactat, es converteix en propietària del

⁵ Per tots, vegeu BOSCH CAPDEVILA, «L'opció com a dret d'adquisició en el Dret civil de Catalunya», *Revista jurídica de Catalunya*, v. 107, núm. 4, 2008, p. 975-1024.

bé en què recau l'opció i el lliurament posterior per part de la persona concedent constitueix un mer traspàs possessori.»

En el supòsit, però, no n'hi haurà prou amb pagar el preu en el moment d'exercir l'opció, atès que per a la transmissió de la titularitat de l'oficina caldrà també l'autorització administrativa, que en aquests moments, d'acord amb la legislació del sector, no podrà obtenir una societat mercantil. Les parts ja van preveure a l'escriptura que es durien a terme els tràmits administratius pertinents abans d'atorgar la corresponent escriptura pública (FD 3.5); no s'havia previst l'exercici unilateral (FD 3.6).

Tot i això, la DGDEJiM conclou que la inscripció del dret d'opció és pertinent, atès que no comporta necessàriament que la transmissió es formalitzi a favor de la persona optant, que podria no exercir-la o bé cedir el seu dret. També recorda la resolució que és possible que la legislació canviï dins del període de durada de l'opció, de manera que l'optant compleixi els requisits establerts en el moment d'exercir l'opció. En definitiva, l'adquisició del bé es produeix quan l'opció s'exercita, i no en el moment de constituir-la o d'inscriure-la (FD 3.6).

3. Resolució JUS/1618/2024, de 8 de maig (DOGC núm. 9163, de 15.5.2024). Ineficàcia de disposicions testamentàries a favor del cònjuge separat

3.1. Introducció

Es presenta per a la seva inscripció instància privada d'acceptació d'herència, acompanyada d'inventari en què s'inclou la finca de què tracta la resolució. El causant va morir l'any 2023, deixant un únic testament atorgat l'any 1995. La persona que presenta la instància és la cònjuge del causant. Es van casar l'any 1977 i es van separar legalment l'any 2002.

El registrador qualifica negativament, basant-se en la ineficàcia sobrevinguda de la disposició a favor de la cònjuge separada legalment amb posterioritat a l'atorgament del testament (article 422-13 del CCCat).

El recurs es va fonamentar, en primer lloc, en l'aplicació a la ineficàcia sobrevinguda que estableix l'article 422-13 del CCCat del règim de la indignitat o inhabilitat, de manera que han de ser les persones que resultarien beneficiades si es declarés la ineficàcia les que en sol·licitin judicialment el reconeixement, sense que la puguin apreciar d'ofici ni el notari ni el registrador i sense que s'hagi de traslladar a la persona instituïda la càrrega de reclamar judicialment als possibles beneficiats per la ineficàcia, que en aquest cas serien els descendents dels germans del causant, que va morir sense deixar ascendents ni descendents i preveia, en el seu testament, la crida als nebots com a substituïts vulgars dels seus germans, premorts en obrir-se la successió. En aquest sentit, es refereix a la Resolució JUS/2694/2013, de 5 de desembre de 2013 (FD 2.5).⁴ En segon lloc, feia valer l'aplicabilitat de la regla prevista a l'apartat tercer de del referit article 422-13, al·legant diversos fets que no s'acrediten (declaracions de renda, factures d'electricitat impagades, fotografies del temps que el causant va passar a la residència on va morir) i d'altres que sí (la titularitat del nínxol, escriptura de compravenda de l'habitatge objecte del recurs) per a fer palès que, en definitiva, «la durada del matrimoni va ser de gairebé 25 anys; entre la

⁴ DOGC núm. 6529, de 27 de desembre de 2013; comentada a *InDret* 3, 2014.

separació legal i la mort van passar 21 anys, en els quals els exesposos van mantenir un contacte freqüent, i en els quals hi va haver temps més que suficient perquè [el causant] atorgués un nou testament i revoqués la institució d'hereva a favor de la seva exesposa, però no va fer mai cap altre testament. Tampoc es va instar el procediment judicial de divorci; per tant, es va mantenir vigent el vincle matrimonial» (relació de fets III).

El registrador manté en el seu informe la qualificació negativa, explicant que no pot fer conjectures sobre l'eventual voluntat del causant ni sobre una possible reconciliació, que no se li ha acreditat.

3.2. La ineficàcia del testament en la seva integritat com a conseqüència de la ineficàcia de la institució d'hereu en aplicació de l'article 422-13 del Codi Civil de Catalunya

Havent establert que, en virtut de la disposició transitòria segona, apartat 2, de la Llei 10/2008, de 10 de juliol, l'article 422-13 del CCCat és aplicable a successions regides per testaments atorgats amb anterioritat, sempre que s'hagin obert amb posterioritat a l'entrada en vigor del llibre quart del Codi (FD 1.1), la DGDEJiM passa a analitzar si es pot valorar la ineficàcia de les disposicions a favor del cònjuge separat o divorciat en el moment de qualificar.

Abans, però, la DGDEJiM recorda la seva doctrina sobre el precepte, recollida a les Resolucions JUS/2666/2016, de 21 de novembre,⁵ i JUS/4177/2010, de 26 de novembre,⁶ en el sentit que la ineficàcia no afecta íntegrament el testament, sinó només la disposició a favor del cònjuge, tret que aquesta fos la institució d'hereu, «ja que en aquest cas la ineficàcia de la institució afecta la validesa i eficàcia del testament, si el testador no ha establert una substitució en previsió que l'hereu instituït no arribi a ser-ho». Atès que en aquest cas es va preveure aquest tipus de substitució, s'evita la ineficàcia del testament, tot i que la substitució a favor dels germans de l'esposa, en ser col·laterals seus de segon grau, també resulta afectada per la ineficàcia derivada de l'apartat 4 de l'article 422-13 del Codi (FD 1.2).

Aquesta qüestió s'ha de relacionar amb una altra de més general, que és la relativa a quin és l'efecte sobre el testament de la ineficàcia de la institució d'hereu, ja sigui per repudiació, ja sigui, per exemple, per haver-se produït amb posterioritat una crisi matrimonial. La primera qüestió va ser tractada a la Resolució JUS/2437/2015, de 15 d'octubre de 2015,⁷ i decidida en un sentit contrari al que sembla ser ja doctrina reiterada de l'òrgan resolutori català quan la ineficàcia de la institució és deguda a la crisi matrimonial esdevinguda amb posterioritat a l'atorgament del testament. Així, en cas de repudiació per part de l'instituït, la DGDEJiM no té dubtes que el testament no esdevé nul i que, per tant, no es converteix en codicil, de manera que no perd l'eficàcia revocària dels testaments anteriors. Aquesta interpretació està en sintonia amb la posició doctrinal al respecte mantinguda tant per qui subscriu com per qui s'encarregava

⁵ DOGC núm. 7258, de 30.11.2016; comentada a *InDret* 2, 2017.

⁶ DOGC núm. 5789, de 4.1.2011, comentada per MARSAL GUILLAMET a *InDret* 2, 2011. Vegeu també la Resolució JUS/3188, de 17.9.2010 (DOGC núm. 5732, d'11.10.2010); comentada per MARSAL GUILLAMET a *InDret* 1, 2011.

⁷ DOGC núm. 68993, de 9.11.2015; comentada a *InDret* 1, 2016.

d'aquests comentaris amb anterioritat.⁸ En canvi, quan es tracta d'una ineficàcia de la institució deguda a l'aplicació de l'art. 422-13 del Codi Civil de Catalunya, norma aquesta l'oportunitat de la qual ja s'ha qüestionat altres vegades,⁹ la resposta és diferent i no s'acaba d'entendre amb quin fonament. En aquest cas, per a la DGDEJiM caldria que s'hagués previst una institució d'hereu per al cas que el cònjuge instituït no arribi a ser-ho, perquè d'altra manera, diu la DGDEJiM, la ineficàcia de la institució d'hereu determina la manca de validesa (i d'eficàcia) del testament en la seva integritat, perdent també, cal entendre, la força revocatòria dels testaments anteriors.

3.3. La possibilitat de valorar la ineficàcia sobrevinguda de disposicions successòries per crisi matrimonial en seu registral

Reproduint consideracions que ja s'havien realitzat a la Resolució JUS/2666/2016, la DGDEJiM determina que la ineficàcia que preveu l'article 422-13 del Codi és automàtica i que pot ser valorada pel registrador amb la mera comprovació de la documentació que li consta (FD 1.3):

«[L]a ineficàcia de les disposicions testamentàries es produeix *ope legis* i actua de manera automàtica en produir-se la crisi matrimonial: a diferència de la “presumpció de revocació” que estableix l'article 132 del Codi de successions per causa de mort (CS), precedent immediat de l'article 422-13 del CCC, aquest últim precepte imposa una “afirmació d'ineficàcia”. Malgrat que la cònjuge afectada es negui a reconèixer aquesta ineficàcia, no cal que les persones que són beneficiàries de l'herència en defecte de l'hereva l'hagin d'al·legar, sinó que el precepte legal sanciona amb la ineficàcia les disposicions efectuades a favor del cònjuge, de manera que l'al·legació pels tercers de la ineficàcia de les disposicions fetes a favor del cònjuge només és un requisit d'oposabilitat d'una ineficàcia ja existent davant de qui pretén desconèixer-la.»

Distingeix després el supòsit del que es produeix en els casos d'indignitat o d'inhabilitat per a succeir, atès que en aquests cal que la persona que es beneficiaria de la declaració pertinent les al·legui de manera que l'autoritat judicial pugui valorar les condicions, de naturalesa subjectiva, que determinen la indignitat o la inhabilitat (FD 1.4). Si bé això pot ser cert per a diverses de les causes previstes legalment, no ho és per a d'altres, com per exemple quan hi ha hagut una causa penal o quan es constati que el notari autoritzant és un dels beneficiats pel testament. En el primer cas, es podria objectar encara, seguint la línia de pensament de la Direcció General, que en seu registral no es pot entrar a valorar una eventual reconciliació o perdó. Però no així en el segon. I, en definitiva, l'automatisme que es predica d'aquesta ineficàcia per causa de crisi matrimonial s'aparta del règim establert al llibre quart del Codi fins i tot per als supòsits de nul·litat del testament. La ubicació sistemàtica del precepte, juntament amb la redacció literal del precepte, semblen ser els fonaments per a atorgar-li un règim jurídic diferent. Com hi va haver ocasió de comentar al fil de la ja citada Resolució JUS/2694/2013, en aquella ocasió la Direcció General va considerar (*obiter*, perquè el testament s'havia atorgat amb posterioritat a la

⁸ ANDERSON, «Comentari als articles 422-1 a 422-13 del Codi civil de Catalunya», a EGEA I FERNÁNDEZ/FERRER I RIBA (ed.). *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya*, v. I, Atelier, Barcelona, 2009, esp. p. 266-268 i 286-289; MARSAL GUILLAMET, *El testament*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2000, p. 104-107 i «Els negocis jurídics mortis causa», BADOSA COLL, (dir.), *Manual de Dret civil català*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003, p. 652-653.

⁹ VAQUER ALOY, «Testamento, disposiciones a favor del cónyuge y crisis del matrimonio», *Anuario de Derecho Civil*, 1, 2003, p. 67-100; GALICIA AIZPURUA; Institución hereditaria en favor del cónyuge y ulterior divorcio. Comentario a la STS de España nº 539/2018, de 28 de septiembre, *Revista Boliviana de Derecho*, 28, 2019, p. 498-513; vegeu també els comentaris a les resolucions citades en aquesta mateixa revista, així com, ANDERSON, *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya*, v. I, p. 308-316.

separació i, per tant, la regla de la ineficàcia no li era aplicable), que convindria una reforma de l'article 422-13 del Codi, tant pel que fa al seu àmbit, com pel que fa als mecanismes per a fer-la valer, que la alineï amb altres supòsits més greus considerats com a causes d'indignitat i, en general, amb el règim previst a per a la nul·litat de les disposicions testamentàries al Codi Civil de Catalunya.

Finalment, la Resolució que ara es comenta fa referència a la STS 539/2018, Civil, de 28 de setembre (ECLI:ES:TS:2018:3263), que havia estat allegada per la recurrent, i la interpreta en el sentit que, tant en l'ordenament espanyol com en el català, s'han de considerar ineficaces les disposicions testamentàries ordenades a favor del cònjuge o parella si després de l'atorgament del testament s'ha produït una ruptura de la parella (FD 1.6).

3.4. La voluntat de mantenir la disposició malgrat la crisi matrimonial

La Resolució fa seves, novament, les conclusions a les quals va arribar en la Resolució JUS/2666/2016: l'aplicació de l'article 422-13 del CCCat als testaments atorgats amb anterioritat a la seva entrada en vigor, arran del dret transitori, no s'estén a allò que preveu l'apartat tercer de l'article, atès que el testador no va poder manifestar una voluntat contrària a un efecte que la llei no preveia en el moment de l'atorgament (FD 2.1). En comentar aquesta resolució, qui subscriu ja va manifestar la seva sorpresa davant d'aquesta argumentació, en el sentit següent:

«[L]a lògica de l'argumentació no sembla prou substancial com per contrarestar tant l'afirmació clara d'aplicabilitat retroactiva de la norma en la seva integritat pel dret transitori, com el fet que allò que requereix l'apartat 3 de l'article 422-13 CCCat és que es pugui deduir d'actes del testador que hauria volgut la disposició a favor d'aquestes persones malgrat la separació o el divorci – no pas malgrat la ineficàcia que preveuen els apartats 1 i 2 de la norma. És a dir: l'excepció a la ineficàcia s'ha de deduir d'actes que posin de manifest que la voluntat del testador era beneficiar determinades persones malgrat que hagi cessat una determinada relació de convivència. No han de ser actes contraris o de reacció contra una determinada previsió legal. Per això resulta sorprenent, com dèiem, el fet que s'imposi a testaments atorgats amb anterioritat a l'entrada en vigor de l'art. 422-13 CCCat una ineficàcia que resulta absoluta per impossibilitat d'acreditar la concurrència de circumstàncies que demostren que la contemplació del matrimoni o de la convivència no van determinar la disposició testamentària.»

Tot i que no es comparteix, la postura de la DGDEJiM que considera inaplicable l'apartat tercer de l'article 422-13 a successions obertes abans de la seva entrada en vigor hauria d'haver portat, per ella mateixa, a considerar inaplicable l'excepció a la ineficàcia. Però, a continuació, la resolució es dedica a analitzar el testament i conclou que «no conté cap manifestació expressa segons la qual, malgrat una hipotètica crisi matrimonial, la disposició testamentària a favor de l'esposa es mantindria, ans al contrari; després de manifestar que està casat en úniques núpcies amb [X], manifesta de manera expressa que designa hereva “la seva esposa” [X], en particular, i identifica l'afavorida per certa qualitat, com és la d'esposa del testador» (FD 2.2). D'altra banda, tampoc no es consideren rellevants les proves extrínseques que intentava fer valer la recurrent, atès que «no impliquen una reconciliació, ni tampoc cap voluntat explícita de mantenir l'eficàcia de la disposició testamentària a favor de l'excònjuge del testador. En el mateix sentit, la manca d'atorgament d'un nou testament i la manca de revocació de l'anterior no impliquen la voluntat de mantenir la institució d'hereu a favor de l'esposa perquè, com ja apuntàvem en la nostra Resolució JUS/2666/2016, de 21 de novembre, la voluntat del testador ha de resultar del context

del mateix testament i no d'una conducta posterior aliena a aquest; en particular, d'una actuació purament d'omissió no es poden extreure conclusions relatives a la voluntat de mantenir l'eficàcia de la institució d'hereva. En el cas que resolem, no hi ha actes concloents que resultin de conductes positives i inequívokes que revelin la declaració de voluntat de mantenir l'eficàcia de la institució d'hereva a favor de l'esposa, sinó la mera abstenció o manca d'actuació del causant, que no va ni revocar ni atorgar mai un nou testament, potser confiat en la previsió que la substitució vulgar imposada en el testament que havia atorgat ja desplegaria els efectes quan arribés el moment de l'obertura de la successió» (FD 2.3).

En aquest cas, però, el testament no perdria íntegrament la seva eficàcia, atès que operaria la substitució vulgar a favor dels germans i nebots del testador (FD 2.4).

No hi ha dubte que, si es volen evitar resultats com aquests, en supòsits en què les persones que havien estat cònjuges (o ho continuen essent, però s'han separat, com succeeix en el cas objecte de la resolució), acaben mantenint una relació propera els darrers anys de la seva vida, com sembla que va succeir, una de les prioritats hauria de ser la d'atorgar nou testament, no fos cas que l'altra alternativa, la de casar-se (o reconciliar-se), tampoc no salvés l'eficàcia de la institució arran d'un argument purament tècnic. La doctrina registral, emparada pel text de la norma, efectivament mena a un procés judicial al cònjuge separat o divorciat que vulgui acreditar una reconciliació de la qual, eventualment (només eventualment), se'n pugui deduir una voluntat del causant, derivada del context del testament, contrària a la ineficàcia, a diferència del que succeeix amb les restants causes d'invalidesa i d'ineficàcia (tret de la preterició quan afecta íntegrament l'instrument successori)¹⁰.

4. Resolució JUS/1779/2024, de 23 de maig de 2024 (DOGC núm. 9175, de 3.6.2024). El dret de transmissió i la seva eficàcia

4.1. Introducció

Es presenta escriptura d'acceptació de tres herències en exercici del dret de transmissió regulat a l'article 461-13 del CCCat. La persona que presenta l'escriptura és la besneta del titular originari d'una finca situada a Òdena, la inscripció de la qual a favor de la besneta és l'objecte de la resolució.

En capítols matrimonials atorgats l'any 1945, el besavi (A) va donar tot el seu patrimoni, integrat únicament per l'esmentada finca, al seu fill (B), i va establir l'usdefruit universal a favor de la seva esposa. El fill d'A i avi de la presentant (B) va atorgar testament l'any 1947, en què instituïa hereva universal la seva cònjuge (C), que era l'àvia de la presentant. C va atorgar testament en què instituïa hereva universal la presentant, substituïda vulgarment per una seva altra neta, i nomenava usufructuari universal un fill seu, pare de la presentant.

A va morir l'any 1972. B va morir l'any 2004, sense haver acceptat ni repudiat. C va morir l'any 2019, sense haver acceptat ni repudiat l'herència de B.

¹⁰ LAMARCA MARQUÈS, «Comentari a l'article 451-16 del Codi civil de Catalunya», a EGEA I FERNÁNDEZ/FERRER I RIBA (ed.). *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya*, v. II, Atelier, Barcelona, 2009, p. 1383-1393. ANDERSON, *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya*, v. I, p. 290-293.

En l'escriptura d'acceptació presentada per la besneta, s'adquirien tres herències: la de C, la de B per dret de transmissió i la d'A, també per dret de transmissió, en exercici de la delació que, segons l'escriptura, no havien exercitat ni C ni B. Per diligència complementària, va sol·licitar també la cancel·lació de l'usdefruit a favor de l'esposa d'A, que havia mort l'any 1974.

La registradora de la propietat va qualificar negativament dues vegades: quan es va presentar l'escriptura i quan es va tornar a presentar acompanyada de l'esmentada diligència. El primer cop, es va demanar qualificació substitutòria, que va confirmar la nota. Totes tres negatives a inscriure incorren en el que la DGDEJiM qualifica com a infracció legal greu, que genera indefensió, en assenyalar com a possibilitats per a recórrer la via de la Direcció General de Seguretat Jurídica i Fe Pública o la judicial, sense tenir en compte que la competència per a resoldre sobre qüestions de dret català correspon a la Generalitat de Catalunya. En tot cas, el notari va recórrer davant d'aquesta darrera.

El desacord entre la registradora i el notari es produeix perquè la registradora considera que la finca es va adquirir gravada amb l'usdefruit a favor del fill de C, mentre que, per al notari, la finca no va entrar mai en el patrimoni de C, que va morir sense acceptar ni repudiar l'herència de B. És a dir, la registradora parteix de què el dret de transmissió afecta únicament tres persones, que són el causant originari, el transmetent i el transmissari. Si aquest darrer mor sense acceptar ni repudiar, la delació no es transmet als seus hereus, sinó que l'exerceixen en nom del transmissari mort, de forma que, si accepten, els béns entren en el patrimoni del transmissari mort i els seus hereus els adquireixen d'acord amb les disposicions que ordenen la seva successió (FD 1.4). Contràriament, el notari admet la successió en el dret de transmissió, de manera que els transmissaris de segon grau poden acceptar en nom propi l'herència del causant originari; els béns, segons aquesta tesi, no passen pel patrimoni del transmissari de primer grau (FD 1.5).

La Direcció General, però, reconduïx el debat, atès que, encara que hi hagi tres herències (les d'A, B i C), el dret de transmissió només opera quant a l'herència de B, i no quant a la d'A.

4.2. L'adquisició sense delació de l'hereu contractual

La resolució parteix de què els capítols atorgats l'any 1945 contenien un heretament, una institució contractual d'hereu de part d'A a favor de B, de manera que l'acceptació en aquell moment va conferir-li la qualitat d'hereu, que no podia després repudiar (article 72 de la Compilació de 1960, que regia la successió d'A —FD 2.1— i actual article 431-28.1 del CCCat), perquè tant el pacte successori com l'acceptació de l'herència són irrevocables. En cas de successió contractual, no hi ha delació, perquè l'hereu adquireix en el moment de la mort de l'heretant (no és possible deduir de la resolució comentada si la donació va ser de present o no). Tot això, naturalment, sempre que es tracti dels atorgants i no de tercers persones afavorides pel pacte (article 431-3 del Codi, per al dret vigent). Per tant, ja no és qüestió de determinar l'operativa d'un eventual exercici simultani de dos drets de transmissió sobre un mateix bé (aspecte, aquest, que no es resol ni tan sols *obiter*), sinó només pel que fa a la subjecció o no dels béns adquirits per la besneta per exercici del dret de transmissió de l'herència de B a les disposicions successòries ordenades per C.

4.3. L'adquisició directa del causant originari en exercici del dret de transmissió

Atès el que s'acaba de comentar, la Direcció General aclareix que a l'herència de B s'hi trobava, a banda d'altres finques, la d'Òdena de què tracta el recurs, i que, en canvi, no hi havia la delació de l'herència d'A, per les raons explicades (FD 3.1). Per tant, conclou que cal reconduir la discussió a termes diferents als plantejats a la nota i al recurs, doncs es tracta únicament de determinar si l'adquisició per part de la besneta i transmissària de la finca en qüestió, en haver exercitat en sentit positiu la delació de l'herència de B, ho va ser en plena propietat o bé gravada amb l'usdefruit que C havia establert al seu testament a favor del seu fill.

En aquest punt, la DGDEJiM adopta la tesi de l'adquisició directa del causant originari (B), sense que la finca hagi passat pel patrimoni de la transmitent (C) i, per tant, sense altres condicions o gravàmens que els que hagués tingut quan es trobava al patrimoni del causant (B). L'usdefruit a favor del fill de C només afecta els béns propis de C, no els que es trobessin a l'herència de B, que va morir sense acceptar ni repudiar.¹¹ Tal i com s'afirma a la Resolució, aquest és també el criteri que va escollir la STSJ Catalunya, Sala Civil, de 12 de juliol de 2012 (ECLI:ES:TSJCAT:2012:8895), així com la Resolució JUS/2291/2018, de 28 de setembre.¹²

5. Resolució JUS/2014/2024, de 4 de juny de 2024 (DOGC núm. 9182, de 12.6.2024). Donació de béns subjectes a administració especial

5.1. Introducció

Aquesta resolució valora la possibilitat d'inscriure una donació realitzada per una persona major d'edat a favor dels seus avis paterns. La particularitat rau en què l'objecte de la donació (una tercera part indivisa d'una plaça d'aparcament) havia estat heretada per la donant del seu pare i, en el testament d'aquest, hi constaven diverses limitacions. D'una banda, una substitució fideïcomissària a favor de la germana del causant i, de l'altra, una administració especial dels béns que heretés la seva filla, que s'haurien de destinar al seu manteniment, habitatge i educació fins que arribés als trenta anys d'edat i que s'encomanava a la germana del causant, amb expressa prohibició que la mare de la donant (i excònjuge del causant) administrés els béns heretats del pare. Quan tenia disset anys, la donant va acceptar l'herència del seu pare, representada per la seva mare. En la mateixa escriptura, la fideïcomissària renunciava al fideïcomís i acceptava el càrrec d'administradora. Poques setmanes més tard, essent la donant encara menor, la seva mare i l'administradora especial van pactar un canvi en el règim d'administració a partir de l'arribada a la majoria d'edat, de manera que es convertia en un règim de control, consistent en la comunicació dels actes realitzats per l'administrada a l'administradora en cas que aquesta darrera ho demanés. L'administradora va consentir la donació objecte de la resolució i, acte seguit, va renunciar al càrrec d'administradora. Aquesta última circumstància es coneix amb la presentació del recurs i no va ser, per tant, objecte de qualificació.

¹¹ Sobre aquesta qüestió, molt recentment, PERUGA PÉREZ, *La transmissió de la delació en el Dret Civil català. Implicacions civils, fiscals i registrals*. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Ajuts a la investigació 2023, disponible a:

<https://repositori.justicia.gencat.cat/bitstream/handle/20.500.14226/1411/La%20transmissi%C3%B3%20de%20a%20delaci%C3%B3%20en%20el%20Dret%20Civil%20catal%C3%A0.%20Implicacions%20civils%2C%20fiscals%20i%20registrals.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

¹² DOGC núm. 7724, de 11.10.2018; comentada a *InDret* 1, 2019.

La registradora va denegar la inscripció de la donació per considerar que la donant estava subjecta a una prohibició absoluta de disposar dels béns heretats (la substitució fideïcomissària, sembla ser) i perquè les normes de l'administració especial no permetien que l'administradora completés el consentiment de la donant per a realitzar actes a títol gratuït (a banda d'una altra qüestió que sembla esmenar-se i que no és objecte del recurs).

El notari va ser qui va interposar el recurs davant la DGDEJiM i, a més de fer palès que si la prohibició de disposar que considerava existent la registradora era el fideïcomís, aquest s'havia purificat amb la renúncia per part de la fideïcomissària, explica el canvi de règim d'administració realitzat, considera complerts els requisits establerts a l'article 531-10 del CCCat per a donar i recorda que el principi de llibertat civil (article 111-6 del CCCat) ha de regir també per a solucionar controvèrsies.

Ateses les limitacions de la qualificació registral (article 18 de la Llei hipotecària), que s'estenen al recurs, la DGDEJiM entén que ha de limitar-se a resoldre sobre la inscripció que se sol·licita, a la vista de la documentació presentada, del que consta en el Registre i també del canvi de règim d'administració, sense haver de respondre a les concretes qüestions que plantejava el notari ni fer valoracions sobre el relat de fets que es desprèn de l'expedient.

5.2. Sobre les disposicions testamentàries d'administració de béns de l'herència

Els primers apartats del fonament de dret segon de la Resolució es dediquen a reflexionar sobre la freqüència i utilitat de les normes d'administració de l'herència (FD 2.1); a lamentar l'absència d'una regulació específica en dret català d'aquestes previsions, malgrat que diversos preceptes denoten que s'admeten obertament; a suggerir que caldria recuperar normes com les previstes al projecte de Llei segona del Codi Civil sobre administració de béns aliens (FD 2.2); a fonamentar l'acceptació de les normes d'administració de béns de l'herència en l'article 428-6 del Codi Civil de Catalunya (FD2.3) i a recordar que el Codi de Successions va eliminar la necessitat que s'indiqués la raó o finalitat de l'administració, perquè això suposava deixar-ne la valoració en mans dels registradors a l'hora de qualificar (FD 2.4). Es remet, a més, a la Resolució JUS/2413/2021, de 21 de juliol,¹⁵ en què s'havia previst una administració especial que duraria més enllà de la majoria d'edat. Allà s'afirmava que no es volia perjudicar com es desenvoluparia l'administració especial després de la majoria d'edat, però s'acabava apuntant que les facultats d'administració i de disposició de l'hereva restarien afectades «ja que per a realitzar aquests actes sempre caldrà que hi hagi el consentiment de l'administrador especial» (FD 1.3 i 2.4).

En el supòsit objecte de la resolució que ara es comenta, la DGDEJiM considera que el que es pretenia era evitar que la filla administrés els béns heretats, però, sobretot, es volia impedir que ho fes la seva mare, de qui el causant s'havia divorciat. La limitació era temporal, tal i com requereix l'esmentat article 428-6, i es donava la circumstància que el causant havia previst expressament que en cap cas caldria autorització judicial per a la realització d'actes de disposició onerosa o gratuïta. D'això se'n dedueix que, si els podia realitzar l'administradora sense autorització quan l'administrada era menor, amb més raó podria quan fos major d'edat i «és aquesta la que en consent» (FD 2.4).

Nogensmenys, la DGDEJiM assenyala que, en el supòsit analitzat, qui dona és la filla, quan, segons la disposició testamentària, era la seva tia, l'administradora, qui havia de fer-ho, atès que

¹⁵ DOGC núm. 8471, de 3.8.2021; comentada a *InDret* 4, 2021.

la primera no podia disposar d'aquests béns fins arribar als trenta anys d'edat. Però la concurrència dels consentiments que en tot cas caldrien i que indiquen la voluntat de fer efectiu el desplaçament patrimonial, juntament amb el valor que es dona al canvi pactat en el règim d'administració, porten l'òrgan resolutori a decidir en el sentit de no requerir un nou atorgament de l'escriptura per raons d'economia processal (FD 2.5) — nou atorgament que, d'altra banda, resultaria també complicat, havent renunciat l'administradora al càrrec.

Per últim, la Resolució s'aborda la qüestió de si es poden donar béns subjectes a administració especial quan aquesta s'ha previst per a la manutenció, habitatge, vestit, assistència mèdica i formació de la persona administrada. La DGDEJiM considera que, malgrat que pugui semblar que la donació estaria exclosa per raó de la finalitat expressada, no hi ha cap prohibició expressa de transmetre a títol gratuït i, atès que concorren tots els consentiments necessaris i que la donació no es fa a favor de la mare, única persona a qui el causant volia excloure de l'administració, cal ser pragmàtics i acceptar-ne la possibilitat (FD 2.6). Per tant, s'estima el recurs i es permet la inscripció de la donació.

Hi ha una qüestió que, fins on s'ha pogut comprovar, queda pendent de resoldre, però es va repetint i suggerint com a segura en diversos moments en les resolucions que s'han ocupat d'aquestes previsions: la relativa a si cal el consentiment de la persona major d'edat administrada per a actes que s'han encomanat a l'administrador. Segurament la resposta ha de ser afirmativa, tenint en compte que les limitacions al poder de disposició s'han d'interpretar de manera restrictiva i permetre que actuï per ella mateixa l'administradora especial una vegada la titular ha arribat a la majoria d'edat, sense el consentiment d'aquesta, podria conduir a una limitació excessiva. Tal i com s'afirma en aquesta resolució, calen regles clares que resolguin problemes de tanta entitat com aquest.

6. Resolució JUS/2093/2024, de 7 de juny de 2024 (DOGC núm. 9185, de 17.6.2024). Ineficàcia de disposicions testamentàries a favor del cònjuge divorciat o dels seus parents

6.1. Introducció

Aquesta resolució tracta novament el supòsit regulat per l'article 422-13 del CCCat i continua la línia doctrinal marcada per les Resolucions JUS/2666/2016 i JUS/1618/2024, que s'ha analitzat en l'apartat tercer d'aquests mateixos comentaris.

En aquest cas, el causant va atorgar testament l'any 1999, en què instituïa hereva la que llavors era la seva esposa, amb substitució vulgar a favor dels seus descendents i, en defecte d'aquests, instituïa hereus els seus pares i els seus sogres per meitats, substituïts pels seus respectius descendents. L'any 2007 es va divorciar i va morir l'any 2022 sense haver atorgat cap altre testament.

El que es presenta per a la seva inscripció és acata de notorietat de declaració d'hereus abintestat a favor de dos nebots del causant, la mare dels quals havia renunciat a l'herència.

La registradora va considerar que es tractava d'un supòsit d'interpretació del context del testament, tal i com estableix l'article 422-13.3 del Codi, que podia donar lloc a resultats contradictoris, segons si es considerava o no que la designació dels sogres amb noms i cognoms significava que el causant els volia instituir com a substituïts independentment de si es produïa la crisi conjugal, perquè el matrimoni no hauria estat la raó per la qual se'ls va instituir. Encara

que la resposta fos negativa, la registradora afirmava que els nebots del causant haurien d'entrar com a substituïts vulgars per ser descendents dels progenitors del causant i no com a hereus abintestat. Per això entenia que, per tal d'inscriure, o bé els substituïts parents de la que fou cònjuge del causant renunciaven als seus drets o bé havia de ser l'autoritat judicial qui decidís. El notari va recórrer, en interpretar que l'aplicació de l'article 422-13 del CCCat era indubtable i que no es pot convertir en regla l'excepció prevista a l'apartat tercer del precepte. Al·legava també els articles 423-8 i 451-3 del CCCat per justificar que la successió dels nebots era intestada.

6.2. La ineficàcia de disposicions testamentàries per crisi matrimonial

La resolució ara comentada reproduïx les interpretacions mantingudes en anteriors pronunciaments quant a l'aplicació retroactiva de la norma (FD 1.1), que no s'estén a l'apartat tercer (FD 2.1) (la qual cosa ja s'ha qüestionat en comentar les Resolucions JUS/2666/2016 i JUS/1618/2024) i també pel que fa a què la ineficàcia afecta només les disposicions pertinents, però no al negoci testamentari en la seva integritat, tret que afectin la institució d'hereu (FD 1.2) (vegeu-ne també les crítiques a l'apartat tercer d'aquests comentaris) i a la seva eficàcia automàtica pel sol fet de produir-se la crisi matrimonial (FD 1.3). Reitera igualment que no cal que els beneficiats per la ineficàcia l'al·leguin si no és com a requisit d'oposabilitat d'una ineficàcia ja existent davant de qui pretengui desconèixer-la (FD 1.4) i que no es pot extreure d'una omissió (com ara la consistent en no haver revocat el testament) una voluntat del causant de mantenir la institució malgrat la crisi matrimonial (FD 2.3).

En el supòsit concret, la DGDEJiM considera que la ineficàcia afecta les disposicions testamentàries a favor dels parents del cònjuge (els progenitors i els seus descendents), tot i que afirma, no se sap per quina raó, que no ocupaven en el testament una posició de substituïts de l'hereva (FD 1.5). D'altra banda, malgrat haver afirmat que la regla de l'apartat tercer de l'article 422-13 del Codi Civil no és aplicable a testaments atorgats amb anterioritat a la seva entrada en vigor, entra a valorar-ho, per concloure que no se'n donen els pressupòsits (FD 2.2).

Finalment, la DGDEJiM considera, com ho havia fet la registradora, segons la relació de fets II,¹⁴ que els nebots haurien de succeir per efecte de la substitució vulgar prevista al testament, amb acreixement de la meitat que s'havia atorgat als parents de l'exesposa del causant (article 462-1 del CCCat), i no per successió intestada, però, atès que el resultat és el mateix, es considera pertinent estimar el recurs, revocar la nota i ordenar la pràctica de la inscripció sol·licitada (FD 3.2). A parer de qui subscriu, encara que el resultat sigui el mateix i que l'economia processal pugui aconsellar aquesta solució, el principi de legalitat que presideix la mecànica registral resulta qüestionat, perquè el títol presentat no és l'adient.

¹⁴ Tot i això, al FD 3.2 s'afirma que la registradora no havia fet qüestió del títol en què constava l'acceptació.

7. Resolució JUS/2144/2024, d'11 de juny de 2024 (DOGC núm. 9187, de 19.6.2024). Renúncia a un fideïcomís de residu condicional

7.1. Introducció

Es presenta al Registre de la Propietat escriptura de renúncia a un fideïcomís de residu per part dels quatre nets de la causant. Entre altres estipulacions, la causant havia establert, en pacte successori atorgat juntament amb una de les seves filles, a qui també s'anomenava marmessora universal amb àmplies facultats de decisió, uns prelegats a favor de la seva altra filla, gravats amb una substitució preventiva de residu a favor dels seus quatre nets, a la vegada substituïts pels seus descendents per estirps. Posteriorment a la inscripció de les finques prelegades a favor de les dues filles, per parts iguals i gravades per un usdefruit a favor d'una germana de la causant i, a més, amb una meitat indivisa gravada pel fideïcomís de residu, els quatre nets van atorgar l'esmentada escriptura de renúncia al fideïcomís, en què sol·licitaven la cancel·lació d'aquest i també de les limitacions a la facultat de disposició de la fiduciària.

La qualificació va ser negativa. La registradora va considerar que la renúncia al fideïcomís de residu no en determina la cancel·lació, atesa la substitució vulgar a favor dels descendents. Tampoc no cancel·la la limitació de facultats dispositives establertes en el pacte, segons el qual la prelegatària gravada amb el fideïcomís només podria disposar a títol onerós i en cas de necessitat, apreciada d'acord amb les regles que també fixava el pacte.

El notari va recórrer, al·legant, d'una banda, la manca de motivació i l'absència de citació de cap article del Codi Civil de Catalunya a la nota de qualificació, i de l'altra, que els descendents ulteriors van ser cridats com a substituïts vulgars, però no en la substitució fideïcomissària de residu. Argumenta també el principi contrari als fideïcomisos que es pot extreure de l'article 426-14.2 del CCCat. A més, extingit el fideïcomís per renúncia els fideïcomissaris possibles, també s'ha de cancel·lar, a parer seu, la limitació de disposar que porta associada.

7.2. Dues qüestions procedimentals

La resolució comença per analitzar les al·legacions formulades al recurs quant a la manca de motivació de la nota. Considera la DGDEJiM que, malgrat la qualificació fos succincta, els motius pels quals es denega la inscripció s'expressen de manera clara i entenedora, de forma que no queda dubte de quina ha estat la justificació de la negativa i, per tant, no es genera indefensió, tenint present, a més, que el notari recurrent té aptituds i coneixements que li permeten copsar-ne el significat i saber contra què es recorre (FD 1.1). Val a dir, però, que aquesta apreciació no es pot estendre a altres possibles interessats, especialment els presentants mateixos, a qui el notari, per suposat, no representa.

Pel que fa al fet que no se citin els articles del Codi que es consideren infringits, la DGDEJiM fa una tasca pedagògica en afirmar que caldria aquesta cita, encara que fos succincta (FD 1.2), tot precisant que l'escenari invers no és admissible: és a dir, no n'hi ha prou amb la cita d'un precepte legal si no va acompanyada d'una explicació de la causa de la negativa a inscriure, la qual cosa sí que podria generar indefensió. En tot cas, es torna a fer al·lusió a la capacitat jurídica del notari per tal de reblar que la manca de cita de preceptes legals no li genera indefensió (FD 1.3). De nou, potser no en genera per al notari, però no és l'únic (ni el principal) destinatari de la notificació.

Els aspectes procedimentals es tanquen, un cop més, amb una forta reprovació a la registradora per no haver inclòs en la nota, com exigeix l'article 40.2 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques, quines eren les vies de recurs possibles: la nota assenyala, com en el cas de la Resolució JUS/1779/2024, tractada a l'apartat quart d'aquests comentaris, la possibilitat de recórrer davant la Direcció General del Ministeri de Justícia o per la via judicial, obviant el fet que l'òrgan competent per a resoldre és la DGDEJiM. En aquest sentit, considera que es tracta d'una vulneració de drets molt greu, que lesiona el principi de defensa, motiu pel qual no corre el termini per a interposar el recurs «i la nota de qualificació només té efecte a partir de la data en què l'interessat dugui a terme actuacions que suposin el coneixement del contingut i abast d'aquesta o interposi qualsevol recurs que consideri procedent». Nogensmenys, essent així que el notari va recórrer davant la DGDEJiM, no es produeix aquest efecte (FD 1.4). De nou, potser sí que es produeix quant als restants interessats.

7.3. La crida dels substituïts vulgars com a fideïcomissaris

El notari recurrent defensa que la clàusula continguda al pacte successori en què s'estableix la substitució fideïcomissària és molt precisa i que els substituïts vulgars no s'han de considerar fideïcomissaris, sinó únicament substituïts vulgars dels quatre fideïcomissaris designats amb noms i cognoms. La DGDEJiM, en canvi, entén que la interpretació més comuna d'aquesta clàusula és considerar els substituïts vulgars fideïcomissaris, si entra en joc la substitució vulgar. El principi *in dubio contra fideicomisum* opera únicament com a «norma interpretativa de segon grau», quan «no s'ha establert un fideïcomís exprés, ni es dedueix de les paraules emprades, ni tampoc s'imposa legalment en virtut de les normes d'interpretació, si s'infereix raonablement i clara la substitució fideïcomissària», tal i com ha considerat la jurisprudència¹⁵ (FD 2.1). Considera que la interpretació del notari forçaria tant el text de l'article 426-7 del CCCat com la literalitat de la clàusula establerta en el pacte successori; farien falta altres elements que avalessin una interpretació diferent a la pràctica habitual i al sentit literal de les paraules emprades (FD 2.3).

7.4. La renúncia al fideïcomís

Fent referència a les seves anteriors Resolucions JUS/953/2017, de 26 d'abril,¹⁶ i JUS/1203/2017, de 17 de maig,¹⁷ la DGDEJiM recorda que, en els fideïcomisos condicionals, no es pot avançar la delació, que es produeix en el moment de la defunció del fiduciari. Només llavors se sabrà qui són els fideïcomissaris possibles i serà únicament la renúncia per part d'aquestes persones la que determinarà l'alliberament, com va succeir en el supòsit tractat a la Resolució JUS/1623/2012, de 26 de juliol.¹⁸

¹⁵ La Resolució esmenta, en aquest sentit, la STSJ Catalunya (Sala Civil i Penal), de 25 de maig de 2009 (ECLI:ES:TSJCAT:2009:2189).

¹⁶ DOGC núm. 7366, de 10.5.2017; comentada a *InDret* 3, 2017.

¹⁷ DOGC núm. 7383, de 2.6.2017; comentada a *InDret* 4, 2017.

¹⁸ DOGC núm. 6191, de 13.8.2012; comentada per a *InDret* 2, 2013. En el FD 2 d'aquesta resolució, sense ésser necessari per a decidir la qüestió plantejada, es podia llegir que: «La renúncia en vida de la fiduciària, purifica el fideïcomís, amb l'efecte que els béns deixen d'estar-hi subjectes i s'integren com a lliures en l'herència de la fiduciària». Segurament va ser una simple errada, perquè tant en resolucions posteriors (així, les que s'acaben de citar), com ja en la Resolució 22 d'octubre de 2007 (JUS/3526/07, de 9 de novembre; DOGC núm. 5015, de

La delació a favor dels fideïcomissaris es produeix quan mor el fiduciari; amb anterioritat a aquest moment tenen només una expectativa (FD 3.1). Tot i això, l'article 426-12 del CCCat permet que es renunciï amb anterioritat al fideïcomís, però en el benentès que el fideïcomís únicament s'extingirà si renunciem «tots els possible fideïcomissaris», cosa que no succeeix en el cas estudiat. Amb independència del fet que el fideïcomís sigui de residu, és possible que en el moment de la defunció de la fiduciària hi hagi altres fideïcomissaris, com es deixa entreveure que pot ser el cas en el recurs (és a dir, que poden haver-hi descendents dels actuals renunciants) (FD 4.1). L'aplicació mecànica de l'article 426-6.1 del CCCat queda enervada per la clàusula de substitució vulgar (FD 4.2).

Finalment, la DGDEJiM considera que tampoc no es pot cancel·lar la limitació a la facultat de disposició, perquè aquesta no té substantivitat pròpia, sinó que va lligada al fideïcomís (FD 5.1).

8. Resolució JUS/2287/2024, de 18 de juny de 2024 (DOGC núm. 9193, de 28.6.2024). Lliurament de llegats de cosa aliena i permuta de llegats

8.1. Introducció

El supòsit que dona lloc a aquesta resolució es pot resumir com segueix: la causant va atorgar testament l'any 2007 en què, entre altres disposicions, llegava a dos nets seus dos pisos situats al mateix edifici de la ciutat de Barcelona que, en el moment de testar, no eren de la seva titularitat, atès que l'any 1999 els havia aportat a una societat mercantil en la qual era titular del 99,5% del capital social. L'any 2012 aquesta mercantil es va escindir en dues societats, en què la causant conservava l'esmentat percentatge de capital i els fills de la qual, a qui havia instituït hereus en el seu testament, n'eren administradors mancomunats.

La testadora va morir l'any 2013. L'any següent, les dues societats mercantils titulars de les finques van aprovar el lliurament de la possessió i domini dels pisos als nets. Uns dies més tard, van atorgar escriptura d'acceptació i partició d'herència i lliurament de llegats. En aquesta escriptura cadascun dels fills s'adjudicava, com a hereu, les participacions socials d'una de les mercantils.

Deu anys més tard, es presenta l'escriptura al Registre. La qualificació és negativa per dos motius. El primer defecte consisteix en què les finques adjudicades als nets no es corresponen amb les que els pertocaven segons el testament: a un dels nets se li adjudica la que es llegava a l'altre i viceversa. A continuació la nota fa referència a l'eficàcia del llegat d'efectes reals i a la inaplicabilitat de l'article 464-6.1 del CCCat, per no ser els legataris hereus. El segon defecte que assenyala la nota és que, en tractar-se d'un llegat de cosa aliena (que, com és natural, no pot tenir eficàcia real), perquè la causant no era titular de les finques en testar i tampoc no estaven en el seu patrimoni en morir, considera que no hi ha causa lícita i suficient per al negoci translatiu produït entre les mercantils i els legataris i que, per tant, no poden accedir al Registre les adquisicions per part d'aquests.

Els nets van recórrer, adduint que els pisos no eren els mateixos, però que es trobaven al mateix edifici, tenien característiques molt semblants i un valor econòmic idèntic, i que havien decidit

23.11.2007; comentada per MARSAL GUILLAMET a *InDret* 3, 2008), s'ha seguit el criteri mantingut en la resolució que ara es comenta: la renúncia en vida del fiduciari no purifica el fideïcomís condicional.

intercanviar-los. Consideraven que els llegats tenien eficàcia obligacional i que la titularitat no s'adquiria, per tant, amb la delació, sinó amb l'acceptació dels legataris, citant l'article 427-16.1 del CCCat. Entenien que l'article 464-6.1, en relació amb l'article 427-16.8 del CCCat, és aplicable en cas de consentiment unànim dels hereus i legataris. També al·leguaven que un altre llegat de similars característiques s'havia inscrit en un altre registre de Barcelona, i negaven que es tractés de veritables llegats de cosa aliena, atès que els hereus de la seva àvia no havien hagut de comprar o adquirir els pisos de terceres persones, en ser propietaris, juntament amb els legataris, de totes dels participacions socials de les mercantils titulars dels pisos, de manera que era suficient l'adjudicació directa.

En el primer fonament de dret, la DGDEJiM situa la qüestió controvertida, remarca les confusions en què incorren tant la nota de qualificació com el recurs i passa a analitzar seguidament l'eficàcia dels llegats controvertits.

8.2. Els llegats de cosa aliena i la seva eficàcia

La resolució considera que els llegats a favor dels nets eren de cosa aliena (article 427-24.1 del CCCat), perquè en el moment de testar pertanyien a un subjecte de dret que no era la causant, malgrat fos titular de la pràctica totalitat de les participacions de la mercantil que n'era la propietària. Es tracta, per tant, d'un llegat d'eficàcia obligacional (article 427-10.2 del CCCat), de manera que «l'objecte del llegat de cosa aliena no constitueix, doncs, un dret de propietat sobre la cosa en què recau el llegat, sinó un dret de crèdit que permet al legatari reclamar el lliurament a la persona gravada i convertir-se en propietari només quan el lliurament es produeixi» (FD 2.1). En conseqüència, els legataris no van adquirir cap dret de propietat sobre els pisos, ni en el moment de la delació ni en el moment de l'acceptació, sinó únicament un dret de crèdit contra els hereus (FD 2.2). Però aquest dret de crèdit el van adquirir en el moment de la mort de la causant, tal i com estableix l'article 427-15 del CCCat i confirma l'article 427-16.1 del mateix text legal (FD 2.3).

8.3. La permuta dels crèdits al lliurament dels llegats (i una interpretació més restrictiva de l'article 464-6.1 del Codi Civil de Catalunya)

De la mateixa manera que l'hereu pot cedir el seu dret a un tercer (article 461-5.b del CCCat), també el titular d'un dret de crèdit, com és el cas del legatari, pot fer-ho (article 1112 del Codi Civil espanyol) i per a aquesta cessió no cal el consentiment dels hereus. Segons la DGDEJiM, això succeeix «ja que l'objecte del llegat no forma part de l'herència» (FD 2.4). A parer que qui subscriu aquests comentaris, el dret de crèdit que atribueix el llegat d'eficàcia obligacional no és personalíssim i és transmissible per la sola voluntat del seu titular, tant si té per objecte béns aliens com si requereix del gravat una altra prestació. En tot cas, la resolució posa l'accent en què la permuta dels drets de crèdit és admissible, sense necessitat d'al·legar l'article 464-6.1 del CCCat, atès que aquest precepte es refereix a la partició de l'herència i només els hereus estan legitimats per prescindir de les disposicions particionals del causant, sense que es pugui estendre aquesta facultat als legataris (FD 2.4).

Aquesta interpretació del precepte, que es comparteix, és en certa mesura sorprenent, donada la tendència que ha mostrat en resolucions recents la DGDEJiM a aplicar la regla de l'article 464-6.1 del CCCat a supòsits diferents a aquells que preveu la seva lletra. Així, per exemple, en la

Resolució JUS/1299/2021, de 30 d'abril,¹⁹ es va considerar admissible una partició realitzada sense tenir en compte la reversió establerta en una donació realitzada pel causant. I en la Resolució JUS/2744/2023, de 19 de juliol de 2023,²⁰ es va acceptar com a possible que les hereves consentissin una interpretació del testament que variava l'extensió de l'usdefruit llegat a la vídua del causant, que no era hereva, amb el seu consentiment, sobre la base del que estableix l'article 464-6.1 del CCCat.

8.4. El compliment de l'obligació de lliurament per persona diferent a l'hereu gravat

Pel que fa al fet que les finques objecte del llegat de cosa aliena es transmetessin per part de les societats mercantils que n'eren titulars als legataris, mitjançant acords adoptats per aquelles amb aquesta finalitat, la registradora havia considerat que es tractava d'un negoci sense causa, cosa que la DGDEJiM qualifica d'incorrecte i fruit d'una confusió entre la causa de l'obligació i la causa de la tradició, trobant-se aquesta darrera a l'article 1901 del Codi Civil espanyol i no a l'article 1274 del mateix text legal. En aplicació del primer, entén que la transmissió, en escriptura pública (article 531-4.2.a del CCCat), duta a terme pels fills de la causant, en la seva condició d'hereus i d'administradors de les mercantils, a favor dels legataris, respon a una *causa solvendi*, i que «el negoci jurídic determinant del dret real a inscriure» és el testament (FD 3.2 i 3.3).

Es podria haver emprat encara un altre argument, a parer de qui subscriu, per tal d'admetre el pagament dels llegats per part de les mercantils, és a dir, per part de subjectes de dret diferents als obligats, que no és altre que el pagament per tercer que accepta l'article 1158 del Codi Civil espanyol. Sens perjudici de les implicacions fiscals que aquesta manera de procedir pugui tenir (els interessats, de fet, «s'han estalviat» una transmissió), sembla que, de la mateixa manera que es podria admetre la inscripció d'una dació en pagament acordada amb persona diferent al deutor per tal d'extingir un deute d'aquest, també s'hauria d'acceptar en aquest cas, atesa l'amplitud del precepte.

9. Resolució JUS/2444/2024, de 28 de juny de 2024 (DOGC núm. 9201, de 10.7.2024). Denegació d'anotació preventiva de demanda de reclamació d'una quantitat de diners

9.1. Introducció

El supòsit que dona lloc a aquesta resolució és dels que fan pensar que potser hi hauria d'haver escenaris en què fos possible denegar, d'entrada, si no l'assentament de presentació i la qualificació, almenys sí el recurs.

El que es presenta al registre per a la seva inscripció és un manament judicial ordenant una anotació preventiva de demanda. En aquesta es reclama la devolució d'un préstec que la demandant havia fet al seu fill i a la seva jove per a adquirir una plaça de garatge. Havent-se separat els prestataris, la justificació per sol·licitar com a mesura cautelara la referida anotació

¹⁹ DOGC núm. 8406, de 10.5.2021; comentada a *InDret* 3, 2021.

²⁰ DOGC núm. 8969, de 31.7.2023, comentada a *InDret* 2, 2024.

preventiva es vol trobar en el fet que, havent-hi en curs una demanda de divisió de la cosa comuna de la referida plaça de garatge, es considera que la seva venda a tercers podria significar la pèrdua de possibilitats de recuperar els diners prestats.

La registradora, naturalment, va denegar la inscripció, atès que la reclamació de quantitat no té per objecte cap dels supòsits previstos pels articles 42.1 i 42.5 de la Llei hipotecària i perquè una reclamació de quantitat només podria ser objecte d' anotació preventiva d' embargament, si fos el cas.

El resum del recurs que es fa a la relació de fets III de la resolució sembla reflectir que la procuradora que el presenta considera que, d' acord amb l' article 552-12.3 del CCCat, qualsevol creditor té dret a intervenir en la divisió de la cosa comuna per tal de garantir que el podrà fer efectiu sobre l' immoble que s' està dividint i que això ha de permetre l' anotació sobre la finca. En l' informe, la registradora confirma la nota i afegeix, en resposta al recurs, que al registre no hi ha constància de l' acció de divisió de la cosa comuna i, a més, tal i com rotundament estableix l' article citat, no hi ha dubte que els creditors no poden impedir la divisió. La facultat d' assistir a la divisió no comporta cap vinculació de la finca.

9.2. Els creditors dels cotitulars no tenen cap dret real o vinculació especial sobre la cosa comuna que es divideix

Com no podia ser d' altra manera, la DGDEJiM conclou que no es pot intentar convertir el dret d' assistir a la divisió en un dret real o en una vinculació especial, perquè «acceptar aquesta interpretació equivaldria a atribuir als creditor del causant i als dels hereus una vinculació sobre tots els béns de l' herència», per la remissió que fan els articles 463-3, 463-4 i 463-6 del Codi Civil a les normes sobre divisió de la cosa comuna, la qual cosa considera inacceptable. I afegeix que donar als creditors una garantia superior en cas de divisió a la que tenen en cas de venda no té «cap fonament legal ni lògica pràctica» (FD 1.2). A la qual cosa es podria sumar encara que el fet que hi hagi comunitat no fa de millor condició al creditor, en comparació amb quan hi ha un propietari únic, cas en el qual, igualment, l' única via per a vincular l' immoble seria l' anotació preventiva d' embargament. Per això, la DGDEJiM conclou que: «I si queda clar que l' article 552-12 del CCC no atribueix als titulars dels drets de crèdit cap vinculació o dret real sobre l' objecte de la divisió, també sembla clar que qui reclama una quantitat de qualsevol dels cotitulars no pot obtenir, per aquest simple fet, una anotació preventiva de demanda sobre els béns objecte de divisió d' acord amb el que estableix l' article 42 de la LH i la reiterada doctrina de la DGSJFP del Ministeri de Justícia».²¹

²¹ Vegeu, recentment, les Resolucions de la Direcció General de Seguretat Jurídica i Fe Pública de 8 de gener de 2024 (BOE núm. 44, de 19.2.2024) i 19 de març de 2024 (BOE núm. 89, d' 11.4.2024). També, a la Resolució de 24 de juliol de 2023 (BOE núm. 231, de 27.9.2023), que recull una visió més flexible al respecte, es pot llegir que: «Por lo tanto, debe aplicarse la doctrina de este Centro Directivo antes invocada, en el sentido de que sólo se permite la anotación de aquellas demandas en las que se ejerciten acciones reales atinentes a la propiedad o a un derecho real sobre el inmueble o acciones personales cuya estimación pudiera producir una alteración en la situación registral, pero en modo alguno pueden incluirse aquellas otras, como la ahora debatida, en las que únicamente se pretende el pago de una cantidad de dinero, sin que culminen en una resolución con trascendencia en cuanto a la titularidad de las fincas sobre las que recaigan. -Cuando lo que se pretende es afectar una finca al pago de una cantidad ante el peligro de que una futura insolvencia del demandado frustre la expectativa de cobro del actor, lo procedente es una anotación de embargo preventivo o, en su caso, de prohibición de disponer, si se dan los requisitos para ello, lo que no se ha acordado en este caso.»

10. Bibliografia citada

ANDERSON, Miriam, «Recursos governatius. Comentaris a les resolucions de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació», *InDret*, 2, 2013, disponible a: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/975.pdf>; *InDret*, 3, 2014, disponible a: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1066_cat.pdf; *InDret*, 1, 2016, disponible a: https://indret.com/wp-content/uploads/2018/05/1205_ca.pdf; *InDret*, 2, 2017, disponible a: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1297.pdf>; *InDret*, 3, 2017, disponible a: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1316.pdf>; *InDret*, 4, 2017, disponible a: <https://indret.com/wp-content/uploads/2017/12/1340.pdf>; *InDret*, 1, 2019, disponible a: <https://indret.com/wp-content/uploads/2019/04/1439.pdf>; *InDret*, 3, 2019, disponible a: <https://indret.com/wp-content/uploads/2019/10/1476.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>; *InDret*, 2, 2024, disponible a: <https://indret.com/wp-content/uploads/2024/04/1857.pdf>.

ANDERSON, Miriam, «Comentari als articles 422-1 a 422-13 del Codi civil de Catalunya», a EGEA I FERNÁNDEZ, Joan/FERRER I RIBA, Josep (ed.). *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya*, v. I, Atelier, Barcelona, 2009, p. 258-316.

BOSCH CAPDEVILA, Esteve, «L'opció com a dret d'adquisició en el Dret civil de Catalunya», *Revista jurídica de Catalunya*, v. 107, núm. 4, 2008, p. 975-1024.

GALICIA AIZPURUA, Gorka, «Institución hereditaria en favor del cónyuge y ulterior divorcio. Comentario a la STS de España nº 539/2018, de 28 de septiembre», *Revista Boliviana de Derecho*, 28, 2019, p. 498-513.

LAMARCA MARQUÈS, Albert, «Comentari a l'article 451-16 del Codi civil de Catalunya», a EGEA I FERNÁNDEZ, Joan/FERRER I RIBA, Josep (ed.). *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya*, v. II, Atelier, Barcelona, 2009, p. p. 1383-1393,

MARSAL GUILLAMET, Joan, «Recursos governatius. Comentaris a les resolucions de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques», *InDret*, 4, 2007, disponible a: https://indret.com/wp-content/uploads/2007/10/486_cat.pdf; *InDret*, 3, 2008, disponible a: https://indret.com/wp-content/uploads/2008/07/563_ca.pdf; *InDret*, 1, 2011, disponible a: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/798_cat.pdf; *InDret*, 2, 2011, disponible a: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/810_cat.pdf.

MARSAL GUILLAMET, Joan, «Els negocis jurídics mortis causa», a BADOSA COLL, Ferran (dir.), *Manual de Dret civil català*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003, p. 651-664.

MARSAL GUILLAMET, Joan, *El testament*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2000.

PERUGA PÉREZ, Enrique, *La transmissió de la delació en el Dret Civil català. Implicacions civils, fiscals i registrals*. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Ajuts a la investigació 2023, disponible a:

<https://repositori.justicia.gencat.cat/bitstream/handle/20.500.14226/1411/La%20transmissi%C3%B3%20de%20la%20delaci%C3%B3%20en%20el%20Dret%20Civil%20catal%C3%A0.%20Implicacions%20civils%20i%20fiscals%20i%20registrals.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

VAQUER ALOY, Antoni, «Testamento, disposiciones a favor del cónyuge y crisis del matrimonio», *Anuario de Derecho Civil*, 1, 2003, p. 67-100.

3.2024

InDret

Revista Crítica de Jurisprudencia Penal

Sección coordinada por Ramon Ragués i Vallès*

¿Reconoce el Tribunal Supremo el principio de no punición o no penalización de las víctimas de trata de seres humanos? Comentario a la STS 960/2023, de 21 de diciembre, por Carolina VILLACAMPA ESTIARTE.

Atenuante de dilaciones indebidas y (cuasi-)prescripción del delito: ¿Una relación de vasos comunicantes? Comentario a la STC 48/2024, de 8 de abril, por Víctor GÓMEZ MARTÍN.

¿Son típicas las manifestaciones ante los centros de interrupción voluntaria del embarazo? Comentario a la STC 75/2024, de 8 de mayo, por Oriol MARTÍNEZ SANROMÀ.

Imprudencia o dolo eventual: el caso de un disparo injustificado entre policías. Comentario a la sentencia Rol N° 250.819-2023 dictada 22 de febrero de 2024 por la Corte Suprema de Chile, por Rodrigo ÁLVAREZ QUEVEDO.

-

* 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.

¿Reconoce el Tribunal Supremo el principio de no punición o no penalización de las víctimas de trata de seres humanos?

Comentario a la STS 960/2023, de 21 de diciembre

Carolina Villacampa Estiarte*
Universitat de Lleida
carolina.villacampa@udl.cat

1. El caso de autos: supuesto de hecho y pronunciamiento del Tribunal Supremo

La respuesta al interrogante que encabeza este comentario de sentencia debe ser desgraciadamente negativa a la luz de la resolución que lo motiva, como se tratará de exponer en las páginas que siguen. Si bien un anterior y no lejano pronunciamiento del Tribunal Supremo (TS) podría haber conducido a pensar que reconocía la vigencia del referido principio a través de la aplicación de la excusa absolutoria contenida en el art. 177 bis 11. CP, que considera exentas de pena a las víctimas de trata por las infracciones penales que se hayan visto obligadas a cometer por los tratantes, la sentencia aquí comentada conduce a una conclusión distinta. En efecto, la sentencia del TS (STS) 59/2023 de 6 de febrero¹, casando la resolución condenatoria dictada por la correspondiente Audiencia Provincial (AP), absuelve de la condena como cómplice de los delitos de falsedad documental y estafa continuados a una mujer obligada por su reclutador, también condenado en la sentencia de instancia como autor de dichos delitos, a cometer un delito continuado de estafa portando pasaporte falso facilitado por él en aplicación del art. 177 bis. 11 CP. Considera probado el pronunciamiento la situación de trata vivida por la recurrente con base en una previa denuncia interpuesta por ella ante la correspondiente Brigada Provincial de Extranjería, que había dado lugar a la apertura de Diligencias Previa por dicho delito, así como en una resolución de la correspondiente Delegación del Gobierno informándola de que podía solicitar el reconocimiento de la autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales, a lo que suma la declaración testifical de un agente de la policía y el informe realizado por una trabajadora social de una ONG que corroboran tal situación. Aduce en este caso el TS que concurren los requisitos aplicativos del art. 177 bis 11. CP, que traslada limitadamente al ordenamiento español los requerimientos internacionales relativos al principio de no punición o no penalización de las víctimas de trata, asumiendo supuestamente una aproximación victimocéntrica, o desde la perspectiva de los derechos humanos, para abordar la trata cuando en el fundamento jurídico sexto de la resolución indica que «el objetivo de esta protección es salvaguardar los derechos humanos de las víctimas, evitar una mayor victimización y animarlas a actuar como testigos en los procesos penales contra los autores».

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación HONGEN (PID2022-136879NB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

¹ STS 59/2023, Penal, de 6 de febrero (ECLI:ES:TS:2023:375).

Precisamente a esta resolución y a su contenido, en aras a mostrar el respeto a la vigencia de este principio por parte del Tribunal, se apela en la sentencia aquí comentada, cuyo fundamento jurídico cuarto resume la posición que dicho órgano jurisdiccional sostiene sobre el principio de no punición y su plasmación en el art. 177 bis. 11 CP. Indica «en resumen, de tal doctrina resaltamos que el objetivo referido de la excusa absolutoria no es otro que sustraer a las víctimas de trata de seres humanos de la explotación que sufren, con el propósito de evitarles mayor victimización y animarlas a actuar como testigos en los procesos penales contra los autores».

Sin perjuicio de que la voluntad de impulsar a las víctimas a colaborar con la administración de justicia que el TS atribuye a la cláusula del art. 177 bis. 11 CP ni se deduce del tenor de este precepto ni se compadece bien con la aproximación victimocéntrica a la trata de seres humanos y la aceptación del principio de no punición de las víctimas como una de sus manifestaciones, la asunción de dicho principio proclamada por esta resolución es más teórica que real. El supuesto de autos que nos ocupa condujo al dictado de una sentencia absolutoria por parte de la AP de Barcelona, sección 3ª (sentencia 183/2020, de 22 de junio de 2020)², confirmada por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJC) en sentencia 351/2021, de 2 de noviembre de 2021³, en resolución del correspondiente recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal, que después recurrió en casación dicha resolución, aduciendo como único motivo la infracción de Ley, por aplicación indebida del art. 177 bis. 11 CP⁴. La aducida infracción de Ley ha sido confirmada por el TS en la resolución aquí comentada (STS 960/2023, Penal, de 21 de diciembre, [ECLI:ES:TS:2023:6008]), que admite, aun con el voto particular del Magistrado Javier Hernández García, el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal. En consecuencia, dicta segunda sentencia mediante la que se ordena la devolución de la causa al Tribunal Superior de Justicia y, por este, a la AP de procedencia, para que se analicen por el órgano jurisdiccional el resto de las alegaciones propuestas por la defensa, que se especifican en la sentencia de primer grado jurisdiccional, habida cuenta de que, a juicio del TS, no procedía aplicar en este caso la excusa absolutoria del art. 177 bis.11 CP.

Según la declaración de hechos probados, que ha permanecido sin modificar durante el *iter* judicial de la causa, al pivotar la discusión sobre aspectos normativos –léase, la aplicabilidad de lo dispuesto en el art. 177 bis.11 CP– que no fácticos, la acusada, Natividad, mayor de edad y sin antecedentes penales conocidos, que estuvo provisionalmente privada de libertad por esta causa desde el día 13 de agosto de 2019 hasta la sentencia absolutoria dictada en primera instancia, el día 11 de agosto de 2019 llegó al aeropuerto de Barcelona en un vuelo procedente de Lima (Perú), portando en el interior de su cuerpo 25 preservativos que contenían un peso neto total de 474,80 gramos de cocaína con riqueza base del 80,10% destinada al tráfico, además de un teléfono móvil y 250 euros en efectivo. Tal sustancia –que habría alcanzado un valor aproximado de 44.282,56 € vendida al por menor en el mercado ilícito– le fue interceptada tras haberse sometido la acusada de forma voluntaria a un control radiológico abdominal que se practicó en las propias dependencias del aeropuerto una vez se la hubo informado de sus derechos. Respecto de la situación vital que condujo a la acusada a realizar esta conducta, el apartado segundo de la relación de hechos probados indica textualmente «la acusada fue captada por organización

² SAP Barcelona, Sección 3ª, de 22 de junio de 2020 (ECLI:ES:TS:2023:375).

³ STSJ Cataluña, Sala Penal, de 2 de noviembre de 2021 (ECLI:ES:TSJCAT:2021:7584).

⁴ Una completa valoración del contenido de ambas resoluciones y del recurso interpuesto contra las mismas puede verse en MARTÍNEZ ESCAMILLA, «Víctimas de trata para delinquir: entre la protección y el castigo: un análisis del principio de no punición al hilo de recientes decisiones judiciales», *Jueces para la democracia*, (104), 2022, pp. 99-112.

delictiva dedicada al tráfico internacional de drogas que se aprovechó de su situación de extrema vulnerabilidad, en el momento de producirse los hechos era madre de un bebé de cuatro meses nacido de forma prematura tras siete meses de embarazo, residía en un barracón de zinc en uno de los arrabales de Lima junto a su madre, dos hermanos y otras dos personas, siendo los únicos y escasos ingresos los que aporta la madre. Tal situación de pobreza y necesidad le llevó a insertar anuncios solicitando trabajo de forma urgente. A través de los mismos fue contactada por la organización que le ofreció la cantidad de 4.000 euros a cambio del transporte de la sustancia. Le facilitaron la obtención del pasaporte y el billete de avión. Después de suministrarle medicación para facilitar la ingesta y el mantenimiento de las bolas en el interior de su cuerpo, éstas fueron ingeridas en presencia de quienes la habían captado, transportándola al aeropuerto y diciéndole que a la llegada a su destino la estaría esperando una persona».

La fundamentación jurídica de la resolución objeto de comentario sostiene, en efecto, la concurrencia de infracción de ley al haberse absuelto a la acusada con base en lo dispuesto en el art. 177 bis. 11 CP. En virtud de dicho precepto «sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de este Código, la víctima de trata de seres humanos quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado». Fundamenta su resolución el TS en diversos argumentos –enumera hasta cinco–, muy parcamente desarrollados en el fundamento jurídico quinto de la resolución, todos ellos contestados por el firmante del voto particular, que bien pueden reconducirse a los tres siguientes:

- El primero se refiere a que la causa judicial que soporta las presentes actuaciones, esto es, aquella en la que se ha enjuiciado el caso en el que se pretende la aplicación de la referida excusa absolutoria, no se ha seguido por delito de trata de seres humanos, sino por un delito contra la salud pública, consistente en el transporte por parte de la acusada de una determinada cantidad de droga alojada en el interior de su organismo. Sostiene la resolución que los hechos declarados probados no describen los elementos del delito de trata «sino una aportación aislada y esporádica de la acusada a la contribución de tal finalidad, que no era otra que la comisión de un delito contra la salud pública». Parte el Tribunal de la consideración de que «es la sujeción a la organización la esencia y el núcleo del delito de trata, no la aportación de un acto aislado, como ocurre en este caso, siendo así que la excusa absolutoria no puede interpretarse sino en dicho marco de sujeción y, al menos, cierta permanencia». Atendiendo, pues, a que no se identifica en autos una organización delictiva que orquestase el proceso ni se objetiva permanencia en la explotación, el TS concluye que «en nuestro caso no detectamos propia captación con vocación de sumisión para sucesivos transportes, o para su explotación personal, sino que identificamos un acto ocasional, referido al expresado transporte de droga, mediante precio, aceptado por la acusada...» que, en puridad, no difiere de la dinámica de tantos otros supuestos de transporte de droga en el interior del cuerpo «por parte de personas muy económicamente desfavorecidas que se ven compelidas a causa de tal situación a aceptar tal encargo» vistos por la Sala. Insiste el Tribunal en que el caso de autos no puede considerarse un caso de trata de seres humanos porque «el acto es uno, y no puede descomponerse en las distintas fases de la trata que están pensadas para una situación de explotación sucesiva, y no para un acto de consorcialidad delictual absolutamente aislado y puntual», así como porque «trata y comportamiento penal aislado son dos comportamientos incompatibles; la trata siempre supone un acto dinámico».

- El segundo argumento alude a que, al no hallarnos frente a un caso de trata de seres humanos, debería haberse recurrido a analizar la eventual concurrencia en el caso del cuadro de causas generales excluyentes de la responsabilidad criminal, apuntando el TS a la posibilidad de examinar la aplicabilidad de causas eximentes basadas en la exclusión de la culpabilidad o incluso del propio estado de necesidad. Tanto es así que la resolución concluye con que nos hallamos ante un acto de participación delictiva, en el que la eventual exoneración de responsabilidad criminal debería haberse analizado conforme a la «eximente de estado de necesidad, propuesta por la defensa, y que el Tribunal sentenciador no analizó ante la estimación de tal resorte de exoneración [*en referencia al art. 177 bis.11 CP*] de la responsabilidad criminal». Refuerza este argumento la resolución afirmando que operar tal como lo ha hecho la sentencia de instancia, aplicando la excusa absolutoria específica del art. 177 bis 11. CP a un caso que no es de trata de seres humanos, supone recurrir a «una especie de recurso analógico exonerativo que ni se corresponde con la situación analizada por la sentencia recurrida, que lo es un acto esporádico, ni por el marco del delito enjuiciado, que lo es contra la salud pública, ni se apoya en mecanismo jurídico alguno que permita su expansión analógica». A esto añade que tal proceder conduciría a que «sobraría el estado de necesidad, pues la aplicación del art. 177 bis. 11 del Código Penal, sería tan expansiva que dejaría de estar limitada al marco para el cual fue diseñado, desplazando, sin razón aparente, otros instrumentos legales».
- Finalmente, no se sustrae el TS a recoger en la fundamentación jurídica el argumento práctico que pone en boca del Ministerio Fiscal, pero que parece orientar el entero pronunciamiento comentado, que no es otro que el riesgo de expansión del recurso a este tipo de portadores de droga ante la impunidad de los narcotraficantes que podría derivarse de la exoneración de responsabilidad criminal a las mulas. En palabras del propio Tribunal «bastaría con reclutar personas intensamente necesitadas en el lugar de origen del viaje, lo cual resulta una constante contrastable, o bien contratar a indigentes, para tener asegurada la impunidad. En este caso dice el Ministerio Fiscal, y no le falta razón, el riesgo del transporte es cero, pues de ser interceptados policialmente no podría imponerse sanción alguna».

Los fundamentos en los que la mayoría de la Sala basa su pronunciamiento son discutidos por el voto particular que acompaña la resolución. El mismo, partiendo de que, efectivamente, nos hallamos frente a un supuesto de trata para criminalidad forzada⁵ abusiva –por abuso de situación de vulnerabilidad de la víctima–, lo que deduce tanto de los hechos declarados probados cuanto de los que se reflejan en la fundamentación jurídica de la resolución de instancia, y de que concurre explotación, concluye que debería haberse confirmado la sentencia absolutoria recurrida.

⁵ Ampliamente sobre la trata de seres humanos para criminalidad forzada, la ausencia de identificación de sus víctimas y los efectos perjudiciales que eso tiene a su paso por el sistema de justicia penal español, *vid.* VILLACAMPA ESTIARTE/TORRES ROSELL, «Mujeres víctimas de trata en prisión en España», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (8), 2012, pp. 411-494; LOS MISMOS, «Trata de seres humanos para explotación criminal: ausencia de identificación de las víctimas y sus efectos», *Estudios Penales y Criminológicos*, (36), 2016, pp. 711-829; VILLACAMPA ESTIARTE/FLÓREZ PINILLA, «Guerrilleras víctimas de trata de seres humanos en prisión en Colombia», *Revista de Victimología*, (3), 2016, pp. 87-119; VILLACAMPA ESTIARTE, «Trata de seres humanos para explotación criminal o criminalidad forzada y ausencia de responsabilidad de sus víctimas», en LA MISMA (dir.), *La trata de seres humanos tras un decenio de su incriminación. ¿Es necesaria una ley integral para luchar contra la trata y la esclavitud?*, 2022, pp. 497-541.

2. La excusa absolutoria del artículo 177 bis. 11 Código Penal como positivación imperfecta del principio de no punición

Antes de exponer qué posibles respuestas cabe ofrecer a los argumentos en los que se basa la STS 960/2023 para estimar la casación, conviene señalar que la excusa absolutoria contenida en el art. 177 bis. 11 CP, más allá de constituir una causa eximente prevista *ad hoc* en el delito de trata de seres humanos, categoría a la que parece pretender reducirla la resolución comentada, refleja la imperfecta traslación a nuestro ordenamiento jurídico del principio de no punición, no penalización o ausencia de responsabilidad criminal de las víctimas de trata de seres humanos. Constituye este un principio derivado de la aproximación victimocéntrica a la trata de seres humanos en virtud del cual no debe hacerse responder a las víctimas por los delitos u otras conductas antinormativas que se han visto obligadas a cometer por los tratantes o en que puedan haber incurrido como consecuencia de dicho proceso de esclavización. De ahí que el principal objetivo de su proclamación es salvaguardar los derechos de las víctimas⁶, sin perjuicio de que una ulterior razón que pueda comportar su observancia, a la que parece haber prestado particular atención el TS, consista eventualmente en incentivar la denuncia del delito de trata⁷. Entendido en el sentido más amplio posible, dicho principio se identifica con el de ausencia de responsabilidad de las víctimas de trata, comportando la prohibición de arrestar, imputar, detener, acusar, penalizar o sancionar de cualquier forma a estas víctimas por las conductas ilegales en las que han intervenido como consecuencia directa de la situación de trata vivida. Académicamente se han identificado tres sucesivos niveles de amplitud del principio según los efectos que se le atribuyen en la responsabilidad penal de aquellos a quienes beneficia: para el nivel más comprensivo, en de la *non-criminalisation*, la responsabilidad criminal de las víctimas ni siquiera surgiría; el de *non-prosecution* comporta la posibilidad de que no se presenten cargos contra las víctimas; el de *non-punishment*, en tercer lugar, lo restringe a que en su virtud no se impongan sanciones a las víctimas. Junto a este criterio, la amplitud del principio también oscila en función de que se considere aplicable únicamente a la realización de conductas delictivas o abarque también a comportamientos antinormativos de las víctimas, además de que sea aplicable solo en aras a la exclusión de la responsabilidad penal o de la jurídica en su conjunto.

El principio de no punición ha sido reconocido en normativa internacional tanto en instrumentos *hard law* como *soft law* que nos vinculan, si bien con diversa amplitud. Mientras algunos de estos instrumentos se limitan a reconocerlo como una causa de no punición en sentido estricto, excluyendo únicamente la aplicabilidad de sanciones de naturaleza penal –art. 26 del Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos de 2005 o Convenio de Varsovia–, otros lo reconocen además como causa de no procesamiento –art. 8 Directiva 2011/36/UE relativa a la Prevención y Lucha contra la Trata de Seres Humanos y a la Protección de las Víctimas y art. 4 Protocolo OIT 2014 relativo al Convenio sobre Trabajo Forzoso de 1930–. Finalmente, los hay que lo conceptúan en sentido todavía más amplio, identificándolo con el

⁶ Ampliamente sobre este principio y su fundamento, OSCE, *Policy and legislative recommendations towards the effective implementation of the non punishment provision with regard to victims of trafficking*, 2013, *passim.*; PIOTROWICZ/SORRENTINO, «Human Trafficking and the Emergence of the Non-Punishment Principle», *Human Rights Law Review*, (16-4), 2016, pp. 669-699; SCHLOENHARDT/MARKEY-TOWLER, «Non-criminalisation of Victims of Trafficking in Persons-Principles, Promises, and Perspectives», *Groningen Journal of International Law*, (4-1), pp. 10-36; VILLACAMPA ESTIARTE, *La trata de seres humanos tras un decenio de su incriminación*, 2022, pp. 497-541; LA MISMA, «El principio de no punición o no penalización de las víctimas de trata de seres humanos: reconocimiento normativo y aplicación», *Diario La Ley*, (10101), 2022, pp. 1-12. Acerca de su ausencia de reconocimiento en España, VILLACAMPA ESTIARTE/TORRES ROSELL, *EPC*, (36), 2016, pp. 810 ss.

⁷ UNODC, *Model Legislative Provisions Against Trafficking in Persons*, 2020.

principio de ausencia de responsabilidad antes aludido, como se hace sobre la base de distintos instrumentos normativos *soft law* de Naciones Unidas –sobre todo, *UNODC Model Law against Trafficking in Persons* de 2010, aunque también *UNODC Model Legislative provisions against Trafficking in Persons* de 2020⁸– y desde la OSCE⁹.

En segundo lugar, dichas diferencias también se observan en relación con en qué términos debe entenderse vinculada la conducta realizada por la víctima con la situación de trata vivida. No está claro si el estándar adoptado internacionalmente es el *duress-based approach* o *compulsion model*, que adoptan la Directiva 2011/36/UE y el Protocolo 2014 OIT –en virtud del cual se exige que las víctimas hayan sido forzadas, compelidas o coaccionadas a cometer conductas antinormativas o directamente delictivas– o el *causation-based approach* o *causation model*, adoptado en instrumentos *soft law* de Naciones Unidas y por la OSCE –conforme al cual basta que las víctimas hayan realizado estas conductas como consecuencia directa de la situación de trata vivida–.

En tercer término, también existían divergencias en el reconocimiento internacional acerca de si la ausencia de responsabilidad se limitaba a la penal o también a aquella en que la víctima hubiese podido incurrir por la realización de cualquier conducta ilícita. Mientras la Directiva 2011/36/UE en su primigenia versión se refería solo a la responsabilidad por la realización de actividades delictivas, el Convenio de Varsovia, el Protocolo 2014 OIT y los instrumentos *soft law* de Naciones Unidas y de la OSCE consideraban que resulta aplicable a cualquier tipo de ilícito. Sin embargo, este segundo haz de diferencias ha desaparecido tras la reciente modificación de la Directiva 2011/36/UE por obra de la Directiva (UE) 2024/1712, de 13 de junio de 2024, aprobada por el Parlamento Europeo el 23 abril 2024, que amplía la previsión del principio de no punición, incluyendo la ausencia de responsabilidad tanto por delitos como por conductas antinormativas que las víctimas se ven forzadas a cometer, por lo que ahora no hay fisuras sobre este particular en normativa internacional.

Fruto del reconocimiento internacional, distintos países incluyen cláusulas específicas exoneradoras de la responsabilidad criminal para las víctimas de trata forzadas a cometer delitos o realizar conductas antinormativas que se suman a las causas eximentes de la responsabilidad criminal genéricas previstas en todos los ordenamientos jurídicos. En Europa, ya en 2019, al menos 20 de los 42 países del Consejo de Europa habían introducido en sus respectivos ordenamientos jurídicos una de estas circunstancias eximentes específicas, aunque con distinta amplitud, de manera más amplia y más basculante hacia el *causation-based approach* conforme más contemporánea había sido la introducción de la cláusula específica. España no fue una excepción, introduciendo el art. 177 bis 11 CP ya en 2010, asumiendo una positivación bastante restrictiva de este principio. Una traslación interna de su reconocimiento que lo limita a operar como causa de exoneración de responsabilidad criminal –que no por conductas antinormativas– partiendo de una posición más próxima al *duress-based* que al *causation-based approach*, al requerir la concurrencia de medios –no solo coactivos– que impulsen a la comisión del delito, sin bastar que se trate de una consecuencia directa de la situación de trata vivida, además de no contemplar su operativa como causa de no procesamiento. Estas limitaciones de concepción de la eximente, junto a las dudas interpretativas que generan los concretos términos en los que está redactada, son suficientes para que desde la academia se haya reclamado la necesidad de que en

⁸ UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Implementation of the non punishment principle. Report of the special Rapporteur on Trafficking in persons, especially women and children, Siobhan Mullally*, 2021, *passim*.

⁹ OSCE, *Policy and legislative recommendations towards the effective implementation of the non punishment provision with regard to victims of trafficking*, *passim*.

nuestro país se reconozca suficientemente este principio, al menos formalmente, formulándose concretas propuestas normativas para cumplir con dicha obligación internacional¹⁰.

Esto, además, porque se considera que es obligación positiva de los Estados vinculados por la normativa internacional antedicha en virtud del principio de diligencia debida proveer los mecanismos jurídicos y de aproximación necesarios para garantizar que no se haga responder penalmente o de otra forma a las víctimas de trata de seres humanos. De lo contrario, cabe que se considere que se ha vulnerado la normativa internacional que impone el respeto de dicho principio, pudiendo condenarse al Estado o Estados incumplidores de dichas obligaciones positivas. Así le ha sucedido ya a Gran Bretaña en el caso *V.C.L y A.N. c. el Reino Unido*, que dio lugar a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de 16 de febrero de 2021, que condena a este país por haber incumplido sus obligaciones positivas en relación con lo dispuesto en el art. 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos –que prohíbe el sometimiento a esclavitud o servidumbre así como constreñir a realizar un trabajo forzado u obligatorio– al no identificar como víctimas de trata y proteger convenientemente a dos adolescentes vietnamitas obligados por traficantes a cultivar cannabis que fueron condenados por la jurisdicción de menores británica por la comisión de sendos delitos contra la salud pública.

3. Respuesta a la argumentación contenida en la fundamentación jurídica de la sentencia del Tribunal Supremo 960/2023

Volviendo a la sentencia objeto de este comentario, la misma precisa, como primera premisa para negar la posibilidad aplicativa de la causa eximente del art. 177 bis. 11 CP, extraer los hechos declarados probados en la resolución de los dominios típicos del delito de trata de seres humanos. De ahí que el primero de los argumentos esgrimidos por la resolución para estimar el recurso de casación sea justamente negar la mayor: dado que el contexto en el que puede operar la mencionada cláusula requiere de la concurrencia de una situación de trata, lo primero que hace la resolución es negar que nos hallemos frente a un caso de trata de seres humanos. El fundamento jurídico quinto de la resolución afirma que los hechos objeto de este procedimiento no se han enjuiciado como delito de trata; aunque este constituye un impedimento aplicativo de la eximente que podría soslayarse fácilmente, apelando a la inexistencia de una regla que imponga una «suerte de prejudicialidad devolutiva penal que obligue a que la situación de explotación por trata se declare en una sentencia que ponga fin a un procedimiento por delito de trata de seres humanos», como acertadamente indica el voto particular-. Por eso va más allá, negando la concurrencia misma de los elementos constitutivos del delito de trata. La resolución realiza una interpretación *contra legem* de los elementos típicos de este delito en virtud de la cual, para que el mismo concurra, se precisa, primero, que los hechos se cometan en el contexto de una organización delictiva y, segundo, que haya permanencia en la situación de explotación por quien padece un proceso de trata. Ninguna de ambas circunstancias es consustancial a la trata de seres humanos, si bien es cierto que ambas concurrían en el supuesto de hecho objeto de la STS 59/2023, Penal, de 6 de febrero (ECLI:ES:TS:2023:375) que el TS parece asumir como contexto prototípico en el que está dispuesto a aplicar la eximente.

En efecto, ni conforme al concepto internacional de trata establecido en el art. 3 del Protocolo de Palermo, adoptado después en términos muy semejantes por el art. 4 Convenio de Varsovia y art. 2 Directiva 2011/36/UE, ni de acuerdo con su traslación al Derecho interno español mediante

¹⁰ Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, *Diario La Ley*, (10101), 2022, pp. 1-12.

el art. 177 bis.1 CP, se identifica la trata de seres humanos como una tipicidad que pueda cometerse solo en el contexto de una organización delictiva ni que requiera la explotación de la persona traficada. En cuanto a lo primero porque, aunque el primer instrumento internacional que definió el concepto lo hizo como protocolo complementario a la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, siendo únicamente aplicable a los supuestos de delincuencia organizada, la asunción posterior de este concepto en instrumentos internacionales no aprobados para luchar contra este tipo de delincuencia despeja cualquier duda acerca de la autonomía entre los fenómenos de la trata y la delincuencia organizada. Tanto es así que la propia Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, en su último informe global sobre trata de seres humanos, indica que, de entre 570 sentencias condenatorias analizadas recaídas entre 2012 y 2020, 47 implicaron a delincuencia organizada de gobernanza, 175 a delincuencia organizada de tipo empresarial, 174 a asociaciones oportunistas de dos o más traficantes y 174 a traficantes individuales¹¹. Además, el propio tipo básico del delito contemplado en el art. 177 bis 1. CP no exige la concurrencia de organización delictiva o grupo criminal, siendo precisamente la comisión del delito en dichas circunstancias la que permite aplicar el tipo agravado más cualificado incluido en dicha infracción delictiva conforme al sistema escalonado de sucesivas agravaciones que prevé, el contemplado en el art. 177 bis. 6 CP.

En relación con lo segundo, esto es, la supuesta exigencia típica de la explotación, de acuerdo con el concepto internacional de la trata de seres humanos, que incorpora fielmente el art. 177 bis.1 CP, la misma consiste en el proceso que conduce a la esclavización o a la explotación humana severa, pero no requiere que esta llegue a producirse. La trata se conforma en nuestro ordenamiento jurídico como un delito mutilado de dos actos o de resultado cortado, según diversas interpretaciones, siendo en cualquier caso un tipo incongruente por exceso subjetivo, integrado por tres elementos. El primero de ellos es la acción –que va desde la captación hasta el acogimiento y la recepción, pasando por el transporte o el traslado y el intercambio o transferencia del control sobre la víctima–. A esta debe acompañarla el segundo elemento, esto es, la concurrencia de los medios propios de la trata coactiva –violencia o intimidación–, fraudulenta –engaño– o abusiva –abusar de situación de superioridad, vulnerabilidad o necesidad de la víctima o entrega de o recepción de pagos o beneficios para conseguir el consentimiento de la persona que posea control sobre la víctima–. Finalmente, el tercer elemento del concepto consiste en la voluntad de explotar a la víctima, que no en su explotación efectiva, en cualquiera de las finalidades que enumera el art. 177 bis.1 CP, constitutivas de explotación sexual, laboral, criminalidad forzada, extracción de órganos o matrimonios forzados.

Atendiendo a los elementos antedichos, no cabe duda de que Natividad fue víctima de un supuesto de trata abusiva para criminalidad forzada o para explotación criminal que vino determinado por que los tratantes abusaron de su situación de extrema vulnerabilidad. Como adecuadamente expone el voto particular que acompaña a la sentencia, la situación descrita en los hechos probados encaja en la interpretación auténtica que de la situación de vulnerabilidad ofrece el art. 177 bis.1 CP, puesto que Natividad, atendidas sus circunstancias vitales y personales, no tenía más alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso. La situación de evidente vulnerabilidad de esta joven se deduce con facilidad de la declaración de hechos probados, incluso sin necesidad de atender a aspectos fácticos no contemplados en tal declaración que, situados en la fundamentación jurídica de la resolución de instancia, permitirían aprehender el «hecho global», en palabras del propio voto particular, en el que dicha situación se hace todavía más patente. Dado que los extremos puestos de manifiesto atendiendo

¹¹ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *Global Report on Trafficking in Persons 2022*, 2022, p. 51.

al hecho global van en la línea de caracterizar el proceso de esclavización más como coactivo que como abusivo -pues comportan añadir a las circunstancias ya descritas en los hechos probados (condición de jovencísima madre soltera de un bebé prematuro, en situación paupérrima, buscando desesperadamente trabajo mediante la inserción de anuncios) que fue conducida por los tratantes a un establecimiento donde, tras la correspondiente preparación corporal, fue obligada a engullir 20 condones con droga líquida, siendo de inmediato conducida al aeropuerto para emprender el viaje en cuya organización no había intervenido- no es necesario acudir a ellos para calificar los hechos como de trata abusiva para explotación criminal. El reconocimiento de tales circunstancias, en cumplimiento de los deberes positivos que impone el principio de diligencia debida en observancia del principio de no punición o no penalización de las víctimas de trata, condujeron tanto a la AP de Barcelona como al TSJC a entender que debía prevalecer la aceptación de la situación de trata materialmente evidenciada en el proceso penal frente a la calificación jurídica de los hechos conforme a los que se había sustanciado el mismo, dejando con ello la vía expedita a la posible aplicación de la eximente contemplada en el art. 177 bis. 11 CP.

No lo entiende así el TS, que con argumentos faltados de apoyo normativo afirma que no nos hallamos frente a un supuesto de trata de seres humanos. Esto le permite, a renglón seguido, entrar en el segundo de los grandes argumentos que emplea para casar la sentencia de instancia, negando la aplicabilidad a este supuesto de la cláusula de exclusión de la responsabilidad criminal indicada. Para esto apela, además de a que no concurre el delito base que permite su operatividad, lo que convierte el recurso a la misma en una suerte de recurso analógico exonerativo, a que no se cumplen los requisitos de aplicabilidad de la cláusula, al consistir la situación analizada en la sentencia recurrida en un acto esporádico, no en una situación continuada de explotación. Ciertamente, más allá de las dudas vertidas acerca de la naturaleza jurídica de esta eximente contemplada en el art. 177 bis.11 CP, en las que la brevedad de este comentario no nos permite detenernos, varias son las incertidumbres anudadas a su literalidad que se han puesto de manifiesto¹². La primera consiste en que su aplicabilidad podría venir condicionada al previo reconocimiento formal de la condición de víctima de trata, pues el precepto se refiere a «la víctima de trata de seres humanos». La segunda, en que un entendimiento restringido de la misma podría comportar que únicamente resultasen abarcadas por la eximente las conductas delictivas cometidas en la fase de explotación subsiguiente al proceso de trata, no las realizadas durante el proceso de trata mismo, al referirse el precepto a «las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida». La tercera se vincula a que una interpretación restrictiva de la locución «consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que se haya visto sometida» podría comportar que únicamente los casos en que pueda establecerse una relación causa-efecto directa entre el empleo de medios que impulsan a delinquir y el concreto delito cometido por la víctima caerían en los dominios típicos de la eximente, que no abarcaría los cometidos a consecuencia de una situación de intimidación ambiental. En cuarto lugar, se exige proporcionalidad entre el delito cometido y los medios empleados para doblegar la voluntad de la víctima, es decir, se mide a la víctima de trata por un rasero semejante al de otros ofensores no sometidos a un proceso similar de despersonalización, cuando además la exigencia de proporcionalidad es consustancial

¹² Acerca de las dudas interpretativas que plantea el art. 177 bis.11 CP, vid. ECHARRI CASI, «La excusa absolutoria en el delito de trata de seres humanos como mecanismo de protección de las víctimas», *Diario La Ley*, (9434), 2019, pp. 1-13; VALLE MARISCAL DE GANTE, «La víctima de trata como autora de delitos: dificultades para la exención de su responsabilidad penal», *Revista Crítica Penal y Poder*, (19), 2019, pp. 124-133; VILLACAMPA ESTIARTE, *La trata de seres humanos tras un decenio de su incriminación*, 2022, pp. 525 ss.; VILLACAMPA ESTIARTE, *Diario La Ley*, (10101), 2022, pp. 1-12.

a la justificación, no a las eximentes basadas en la inexigibilidad de conducta adecuada a la norma. Pese a las mencionadas dudas, no puede olvidarse que, como se ha indicado, la referida eximente expresa la limitada traslación a nuestro ordenamiento jurídico del principio de no punición o no penalización de las víctimas de trata, por lo que, en aras al cumplimiento de los deberes de contenido positivo que impone la diligencia debida en relación con dicho principio, su interpretación debería ser proclive a favorecer su aplicación –y, por tanto, tender a una hermenéutica extensiva– más que a dificultarla –interpretando sus requisitos en términos restrictivos–. Partiendo de esa base, no debería exigirse la declaración formal de la condición de víctima para aplicar la eximente, no debería vincularse su aplicación solo a supuestos de explotación que tengan determinada duración temporal –puesto que parece más complejo soslayar la exigencia de que, efectivamente, debamos estar ante un caso de explotación atendiendo a la redacción del precepto– y no debería reducirse la existencia de la «consecuencia directa» a los casos en que pueda constatarse la concurrencia de una relación causa-efecto entre el concreto medio de presión empleado y el específico delito cometido. Finalmente, mientras la exigencia normativa de proporcionalidad no desaparezca del art. 177 bis. 11 CP, debería efectuarse una interpretación de la misma no apegada a los restrictivos términos en que se ha venido efectuando la comparación de males a efectos de aplicar la eximente de estado de necesidad, en particular en los supuestos de mulas empleadas para portar droga, atendiendo a que en dicho juicio debe atenderse siempre al grave atentado a la dignidad de la víctima que comporta el padecimiento de una situación de trata.

Tal orientación interpretativa de los requisitos contemplados en el art. 177 bis 11. CP implícitamente subyacente en las resoluciones recurridas de la AP de Barcelona y del TSJC, la consciencia de que la misma representa la positivación del principio de no punición o no penalización de las víctimas de trata de seres humanos en nuestro ordenamiento, ha comportado que esta eximente haya sido aplicada en instancia. De haber seguido idéntica línea hermenéutica, el TS tendría que haber convenido en que concurrían los requisitos que permiten la aplicación del art. 177 bis. 11 CP, desestimando el recurso de casación. Esto, porque aun entendiendo que solo cabe aplicar la cláusula a los delitos cometidos durante la fase de explotación subsiguiente a la trata, precisamente esa es la fase en que nos hallábamos en el caso de autos, en que la captación y el transporte empleando medios comisivos típicos habían ya tenido lugar, coincidiendo temporalmente el traslado de Natividad con su explotación, como sucede en tantos otros supuestos en que se recurre a mulas en semejante situación para forzarlas a cometer un delito de tráfico de drogas, quienes, al resultar aprehendidas al llegar a un aeropuerto en España, no sufren un proceso de explotación dilatado en el tiempo. Junto a poderse admitir que concurrían sus circunstancias aplicativas, el TS debería haber admitido la aplicación de la cláusula en atención a que es evidente que en este supuesto concurre un delito de trata y que la eximente no exige ni implícita ni explícitamente que haya debido seguirse el proceso por dicho delito para aplicar la excusa absoluta, aspecto que el mismo TS no puso en duda en su sentencia 59/2023.

Aplicar, pues, a este caso la cláusula del art. 177 bis.11 CP, como han hecho las sentencias de instancia, no supone ni contradicción alguna con su presupuesto aplicativo ni implica tensionar sus barreras típicas. Es precisamente lo que corresponde hacer de acuerdo con las obligaciones positivas ligadas a la diligencia debida que impone el respeto al principio de no punición o no penalización de las víctimas de trata y para poner coto al tratamiento de estas víctimas como

ofensoras que desde hace años se viene denunciando en España¹⁵. Aplicar esta cláusula al caso de autos no supone incurrir en una especie de recurso exonerativo analógico, como afirma el TS, pues puede considerarse que concurren tanto el presupuesto -nos hallamos ante un caso de trata, se esté o no sustanciando el correspondiente procedimiento penal por ese delito- como los elementos de la eximente, el de la explotación incluida, que no sería preciso que aconteciese para entender que estamos ante un proceso de trata, pero que aun exigiendo que debe concurrir para aplicar la excusa absolutoria del art. 177 bis. 11 CP, no parece precisar normativamente de una duración determinada mínima que no alcance este supuesto. Finalmente, el motivo de cierre que añade el TS a su segundo gran argumento para admitir la casación, su oposición a la aplicación supuestamente analógica al caso del art. 177 bis.11 CP porque podría convertir en superflua la eximente de estado de necesidad, no puede por menos que contradecirse. De un lado, porque el estado de necesidad constituye una eximente de las generales del Derecho que puede aplicarse en cualquier escenario en el que se objetive una situación de necesidad producida por una concurrencia de males o por un conflicto de deberes, que no se circunscribe a los casos en que la misma venga provocada por haber sometido a quien se halla en dicha situación a un proceso de despersonalización como el que la trata implica. De otro lado, porque precisamente en atención a la especialidad que comporta que la eventual situación de necesidad haya sido provocada por un proceso de trata, justamente con la finalidad de posibilitar un abanico exonerador de la responsabilidad criminal más amplio que el que derivaría del recurso a eximentes tradicionales como las de *duress* o *necessity* en países de *common law* o el estado de necesidad o miedo insuperable en ordenamientos como el español, aunque sin renunciar a su aplicabilidad, fue por lo que se introdujeron a los ordenamientos nacionales *statutory defenses* como la del art. 177 bis 11 CP. De ahí que, una vez que el legislador ha introducido esta eximente específica con dicho objetivo, un aplicador del Derecho no puede renunciar a su empleo aduciendo un inverosímil efecto reductor del campo aplicativo de las eximentes de la responsabilidad criminal de carácter general.

Tras los argumentos jurídicos, el TS esgrime un tercer gran argumento, de índole práctica, para casar la sentencia recurrida, consistente en el riesgo de expansión criminógena por el recurso a mulas en situación paupérrima por parte de los tratantes que podría derivarse de la exoneración de responsabilidad a los correos en tales supuestos. Ciertamente, lo peregrino del argumento hace que no merezca la pena detenerse demasiado en comentarlo, salvo para confirmar que el recurso al mismo no hace sino confirmar el escaso crédito que merecen al Alto Tribunal tanto la vigencia del principio de no punición, no penalización o ausencia de responsabilidad de las víctimas de trata de seres humanos como las obligaciones positivas del mismo derivadas en lo concerniente a las actuaciones que necesariamente deben emprender las autoridades españolas para preservar su observancia. En efecto, recurrir a sancionar a toda costa a los eslabones más débiles y fungibles de las cadenas de suministro de los que el mercado ilegal de la droga se sirve, incluso cuando estos son sometidos a procesos de cosificación evidente, como mecanismo en el que basar la eficacia reactiva del sistema de justicia penal frente al tráfico de drogas comporta una evidente e injustificable instrumentalización de dichas personas. Pero no solo eso, sino que además será probablemente tanto o menos efectivo desde un punto de vista preventivo general que renunciar a sancionar a individuos tan fungibles, puesto que para quienes se hallan en eslabones superiores en la cadena de mando resulta fácil reemplazarlos cuando son condenados.

¹⁵ Acerca de las experiencias vistas desde la perspectiva de estas víctimas no identificadas, que acabaron siendo condenadas como autoras de delitos de tráfico de drogas, vid. VILLACAMPA ESTIARTE/TORRES ROSELL, *RDPC*, (8), 2012, pp. 411-494. Sobre las razones que conducen a los profesionales a no identificar a estas víctimas analizando los efectos que esto les produce a su paso por e el sistema de justicia penal, vid. los resultados del estudio con profesionales efectuado por VILLACAMPA ESTIARTE/TORRES ROSELL, *EPC*, (36), 2016, pp. 711-829.

Para ganar en efectividad en la lucha jurídico-penal contra el tráfico de drogas, la respuesta debería consistir en la realización de investigaciones judiciales penales completas y complejas en que se plasmen operativas de inteligencia policial que sirvan para desentrañar la identidad de quienes ostentan el dominio del hecho en estos procesos, sin limitarse a sancionar penalmente a los eventualmente aprehendidos, por fungibles que sean, máxime cuando además en ciertos supuestos deberían haber visto eximida su responsabilidad penal conforme a las obligaciones derivadas del principio de no punición.

4. Reflexión conclusiva: ¿y ahora qué?

En las líneas precedentes se ha tratado de demostrar como el art. 177 bis.11 CP constituye una limitada transposición a nuestro ordenamiento jurídico del principio de no punición, no penalización o ausencia de responsabilidad de las víctimas de trata de seres humanos que impone obligaciones positivas de salvaguarda a las autoridades españolas. Junto a esto, se ha argumentado como el TS no debería haber casado la sentencia del TSJC 351/2021, de 2 de noviembre de 2021, que traía causa de la sentencia de la AP de Barcelona, sala 3ª, 183/2020, de 22 de junio de 2020, que absolvió a Natividad del delito de tráfico de drogas del que venía siendo acusada en aplicación de la cláusula del art. 177 bis.11 CP. Esto, tanto porque materialmente nos hallamos ante un caso de trata de seres humanos para criminalidad forzada, como porque concurren los requisitos aplicativos del art. 177 bis. 11 CP interpretados a la luz de los dictados del principio de no punición, aspectos ambos que no es capaz de contradecir el argumento de orden práctico al que recurre en último término el TS para justificar la estimación de la casación. En definitiva, puede considerarse que la STS 960/2023, al casar una sentencia dictada en observancia del principio de no punición debido a que interpreta el presupuesto aplicativo y los requisitos de la eximente contenida en el art. 177 bis 11. CP de modo distinto a como aconsejan los mandatos derivados de dicho principio, entra en contradicción con el mismo. Pese a esto, caben todavía opciones en nuestro ordenamiento para exonerar a Natividad de responsabilidad penal, como apunta la propia sentencia comentada, bien recurriendo a valorar la aplicabilidad de la eximente de estado de necesidad en este supuesto, lo que pasaría por que la Audiencia de instancia se apartase de la secular interpretación restrictiva en el reconocimiento de dicha eximente en las causas por delitos contra la salud pública de que ha hecho gala la jurisprudencia del TS, bien con base en la eximente de miedo insuperable, pues a ambas alude implícitamente el art. 177 bis. 11 CP mediante la locución «sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de este Código». Sin embargo, antes de explorar el rendimiento exonerador de la responsabilidad criminal para Natividad que puede ofrecer el recorrido judicial *ad infra* de la sentencia comentada, probablemente esta resolución pueda también tener recorrido judicial *ad supra*. Esto porque su dictado, revirtiendo los efectos de sendas sentencias absolutorias, puede haber comportado la vulneración de derechos fundamentales de naturaleza jurisdiccional como el derecho a la tutela judicial efectiva o a la presunción de inocencia de Natividad, lo que deja la vía expedita a que pueda prosperar un eventual recurso de amparo, en caso de que el Tribunal Constitucional considere que el TS no está efectuando una interpretación del delito de trata de seres humanos y de la cláusula de exoneración que contempla acorde con los dictados del principio de no punición o no penalización de las víctimas de trata y que, por acción, ha violado derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional –art. 44 LOTC–. Caso en que la jurisdicción constitucional no otorgue amparo, nada impediría la posibilidad de recurrir al TEDH alegando vulneración del art. 4 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Es posible que el TEDH, tanto atendiendo a su jurisprudencia en el caso *V.C.L y A.N. c. el Reino Unido* cuanto a la reciente ampliación del reconocimiento normativo del principio de no punición a través de la Directiva (UE) 2024/1712 de modificación de la Directiva 2011/36/UE, concluya que ha sido

conculcado, aunque para ello quizá tenga que pronunciarse primero acerca de si existe un límite mínimo temporal de explotación humana severa para poder hablar de esclavitud, servidumbre y trabajo forzado que se haya alcanzado en el caso de Natividad.

Atenuante de dilaciones indebidas y (cuasi-)prescripción del delito: ¿Una relación de vasos comunicantes?

Comentario a la STC 48/2024, de 8 de abril

Víctor Gómez Martín*
 Universidad de Barcelona
 victor.gomez@ub.edu

1. A modo de introducción: algunas notas sobre la circunstancia atenuantes de dilaciones indebidas (art. 21, 6ª CP)

Como es sobradamente conocido, la atenuante de dilaciones indebidas fue incorporada al Código penal español como consecuencia de la reforma operada por la LO 5/2010¹. El legislador reformista cerró entonces el paso a otras posibles vías de reparación de la vulneración del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas propuestas hasta entonces por doctrina y jurisprudencia², como la declaración de nulidad de actuaciones en casos de dilaciones graves³ o el indulto⁴. La circunstancia prevista en el art. 21, 6ª CP constituye la plasmación legal de una práctica jurisprudencial consolidada, que ya antes de 2010 venía aplicando de forma unánime una circunstancia atenuante analógica de dilaciones indebidas⁵. La doctrina mayoritaria venía entendiendo, con razón que esta línea jurisprudencial era contraria al principio de legalidad, ya que en los casos de dilaciones indebidas no existía otra circunstancia respecto de la que pudiera predicarse la «*análoga significación*» exigida por la ley. El Tribunal Supremo partía –afirmaba el mencionado sector doctrinal– de un concepto de culpabilidad no coincidente

* La presente investigación se enmarca en el Grup de Recerca en Dret Penal, Política Criminal i Criminologia de la Universitat de Barcelona (DPPCCUB)", Grup de Recerca de la Generalitat de Catalunya (2021 SGR 00297), que coordino.

¹ La circunstancia no estaba prevista ni en el Anteproyecto 2009, ni tampoco en el Proyecto de reforma CP aprobado en el Congreso de los Diputados. Fue introducida por la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados en su sesión de 23 de abril de 2010. *Vid.* BOCG, Congreso de los Diputados, IX Legislatura, A, 21-4-2010, nº 52-11 (http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A_052-11.PDF).

² ALCÁCER GUIRAO, «Dilaciones indebidas», en ORTIZ DE URBINA (coord.), *Memento Experto Reforma Penal*, 2010, nm. 28/7010. Sobre todo ello, y ya en relación con la reforma operada por la LO 5/2010, *vid.*, además, ÁLVAREZ GARCÍA, «La atenuante de dilaciones indebidas», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, 2010, pp. 29 ss.

³ En contra, sin embargo, STS, Penal, 94/2007, de 14 de febrero (ECLI:ES:TS:2007:904).

⁴ *Vid.*, por ejemplo, Acuerdos del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1992 y de 29 de abril de 1997.

⁵ La misma tuvo su origen en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1999. Dicho Acuerdo modificó la doctrina sentada por los Acuerdos del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1992 y de 29 de abril de 1997, admitiendo la aplicación del art. 9, 10ª del antiguo CP y art. 21, 6ª LO 10/1995 en casos de dilaciones indebidas no imputables al condenado, y que no dieran lugar a nulidad de actuaciones (art. 238, 3 LOPJ).

con el previsto en el CP⁶. La atenuante incorporada por la LO 5/2010 vino a resolver este grave inconveniente.

La expresión «dilación indebida» contenida en la circunstancia del art. 21, 6ª CP se refiere a la duración del procedimiento judicial hasta su finalización por encima de lo razonable, o bien a la paralización del procedimiento a partir de determinado momento por causas atribuibles al órgano judicial o al sistema⁷. Cuando ello ocurre, se produce una vulneración del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24, 2 CE). Por tal debe entenderse aquel proceso que se desarrolla «en condiciones de normalidad dentro del tiempo requerido y en el que los intereses litigiosos pueden recibir pronta satisfacción»⁸. Dicho concepto de dilación indebida debe ser concretado en cada caso. Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, los elementos que deben ser tenidos en consideración a tal efecto son los cuatro: el grado de complejidad de la causa, los márgenes de duración de procedimientos de similares características, el comportamiento procesal de la parte que demanda el reconocimiento de dilaciones indebidas y, finalmente, la actuación del órgano judicial⁹.

Las características que debe presentar la dilación para que concurra la atenuante prevista en el art. 21, 6 CP son cuatro: que sea «extraordinaria»; que «no sea atribuible al propio inculpado»; «que no guarde proporción con la complejidad de la causa»; y, finalmente, que tenga lugar «en la tramitación del procedimiento»¹⁰. Estos cuatro requisitos también venían siendo exigidos expresamente por el Tribunal Constitucional para el concepto de dilación indebida constitucionalmente relevante¹¹.

Se producirá una dilación «*extraordinaria*» cuando se supere sobradamente la duración habitual de un procedimiento de similar naturaleza. En nada obsta lo anterior que se trate de dilaciones motivadas por razones estructurales (deficiencias organizativas de los Juzgados, inasumible volumen de trabajo, etc.)¹². En cualquier caso, quedan excluidas del concepto las dilaciones consistentes en el mero incumplimiento de los plazos procesales previstos para el dictado de resoluciones o actos de tramitación¹³. Tal y como se ha adelantado, es preciso, en tercer lugar,

⁶ SSAP Barcelona, Sección 2ª, de 13 de enero de 2004 (ECLI:ES:APB:2004:211), FJ 10; AP Barcelona, Sección 2ª, de 24 de julio de 2007, FJ 2 (ECLI:ES:APB:2007:4175ª). En la doctrina, *vid.*, por ejemplo, GÓMEZ MARTÍN, «Las dilaciones indebidas: ¿Una causa suprallegal de disminución de la culpabilidad del reo?», *Legal Today*, 4 de enero de 2010 (Disponible en: <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-penal/economico/las-dilaciones-indebidas-una-causa-suprallegal-de-disminucion-de-la-culpabilidad-del-reo-2010-01-04>).

⁷ En este sentido, por ejemplo, SSTS 556/2006, Penal, de 31 de mayo (ECLI:ES:TS:2006:7464); 1074/2004, Penal, de 18 de octubre (ECLI:ES:TS:2004:6559); 948/2002, Penal, de 8 de julio (ECLI:ES:TS:2002:5063).

⁸ SSTC 43/1985, de 22 de marzo (BOE núm. 94, de 19 de abril de 1985); 324/1994, de 1 de diciembre (BOE núm. 310, de 28 de diciembre de 1994).

⁹ *Vid.*, por todas, STC 100/1996, de 11 de junio (BOE núm. 168, de 12 de julio de 1996).

¹⁰ ALCÁCER GUIRAO, en ORTIZ DE URBINA (coord.), *Memento Experto Reforma Penal*, 2010, nm. 28/7025.

¹¹ *Vid.* SSTC 177/2004, de 18 de octubre (BOE núm. 279, de 19 de noviembre de 2004); 71/2002, de 8 de abril (BOE núm. 99, de 25 de abril de 2002), FJ 7; 237/2001, de 18 de diciembre (BOE núm. 14, de 16 de enero de 2002), FJ 2; 87/2001, de 2 de abril (BOE núm. 104, de 1 de mayo de 2001), FJ 7; 303/2000, de 11 de diciembre (BOE núm. 14, de 16 de enero de 2001), FJ 3-5; 230/1999, de 13 de diciembre (BOE núm. 17, de 20 de enero de 2000), FJ 2; 198/1999, de 25 de octubre (BOE núm. 286, de 30 de noviembre de 1999), FJ 3; 124/1999, de 18 de junio (BOE núm. 181, de 30 de julio de 1999), FJ 2; 69/1993, de 1 de marzo (BOE núm. 144, de 1 de abril de 1993), FJ 2; 215/1992, de 1 de diciembre (BOE núm. 307, de 23 de diciembre de 1992), FJ 2; 223/1988, de 25 de noviembre (BOE núm. 306, de 22 de diciembre de 1988), FJ 3; 133/1988, de 4 de julio (BOE núm. 179, de 27 de julio de 1988), FJ 1, entre otras.

¹² SSTS 94/2007, Penal, de 14 de febrero (ECLI:ES:TS:2007:904) y 742/2003, Penal, de 22 de mayo (ECLI:ES:TS:2003:3471).

¹³ STC 100/1996, de 11 de junio (BOE núm. 168, de 12 de julio de 1996).

que la dilación indebida «no sea atribuible al propio inculpado». Lo será, por ejemplo, cuando el inculpado se encuentre en rebeldía o deje de comparecer a llamamientos judiciales¹⁴, no atienda requerimientos judiciales o se retrase en la devolución de la causa original. Cuando las dilaciones sean en parte atribuibles al inculpado, pero también a terceros (órgano judicial, restantes partes procesales), la autoridad judicial deberá ponderar las causas concurrentes y decidir cuáles prevalecen, en orden a determinar si aprecia o no la atenuante. Según la jurisprudencia mayoritaria, para que las dilaciones sean atribuidas al inculpado es preciso que hayan sido provocadas por él. No bastará, por tanto, el simple hecho de no haber denunciado ante el órgano judicial las provocadas por un tercero¹⁵. En contra de lo que viene exigiendo un sector jurisprudencial¹⁶, la redacción del art. 21, 6ª no impone que la dilación haya sido provocada por el órgano judicial. Se incluyen, así, los casos de retraso extraordinario del procedimiento por la tramitación de una cuestión de inconstitucionalidad o por la actuación de otra parte procesal. La dilación extraordinaria no guardará «proporción con la complejidad de la causa», en tercer lugar, cuando, en atención a la mayor o menor dificultad de los actos procesales pendientes de dictarse, exista alguna paralización del procedimiento sin justificación procesal¹⁷.

La presente contribución se detendrá en el cuarto y último requisito de la circunstancia atenuante que nos ocupa, acaso el más revelador de su fundamento: que la dilación indebida tenga lugar en la «tramitación del procedimiento». Esta se inicia cuando el reo adquiere la condición de investigado y finaliza con la resolución judicial firme que ponga fin a la vía penal. Si se trata de una resolución dictada en segunda instancia y las dilaciones indebidas se producen en la tramitación del recurso, la atenuante podrá ser acordada de oficio. En caso contrario, la parte actora podría solicitar la nulidad de actuaciones (art. 241 LOP)¹⁸. Lo hará de la mano de una de las más interesantes y controvertidas resoluciones dictadas recientemente por el Tribunal Constitucional: su Sentencia 48/2024, de 8 de abril.

2. La Sentencia del Tribunal Constitucional 48/2024, de 8 de abril

2.1. Antecedentes

a. La Sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 2 de Sevilla de 29 de diciembre de 2016

El 25 de enero de 2011 F.M.B.C., en su condición de funcionario de la Universidad de Sevilla, compareció ante el Juzgado de Instrucción en funciones de guardia de Sevilla y presentó denuncia escrita formulada por L.G.A., R.C.R. y E.S.S. contra S.R.G. por unos hechos que habían tenido lugar en el periodo comprendido entre octubre de 2006 y finales del año 2009 y podrían reunir caracteres de delito.

La denuncia dio lugar a la incoación de las diligencias previas 293-2011 por el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Sevilla, en el transcurso de las cuales se practicaron diversas diligencias de investigación. El 17 de febrero de 2015 se dictó por dicho Juzgado auto de apertura de juicio

¹⁴ SSTS 1389/2005, Penal, de 14 de noviembre (ECLI:ES:TS:2005:6937) y 1045/2005, Penal, de 29 de septiembre (ECLI:ES:TS:2005:5682).

¹⁵ SSTS 480/2009, Penal, de 22 de mayo (ECLI:ES:TS:2009:3057); 94/2007, Penal, de 14 de febrero (ECLI:ES:TS:2007:904) y 1051/2006, Penal, de 30 de octubre (ECLI:ES:TS:2006:6800).

¹⁶ STS 1336/2005, Penal, de 2 de febrero (ECLI:ES:TS:2005:560).

¹⁷ STC 100/1996, de 11 de junio (BOE núm. 168, de 12 de julio de 1996).

¹⁸ STS 1078/2009, Penal, de 5 de noviembre (ECLI:ES:TS:2009:6864).

oral contra S.R.G. por tres delitos continuados de abusos sexuales, un delito de lesiones, un delito de acoso laboral, o, subsidiariamente, por un delito de amenazas continuadas, y por un delito de acoso sexual, o, subsidiariamente, por un delito de coacciones continuadas. El 10 de junio de 2015 se acordó la remisión de todo lo actuado al juzgado de lo penal. Por auto de 29 de octubre de 2015 el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Sevilla resolvió acerca de la admisión de las pruebas propuestas por las partes para su práctica en el acto del juicio oral, y se señaló dicho acto para los días 16, 17 y 18 de marzo de 2016. El juicio fue celebrado en las fechas señaladas, y tuvo que extenderse dos sesiones más, celebradas los días 28 de marzo y 4 de abril de 2016.

El día 29 de diciembre de 2016 el Juzgado de lo Penal n.º 2 de Sevilla dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos: «[D]esde octubre del año 2006 y hasta finales del año 2009, S.R.G., por aquel entonces Decano de la Facultad de Ciencias de la Educación de la Universidad de Sevilla, llevó a cabo diversos actos in consentidos de naturaleza sexual sobre L.G.A., R.C.R. y E.S.S., todas ellas profesoras de reciente ingreso en el departamento de educación física de la facultad, de la que el S.R.G. era, además, Catedrático. Los actos llevados a cabo sobre L.G.A. sin su consentimiento incluyeron varios besos en la boca, un lametón en el cuello y numerosos tocamientos en diversas partes del cuerpo, señaladamente en los pechos y la parte interna de los muslos hasta llegar a la zona genital». También, según el relato de hechos probados, S.R.G. «[a]l menos desde el año 2006, y en relación siquiera a las aquí denunciadas, [...] vino realizando ostentación de su poder académico desde un primer momento, dejando claro a las mismas que él era quien mandaba en el Departamento de Educación Física de la Facultad de Ciencias de la Educación, que fuese o no el director del departamento y formase o no parte de las comisiones era él quien tomaba las decisiones relevantes en cuanto a docencia, investigación, contratación, etc., de modo que habían de seguirse sus indicaciones tales como nombrarle director de las tesis doctorales, hacer constar su participación en las publicaciones que cada profesora realizara o participar en las votaciones internas del consejo de departamento o de las diferentes comisiones conforme a sus deseos, criterios u opiniones viniendo a transmitir que aquellos que no accedían a sus pretensiones podían tener problemas para mantener sus plazas».

El Juzgado de lo Penal n.º 2 de Sevilla condenó a S.R.G. por tales hechos: (i) como autor responsable de tres delitos continuados de abusos sexuales previstos y penados por el art. 181.1 CP en relación con el art. 74 CP, cometidos sobre L.G.A., R.C.R. y E.S.S., con la concurrencia de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6 CP, a las penas de dos años y tres meses de prisión por cada uno de ellos; y (ii) como autor responsable de un delito de lesiones del art. 147.1 CP cometido sobre L.G.A., concurriendo la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de un año de prisión. Se condenó igualmente a S.R.G. a abonar las sumas de 50 000 € a L.G.A., 30 000 € a R.C.R. y 30 000 € a E.S.S. por los perjuicios físicos y psíquicos sufridos, así como por los daños morales causados. El 31 de marzo de 2017 se dictó, por el mismo Juzgado de lo Penal n.º 2 de Sevilla, auto de complemento de la sentencia en el sentido de añadir al fallo condenatorio la imposición a S.R.G. de la pena accesoria de prohibición de aproximarse a las tres perjudicadas, sus domicilios, lugares de trabajo o cualesquiera otros frecuentados por ellas a distancia inferior a 300 metros, o de comunicar con ellas por cualquier medio, directo o indirecto, durante un plazo de cinco años.

b. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 20 de diciembre de 2019

Presentados recursos de apelación por parte de las representaciones procesales de S.R.G., L.G.A. y E.S.S. contra la referida resolución, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla dictó el día 20 de diciembre de 2019 sentencia desestimando íntegramente los recursos de

apelación formulados por las representaciones procesales de L.G.A. y E.S.S., estimando parcialmente el recurso formulado por la representación procesal de S.R.G. y revocando la resolución recurrida en el sentido de: (i) apreciar en los tres delitos continuados de abusos sexuales la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, rebajando en dos grados la pena impuesta por estos delitos, que quedaron en un año de prisión por el cometido sobre la persona de L.G.A., y diez meses de prisión por cada uno de los cometidos sobre las personas de R.C.R. y E.S.S.; y (ii) absolver al acusado por el delito de lesiones sobre L.G.A. por el que había sido condenado en la sentencia de instancia.

En lo que se refiere al objeto del presente comentario, la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas (art. 21, 6ª CP), la SAP Sevilla de 20 de diciembre de 2019 fundamentó su apreciación en grado de muy cualificada del siguiente modo: «[A]unque es cierto que la complejidad de la causa resulta evidente tan solo a la vista de la extensión de los recursos de apelación formulados [...] también lo es que desde la comisión del primer hecho declarado probado a finales de 2006 hasta que se dictó la sentencia impugnada, el 16 de diciembre de 2016, ha transcurrido un plazo superior a ocho años lo que justifica la apreciación de la atenuante de dilaciones extraordinarias como muy cualificada». Más adelante, al examinar los efectos de dicha estimación en relación con la pena, el tribunal de apelación argumenta que «la concreta extensión de la pena impuesta [...] resulta desproporcionada al concurrir la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas que, en este caso, consideramos debe apreciarse como muy cualificada [...] no solo en atención al tiempo transcurrido desde la comisión del primer episodio en el año 2006, sino porque la denuncia fue interpuesta dos años después aproximadamente de la comisión del último hecho imputado al recurrente y constan paralizaciones relevantes en la tramitación de esta causa no provocadas por la actuación del acusado».

2.2. Los motivos del recurso de amparo

Contra dicha resolución, la representación procesal de L.G.A. interpuso recurso de amparo por diversos motivos. En relación con la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas en grado de muy cualificada, se denuncia, en primer término, que la sentencia de apelación es incoherente y contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto a la fijación de la fecha en que debe comenzar a computarse el tiempo para la apreciación de la atenuante. Según este recurso, la sentencia toma la fecha del primero de los hechos cometidos por el condenado como fecha de inicio del cómputo del tiempo de tramitación de la causa a efectos de determinar la aplicabilidad de la atenuante, lo que, además, ignoraría el principio de igualdad entre hombres y mujeres y el enfoque de género, vulnerando los arts. 14 y 9 CE, y resultaría discriminatorio para las mujeres, a las que exige una conducta heroica (denunciar desde la primera conducta de abuso sufrida), dejando de lado todo lo que se conoce actualmente sobre la dificultad de denunciar conductas de acoso y abuso sexual, y, en particular, las dificultades que sufrieron las víctimas en este caso para poder denunciar al hombre que ostentaba mayor poder en la facultad. Se alega también que la sentencia se apartaría –igualmente en perjuicio de las víctimas y sin dar razonamiento alguno– de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ella misma cita en cuanto a la duración exigida para que el retraso pueda dar lugar la aplicación de la atenuante en grado de muy cualificada (ocho años). Así, el plazo total de duración del procedimiento, desde su incoación hasta el dictado de sentencia en primera instancia, fue de tan solo cinco años y once meses, no de más de ocho años como erróneamente se afirma en la sentencia de apelación. Por su parte, la representación procesal de S.R.G. alegó que la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas en grado de muy cualificada consistiría en una cuestión de estricta legalidad ordinaria referida a la valoración de la prueba y a la interpretación de la norma penal. Así, en el negado supuesto de que se hubiera

podido producir algún error en tales operaciones, el Tribunal Constitucional no se encontraría legitimado para intervenir corrigiéndolo.

2.3. La Fundamentación jurídica y fallo

La STC 48/2024, de 8 de abril, estimó el recurso de amparo presentado por L.G.A. por entender que los argumentos aducidos por el Tribunal *ad quem* para fundamentar el carácter muy cualificado de la atenuante de dilaciones indebidas serían contrarios a las exigencias que se derivan del art. 24, 1 CE. Afirma la STC 48/2024, por un lado, que tomar como *dies a quo* la fecha de la comisión del primer hecho delictivo –que tuvo lugar en el año 2006– para determinar si procedía estimar la concurrencia de la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas supondría, por una parte, desconocer el objeto y la razón de ser de las dilaciones indebidas y, por otra, incurrir en la incoherencia de condenar por un delito continuado y, al mismo tiempo, apreciar su actuación delictiva continuada –que cesó en 2009– como una circunstancia atenuante de la pena.

A juicio del TC, el reconocimiento como circunstancia atenuante de las dilaciones indebidas tiene por objeto que se establezca un adecuado equilibrio entre la realización de toda la actividad judicial indispensable para la resolución del caso del que se conoce y para la garantía de los derechos de las partes, de un lado, y, de otro, la limitación del tiempo en el que dicha actividad judicial se desarrolle, que habrá de ser el más breve posible. Es por ello que el art. 21, 6ª CP exige tomar en cuenta para determinar si se ha incurrido en dilaciones indebidas únicamente la duración del proceso judicial. El hecho de que la resolución impugnada haya tomado en consideración para apreciar la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas un plazo de tiempo en el que no estaba siquiera incoado el proceso judicial le parece al TC de todo punto irrazonable, ya que, al no haberse siquiera incoado el proceso judicial, no concurría el único y exclusivo presupuesto de hecho para su apreciación. Además de lo anterior, tomar como *dies a quo* el momento en el que el condenado cometió el primer delito para apreciar la atenuante de dilaciones indebidas supondría utilizar esta circunstancia para beneficiar al que ha estado delinquirando de forma continuada, lo cual tampoco resultaría razonable.

En relación con el segundo de los argumentos aducidos por la sentencia impugnada para justificar la atenuación en dos grados de la pena impuesta por los tres delitos de abusos sexuales, consistente en que la denuncia habría sido interpuesta aproximadamente dos años después de la comisión del último hecho imputado al recurrente, el TC califica esta afirmación como «manifiestamente irrazonable», toda vez que nuestro Derecho no prevé que se asigne semejante consecuencia a una eventual demora en la denuncia penal de hechos que son posteriormente objeto de condena. Antes al contrario, nuestro ordenamiento jurídico dispondría que quien resulte perjudicado por un delito tiene el derecho a denunciarlo en cualquier momento, con el límite de la prescripción regulada en el art. 131 CP, que traería consigo la extinción de la responsabilidad criminal (art. 130.1, 6 CP), prescripción que la propia sentencia impugnada descarta en el presente caso. Responsabilizar a víctimas de unas «dilaciones indebidas», que deben referirse exclusivamente a la tramitación del proceso judicial y a la diligencia de los órganos judiciales a la hora de llevar a cabo esta tarea, sería igualmente irrazonable. Más aún cuando de las actuaciones judiciales se desprende, por una parte, que la recurrente en amparo había comunicado los hechos a su director de departamento en la Universidad de Sevilla desde un momento muy anterior a la presentación de la denuncia penal; y por otras, que ante la ausencia de una actuación eficaz por parte de este, presentó, junto con las otras dos víctimas, denuncia formal ante el Vicerrectorado el día 3 de noviembre de 2010, siendo finalmente la

propia universidad la que formuló la denuncia penal tres meses después, a la vista del resultado de la información reservada tramitada a raíz de aquella comunicación formal.

Recuerda la STC 48/2024, en este punto, que la resolución impugnada no tuvo en cuenta el contexto en el que se produjo la actuación delictiva y, como se afirma en la demanda, soslaya la perspectiva de género que el art. 49, 2 del Convenio de Estambul obliga a tener en cuenta en este tipo de violencia para garantizar un procedimiento efectivo por los delitos en él previstos. Por un lado, tal forma de razonar desconocería las repercusiones específicas que los delitos relacionados con la violencia sexual tienen sobre sus víctimas, y cómo afectan a su conducta en relación con la denuncia y persecución del delito, desconociendo la situación de desventaja y desprotección de las víctimas. Más si cabe en este caso en el que estas, tal y como se desprende del relato de hechos probados de la sentencia de instancia, podían temer, de forma racional que si denunciaban podrían perder incluso su empleo. El abuso sexual llevado a cabo de forma continuada durante más de tres años se habría producido, así, en el marco de una relación laboral de carácter vertical en la que el agresor, Decano por aquel entonces de la Facultad y Catedrático del departamento al que las víctimas pertenecían, les advirtió a estas, mujeres jóvenes que acaban de emprender su carrera docente e investigadora, que debían seguir siempre sus deseos e instrucciones. Las víctimas se encontraban en una clara situación de vulnerabilidad, con contratos de trabajo no permanentes y cuya renovación y promoción en su carrera académica dependía de la voluntad del agresor tal y como este les hizo saber a las víctimas. No tener en cuenta este contexto y responsabilizar a las perjudicadas por el delito de la demora en denunciar, no solo es irrazonable desde la perspectiva del art. 24, 1 CE, sino que supondría desconocer también –concluye la resolución del TC– el mandato de prohibición de discriminación por razón de sexo contenido en el art. 14 CE.

3. La determinación del *dies a quo* (y del *dies ad quem*) en la STC 48/2024, de 8 de abril: ¿Dilaciones indebidas y (cuasi-)prescripción del delito como relación de vasos comunicantes?

Tal y como se expone ampliamente en la STC 48/2024, de 8 de abril, tomar como *dies a quo* para el cómputo de las dilaciones indebidas, como hizo la SAP Sevilla 1ª, 20-12-19, la fecha de comisión del delito supone ignorar, ciertamente, el tenor literal del art. 21, 6ª CP. Recuérdese que ese precepto exige que la dilación indebida tenga lugar «en la tramitación del procedimiento». Salta a la vista que ello en modo alguno puede suceder cuando la supuesta dilación se ha producido con anterioridad al inicio de las actuaciones judiciales, por ejemplo cuando la parte perjudicada ni siquiera haya presentado la denuncia con cuya admisión a trámite se daría paso a la incoación de diligencias previas.

El reconocimiento del carácter «extraordinario» de la dilación indebida presupondrá, por ello, la comprobación de la existencia de un dilatado período de tiempo desde el inicio del procedimiento judicial hasta el dictado de la sentencia condenatoria firme. En el presente caso, si se toma como *dies a quo* la incoación de las diligencias previas –a principios de 2011– y como *dies ad quem* la fecha de la sentencia condenatoria de primera instancia –finales de 2016–, el período completo de tiempo transcurrido ascendería a poco más de 5 años y 11 meses. Como correctamente recuerda la STC 48/2024, no se habría superado, así, el período de tiempo de 8 años que la jurisprudencia viene exigiendo para apreciar la atenuante del art. 21, 6ª CP como muy cualificada.

Ciertamente, el período de tiempo transcurrido entre el inicio del *continuum* delictivo (2006) y el dictado de la sentencia condenatoria de primera instancia (diciembre de 2016) supera los 10 años, por lo que excede ampliamente del referido de 8 años. A ello habría que añadir que la sentencia de segunda instancia tardó 3 años más en ser dictada, de modo que lapso temporal existente entre aquel momento inicial y la firmeza de la sentencia condenatoria superaría ya los 14 años. En el presente caso, las diligencias previas se incoaron en 2011 y la sentencia condenatoria devino firme a finales de 2019. Este prolongado período de tiempo de más de 8 años entre ambos momentos procesales se explicaría fundamentalmente por la presencia de relevantes dilaciones no atribuibles a la parte interesada en la aplicación de la atenuante en la fase de instrucción (que se prolongó por espacio prácticamente de 5 años) y en la tramitación y resolución del recurso (que se extendió en el tiempo hasta tres años más). En atención a todo ello, la consideración de las dilaciones indebidas acaecidas en el presente caso como muy calificadas alcanzada por la SAP Sevilla 1ª, 20-12-19 bien podría considerarse, por tanto, correcta.

Desde mi punto de vista, la fundamentación jurídica que le sirve de base a la SAP Sevilla 1ª, 20-12-19 para alcanzar esta conclusión no resulta, sin embargo, tan compartible. Puesto que lo determinante en relación con la circunstancia atenuante prevista en el art. 21, 6ª CP no es el transcurso de un período de tiempo más o menos prolongado desde el inicio del delito hasta la firmeza de la condena, sino la existencia de dilaciones indebidas intraprocesales, no es correcto –como en cambio hace la SAP Sevilla 1ª, 20-12-19– referirse en este contexto al plazo transcurrido desde la comisión del delito y la interposición de la denuncia por parte de la víctima como tiempo de «dilación indebida». La referencia a la «tramitación» impide entender como dilación a los efectos del art. 21, 6ª CP, así, toda aquella en la que hubiese podido incurrir alguna de las partes con anterioridad a su incoación.

Reputar el transcurso de un determinado período de tiempo desde la comisión del delito hasta la interposición de la correspondiente denuncia por parte de la víctima no sólo como una dilación, sino como una «dilación indebida» del art. 21, 6ª CP supone ignorar –además del tenor literal posible del precepto de referencia– las habituales barreras para la denuncia existentes sobre todo para aquellas víctimas que en el momento de los hechos son menores de edad. Tales barreras explican que la interposición de la denuncia suela retrasarse o, incluso, que nunca llegue a producirse. Múltiples son los estudios que demuestran, por ejemplo, que las víctimas menores de delitos contra la libertad sexual tardan un espacio de tiempo considerable en revelarlos y, en consecuencia, en denunciarlos. El retraso en la denuncia puede ser temporal, cuando eventualmente la víctima elige a una persona de confianza para explicarle el abuso sufrido, o permanente, con la decisión de la víctima de no revelar su historia¹⁹. Así, por ejemplo, importantes investigaciones ponen de relieve que una de cada cinco víctimas nunca llega a revelar el abuso sexual sufrido en su infancia, sólo el 9.3% de los adolescentes víctimas de abuso sexual reporta los abusos a la policía o a los juzgados y cerca del 60% retrasa la revelación del hecho más de cinco años desde la consumación del primer episodio sufrido²⁰. En términos

¹⁹ TENER/MURPHY, «Adult disclosure of child sexual abuse: a literature review», *Trauma, Violence, & Abuse*, 2015, (16-4), pp. 391 ss.

²⁰ HÉBERT/TOURIGNY/CYR/MCDUFF/JOLY, «Prevalence of childhood sexual abuse and timing of disclosure in a representative sample of adults from Quebec», *Canadian Journal of Psychiatry*, (54-9), 2009, pp. 631 ss. Entre nosotros *vid.*, por todos, PEREDA/GÓMEZ MARTÍN/GRECO/HOMBRADO/SEGURA, «¿Qué factores inciden para romper el silencio de las víctimas de abuso sexual?», *Revista Española de Investigación Criminológica*, 2018, (16), p. 4. La muestra utilizada por este estudio estaba formada por 15 adultos, con un rango de edad que oscila entre los 20 y 55 años (M=34,6; DT=10,7), todas ellas víctimas de abuso sexual antes de los 18 años de edad y usuarios de un centro especializado en la atención a víctimas de esta experiencia. El 80% de los participantes en la investigación eran mujeres.

similares, otros autores concluyen que menos de una tercera parte de las víctimas de un delito contra libertad sexual hacen público el abuso durante la infancia y la mayor parte de las víctimas espera una media de 21 años antes de revelar el hecho en edad adulta²¹.

Diversas son las razones por las que el menor víctima puede tardar tanto tiempo en denunciar el hecho, si es que llega a hacerlo finalmente. La doctrina especializada distingue entre tres clases de barreras: las interpersonales, las socioculturales y las intrapersonales. La primera y segunda clase de barreras se refieren a las limitaciones por la denuncia derivadas del hecho que la víctima todavía se encuentre bajo la dependencia o dentro de ámbito de influencia del autor del delito. Esta relación puede obedecer a no haber abandonado todavía el ámbito escolar o académico o familiar, o también a una dependencia material, económica o emocional respecto a los autores progenitores, cuidadores, profesores, etc. mantenida o sobrevenida al abandono material del ámbito de dependencia²². En cuanto a los factores intrapersonales, algunas víctimas presentan una ausencia de conciencia sobre si fueron o no objeto de abusos, así como desconfianza en la mayor o menor exactitud de su memoria en relación con abusos sexuales infantiles. Ya como adultos, su memoria sobre estos episodios se presentaría claramente reprimida²³. Se cuestionan si el suceso es o no constitutivo de abuso y expresan preocupación por la exactitud de sus recuerdos y si estos son o no genuinos²⁴. Otras víctimas son completamente conscientes de los abusos sufridos como menores y deciden, ya en edad adulta y de manera completamente consciente, revelarlos mediante la correspondiente denuncia. Estas víctimas acostumbran a mostrar represión, confusión vergüenza, culpabilidad, autorresponsabilidad²⁵ y ansiedad como barreras más frecuentes para la denuncia²⁶.

Pese a que la extensión en el tiempo de la Espada de Damocles representada por la intervención penal que pende sobre la cabeza de la persona eventualmente responsable de una infracción penal provocada por dichas dificultades o impedimentos para la denuncia no pueda ser computada como dilación indebida a los efectos del art. 21, 6ª CP, al no haberse producido «en la tramitación del procedimiento», nada obsta tenerla en consideración para la prescripción del delito. Cuando la víctima sea adulta, el plazo de prescripción seguirá su curso aunque concurren barreras interpersonales socioculturales o intrapersonales para la denuncia, hasta que dicho plazo quede suspendido por la eventual interposición de la denuncia e interrumpido retroactivamente con su eventual admisión a trámite (art. 132, 2 CP). En el caso de los delitos con víctima menor de edad, el art. 132, 1 CP desplaza el *dies a quo*, en cambio, hasta el momento en que la víctima cumpla 18 o 35 años.

²¹ HÖRNLE/KLINGBEI/ROTHBART, *Sexueller Missbrauch von Minderjährigen: Notwendige Reformen im Strafgesetzbuch*, 2014, pp. 66 ss.

²² HÖRNLE/KLINGBEI/ROTHBART, *Sexueller Missbrauch von Minderjährigen*, pp. 66 ss.; HOCHMAYR, «Rechtsvergleichende Analyse der Verjährungsregelungen», en HOCHMAYR/GROPP (dirs.), *Die Verjährung als Herausforderung für die grenzüberschreitende Zusammenarbeit in Strafsachen Entwicklung eines Harmonisierungsvorschlags*, 2021, pp. 625; GROPP/HOCHMAYR/KOLB/PIERZCHLEWICZ, «Modell einer tragfähigen Harmonisierung der Verfolgungsverjährung in der EU», en HOCHMAYR/GROPP (dirs.), *Die Verjährung*, p. 868; PEREDA/GÓMEZ MARTÍN/GRECO/HOMBRADO/SEGURA, *REIC*, (16) 2018, pp. 10, 17.

²³ SORSOLI/KIA-KEATING/GROSSMAN, «I keep that hush-hush: Males survivors of sexual abuse and the challenges of disclosure», *Journal of Counseling Psychology*, (53-3), 2008, pp. 333 ss.

²⁴ DORAHY/CLEARWATER, «Shame and guilt in men exposed to childhood sexual abuse: A qualitative investigation», *Journal of Child Sexual Abuse*, (21-2) 2012, pp. 155 ss.; SORSOLI/KIA-KEATING/GROSSMAN, *Journal of Counseling Psychology*, (53-3) 2008, pp. 333 ss.; HOCHMAYR, en HOCHMAYR/GROPP (dirs.), *Die Verjährung*, pp. 625 s.

²⁵ DORAHY/CLEARWATER, *Journal of Child Sexual Abuse*, (21-2) 2012, pp. 155 ss.

²⁶ DORAHY/CLEARWATER, *Journal of Child Sexual Abuse*, (21-2) 2012, pp. 155 ss.

Este precepto, modificado por la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, se inspira referentes de la legislación penal española en esta materia el alemán (*dies a quo* de delitos sexuales con víctima menor con la mayoría de edad de la víctima a los 18 años hasta 2013; desde entonces hasta 2015 con los 21; y desde esta última fecha hasta la actualidad, cuando la víctima cumpla los 30 años), el suizo (desde 2014, a partir de los 25 años de edad de la víctima para algunos supuestos), el austríaco (desde que la víctima cumple 28 años) y, en definitiva, buena parte de los legisladores europeos, como el francés, el italiano, el neerlandés, el sueco, el estonio o el húngaro²⁷.

Nada de lo que acaba de apuntarse debe confundirse con las dilaciones indebidas. Pese a que una parte de la doctrina invoca como fundamento de la prescripción el derecho a un proceso con todas las garantías, y, en cualquier caso, sin dilaciones indebidas²⁸, salta a la vista que estas dos garantías gozan de plena entidad propia y recíproca autonomía. No en vano, en el Código penal español la prescripción del delito se interrumpe con el inicio del procedimiento *–rector:* con su dirección contra el indiciariamente responsable (art. 131, 1 CP), de modo que salvo en los casos (excepcionales) de paralización procesal, la prescripción del delito se producirá antes del inicio del proceso. En cambio, la concurrencia de dilaciones indebidas exige –como ya se ha apuntado repetidamente– que el procedimiento haya dado inicio y se haya dilatado en el tiempo de forma extraordinaria.

Tampoco es correcta la idea de que la prescripción consiste en un instrumento concebido para contribuir al correcto funcionamiento de la Administración de Justicia mediante una suerte de reprobación del Juez que incurre en dilaciones indebidas en la tramitación de la causa, o la concesión a la víctima de un título que sostenga una pretensión indemnizatoria. Frente a esta idea, es preciso señalar que si la Administración de Justicia adolece de disfunciones estructurales que la hacen particularmente lenta y la convierten en una fuente inagotable de dilaciones indebidas, es probable que la solución de tal problemático no pase, precisamente, por una ampliación o reducción de los plazos de prescripción, sino por las correspondientes reformas estructurales del sistema. Por lo demás, sin duda extraño instrumento sancionador de dilaciones indebidas sería aquél que tuviera como fundamento la reprobación del Juez que incurre en ellas sin valerse para ello de un aparato sancionador.

Como si de una relación de vasos comunicantes se tratara, la SAP Sevilla 1ª, 20-12-19 parece confundir dicha alteridad conceptual entre la atenuante de dilaciones indebidas y una eventual analógica de cuasi-prescripción del delito, al tomar para la apreciación de la primera el *dies a quo* previsto legalmente para la determinación de la segunda (art. 132, 1 CP)²⁹. La identificación del *dies a quo* con el momento de comisión del delito para la decisión relativa a la atenuación muy cualificada de la pena por dilaciones indebidas operada por la SAP Sevilla 1ª, 20-12-19 supone, en suma, confundir esta institución con la extinción de la responsabilidad penal por prescripción del delito, para la que el Código penal sí prevé aquel punto de arranque (art. 132, 1 CP). Lo cierto es, sin embargo, ambas instituciones descansan sobre fundamentos diversos: así, mientras que

²⁷ Sobre todo ello, *vid.* GÓMEZ MARTÍN, «La prescripción de los delitos con víctima menor de edad: ¿Quién da más?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (24-38), 2022, pp. 15 ss.

²⁸ Este punto de vista, según el cual la prescripción del delito también hallaría su fundamento en principios y valores constitucionales, está representada en la jurisprudencia constitucional por la ya clásica STC 157/1990, de 8 de octubre (BOE núm. 268, de 8 de noviembre de 1990).

²⁹ Sobre la dicha posibilidad de una atenuación facultativa de la pena por cuasi-prescripción RAGUÉS I VALLÈS, «La atenuante analógica de cuasiprescripción», *InDret*, (3), 2017, *passim*; EL MISMO, «La prescripción de los abusos sexuales infantiles: ¿Ni olvido ni perdón?», *Cuadernos de Política Criminal*, (132), 2020, pp. 67 ss.; PUENTE RODRÍGUEZ, «La atenuante analógica de cuasi-prescripción», *La Ley Penal*, (119), 2016.

la primera perseguiría la reparación judicial de la vulneración de un derecho fundamental³⁰, la compensación de la culpabilidad del reo por la pérdida ilegítima de derechos que para el mismo suponen las dilaciones indebidas³¹ y, por último, la menor necesidad de pena por el transcurso del tiempo³²; el óbice de perseguibilidad que representa su prescripción se basa en la idea de que dependiendo de la mayor o menor gravedad del hecho delictivo, y de la mayor o menor extensión del período de tiempo transcurrido desde su comisión, la percepción del hecho delictivo como más o menos necesitado de pena por parte de la colectividad irá variando³³. Así, por ejemplo, un pequeño hurto cometido hace cinco años y que no ha sido perseguido durante dicho espacio de tiempo puede ser percibido por la colectividad como un hecho perteneciente al pasado, ya superado, y, por tanto, carente de toda necesidad preventivo-general de pena. Cuando ello suceda, la declaración de la extinción de la responsabilidad criminal no pondría en cuestión la función preventivo-general de la pena, ya que tal ausencia de responsabilidad no generará en la colectividad alarma o sensación subjetiva de impunidad alguna³⁴. Es posible, además, que el transcurso de un determinado período de tiempo desde la comisión de la infracción penal traiga consigo, además, la consecuencia de que ya no sea necesario imponer una pena al responsable para que éste no vuelva a delinquir en el futuro. Si una vez transcurrido dicho plazo el sujeto ya se ha resocializado de forma espontánea podría haber desaparecido, con ello, la necesidad preventivo-especial de la pena³⁵. En el caso que nos ocupa, además, la SAP Sevilla 1ª, 20-12-19 adelanta el *dies a quo* a un momento incluso anterior al que resulta relevante para la prescripción, al tomar como referencia el momento inicial del delito continuado (2006), en lugar del final (2009), como para tal fe fenomenología dispone el art. 132, 1 CP.

Más dudoso resulta, en cambio, el fundamento jurídico de la STC 48/2024 conforme al cual la apreciación como muy cualificada de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas practicada por la SAP Sevilla 1ª, 20-12-19 habría infringido el art. 14 CE, por ignorar la perspectiva de género. El (no compartido) argumento de la Audiencia según el cual los dos años que en este caso la víctima habría tardado en denunciar los hechos computarían como dilación indebida en realidad podría aplicarse a cualquier categoría de delito y cualquier clase de víctima, sin que se observe en su empleo vulneración alguna del principio de igualdad. Aunque las barreras para la denuncia que pueden retrasar (o incluso neutralizar por completo) su interposición resultan especialmente frecuentes en delitos sexuales con víctima menor de edad, tal y como se expone en el voto particular a la STC 48/2024 de los Magistrados D. César Tolosa Tribiño y D. Enrique Arnaldo Alcubilla, «es irrelevante, atendida la configuración normativa de la atenuante prevista en el art. 21, 6ª CP, la particular naturaleza del delito enjuiciado –fuera o no de acoso sexual–, o que la víctima fuera hombre o mujer, o que fuera más o menos vulnerable

³⁰ Se hicieron eco de este fundamento, entre otras, las SSTS 115/2005, Penal, de 31 de enero (ECLI:ES:TS:2005:469); 1506/2004, Penal, de 21 de diciembre (ECLI:ES:TS:2004:8291); 1363/2004, Penal, de 29 de noviembre (ECLI:ES:TS:2004:7738). No puede compartirse, por ello, la parte del voto particular a la STC 48/2024 de los Magistrados D. César Tolosa Tribiño y D. Enrique Arnaldo Alcubilla en la que estos defienden que la atenuante del art. 21, 6ª CP obedecería a una decisión del legislador que nada tendría que ver con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

³¹ STS 988/2006, Penal, de 10 de octubre (ECLI:ES:TS:2006:6627).

³² STS 742/2003, Penal, de 22 de mayo (ECLI:ES:TS:2003:3471).

³³ GILI PASCUAL, «Prescripción (de la infracción penal)», en BOIX REIG (dir.)/LLORIA GARCÍA (coord.), *Diccionario de Derecho penal económico*, 2008, p. 690.

³⁴ GILI PASCUAL, *La Prescripción en Derecho Penal*, 2001, p. 81; GONZÁLEZ TAPIA, *La prescripción en el Derecho penal*, 2003, pp. 78 s.; RAGUÉS I VALLÈS, *La prescripción penal: Fundamento y aplicación. Texto adaptado a la LO 15/2003 de reforma del Código penal*, 2004p. 40; Díez RIPOLLÈS, *Derecho penal español, PG*, 3ª ed., 2011, p. 778.

³⁵ GILI PASCUAL, *La Prescripción en Derecho Penal*, cit., p. 81; RAGUÉS I VALLÈS, *La prescripción penal*, p. 40; Díez RIPOLLÈS, *Derecho penal español. PG*, 3ª ed., 2011, p. 778.

por la relación vertical con el agresor o que el acoso sexual forme parte de los delitos relacionados con la violencia de género. Ninguno de esos parámetros aparecen contemplados en el art. 21, 6ª CP, que no atendería, ni distinguiría, en atención al tipo de delito o a las relaciones entre la víctima y el condenado, por lo que las consideraciones que hace la sentencia sobre el denominado “contexto” serían absolutamente prescindibles por inconexas y ajenas a la cuestión debatida».

Concluye de todo ello el voto particular a la STC 48/2024 de los Magistrados D. César Tolosa Tribiño y D. Enrique Arnaldo Alcobilla: «Su introducción por vía interpretativa para restringir la apreciación de la atenuante y, en consecuencia, para evitar la rebaja de la pena desbordaría el tenor literal posible del precepto, que no discrimina en su aplicación en atención a la naturaleza del delito o a las circunstancias atinentes a la víctima, ni a las relaciones con su agresor. Es por ello, que se entiende desde este punto de vista que el razonamiento de la sentencia que resuelve el recurso de amparo incurriría en analogía in malam partem constitucionalmente proscrita (art. 25, 1 CE), induce a error en la aplicación o no de la circunstancia y supone elaborar parámetros interpretativos al margen de la configuración normativa y de la función constitucional que corresponde al TC».

¿Son típicas las manifestaciones ante los centros de interrupción voluntaria del embarazo?

Comentario a la STC 75/2024, de 8 de mayo

Oriol Martínez Sanromà
Universitat Oberta de Catalunya
omartinezsan@uoc.edu

1. Introducción

La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 4/2022, de 12 de abril, que introdujo el delito de acoso para obstaculizar la interrupción voluntaria del embarazo (art. 172 *quater* CP), dejó clara las intenciones del legislador: crear una «zona de seguridad alrededor de los centros sanitarios que facilitan la interrupción voluntaria del embarazo» (de ahora en adelante, IVE) frente a los denominados «piquetes antiabortistas»¹. El hecho de que el TC haya declarado que este tipo penal es conforme a la Constitución plantea la duda de si la aplicación práctica de esta norma puede llegar a satisfacer estos deseos. Pues una cosa es que una disposición se ajuste al amplio espectro de libertad que concede la norma fundamental al legislador y otra muy diferente es que su contorno típico dé cabida a todos los fenómenos con los que aquel quiere lidiar. En el presente comentario analizo las consecuencias interpretativas de esta declaración de constitucionalidad para ofrecer una respuesta a este interrogante. Empiezo con una exposición eminentemente descriptiva de los argumentos empleados por el TC para confirmar la constitucionalidad del art. 172 *quater* CP (apdo. 2). Aprovecharé este espacio para recordar al lector las críticas doctrinales que ha suscitado este precepto desde su aprobación en el Congreso. Seguidamente, analizo las implicaciones penales de esta declaración de constitucionalidad, centrándome en las posibles vías interpretativas (de carácter restrictivo) a las que puede dar pie la sentencia y advirtiendo de sus consecuencias con respecto al fenómeno de los «piquetes antiabortistas» (apdo. 3). A estos efectos, me apoyaré en algunas reflexiones suscitadas en los votos particulares.

2. Sentencia del Tribunal Constitucional 75/2024, de 8 de mayo

2.1. Antecedentes

La entrada en vigor del art. 172 *quater* CP el pasado 14 de abril de 2022 originó un torrente de críticas, tanto políticas como doctrinales. En el foro político, la cosa acabó con una diputada

¹ Sobre las variadas manifestaciones de este fenómeno, puede encontrarse un estudio, citado por la propia Exposición de Motivos de la ley cuestionada, en el siguiente enlace: <https://www.acaive.com/estudio-percepciones-de-las-mujeres-que-interrumpen-su-embarazo-frente-al-hostigamiento-de-los-grupos-anti-derechos-anti-eleccion-en-las-puertas-de-los-centros-acreditados-para-la-ive-octubre-2018/publicaciones/>.

socialista tildada de «bruja»², con loas a la necesidad de «restituir la memoria de las mujeres acusadas de brujería, torturadas y condenadas a morir víctimas de una persecución misógina y machista»³ o denuncias por la impunidad de «hostigar (...) a niños por hablar castellano» y «humillar a las víctimas de ETA»⁴. En la academia, el debate discurrió por caminos más pacíficos. Al respecto, sorprende la unanimidad que ha demostrado la doctrina al contestar críticamente a este nuevo precepto. Sobre este asunto, la oposición al art. 172 *quater* CP puede desglosarse en dos argumentos relacionados con los dos grupos de conductas típicas planteadas por la disposición. Así pues, cabe recordar que, según la norma cuestionada, la obstaculización del derecho a la IVE mediante acoso puede realizarse a través de (i) «actos intimidatorios o coactivos» o (ii) «actos molestos u ofensivos».

Con respecto al primer grupo de conductas, se ha indicado que el art. 172 *quater* CP se solapa con el tipo básico de coacciones *ex art.* 172 CP⁵. En efecto, si el primer apartado de este último precepto considera que realiza coacciones quien, «sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto», el art. 172 *quater* CP, al castigar los «actos intimidatorios o coactivos», irrumpe en forma de *lex specialis* contra esta *lex generalis*⁶. En principio, ello no debería suponer un problema, pues son muchos los casos de concurso de leyes presentes en el Código cuya solución depende del principio de especialidad (art. 8.1.^a CP). Sin embargo, la notable diferencia entre el marco penológico de la *lex specialis* (art. 172 *quater* CP – pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días) y el de la *lex generalis* (art. 172 CP – pena de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses) permite concluir que el art. 172 *quater* CP constituye una especie de «subtipo privilegiado» de coacciones⁷. Un corolario sorprendente atendiendo a la imperiosa necesidad, consignada en la Exposición de Motivos de la ley impugnada, de asegurar penalmente que las mujeres puedan practicar el derecho a la IVE. Teniendo en cuenta la presencia del tipo básico de coacciones, o bien la necesidad de recurrir a la coacción penal no existía, o bien el legislador no ha calculado debidamente las consecuencias penológicas de “legislar sobre mojado”. Ello ha dado pie a que la doctrina califique la reforma como un ejemplo más del llamado Derecho penal simbólico⁸.

En lo que al segundo grupo de conductas típicas se refiere («actos molestos u ofensivos»), la doctrina ha centrado sus críticas en la indeterminación de las palabras empleadas,

² Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, año 2021, XIV Legislatura, núm. 123, p. 11. Véase la noticia del enlace (<https://www.lavanguardia.com/politica/20210921/7736995/congreso-suspendido-vox-psoe-bruja.html>).

³ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, año 2021, XIV Legislatura, núm. 156, p. 67.

⁴ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, año 2021, XIV Legislatura, núm. 156, p. 63.

⁵ MAGRO SERVET, «Características del nuevo delito de acoso para no abortar del art. 172 *quater* por Ley Orgánica 4/2022, de 12 de abril», *Diario La Ley*, (10059), p. 9; MARTÍNEZ SANROMA, «El acoso antiabortista. Herramientas interpretativas para el nuevo art. 172 *quater* CP», *Diario La Ley*, (10272), 2023, pp. 5 s.; GARCÍA ARROYO, «El nuevo delito del 172 *quater*, el acoso para obstaculizar el aborto: a vueltas con la expansión del Derecho penal simbólico», *Revista Penal*, (53), 2024, pp. 85 s., indicando que los actos coactivos e intimidatorios «deben ser interpretados como naturalmente se establecen precisamente para el delito de coacciones del tipo básico de coacciones del art. 172.1 CP» como «aquellos actos que consisten en impedir con violencia a otra persona hacer algo».

⁶ GARCÍA ARROYO, *Revista Penal*, (53), 2024, p. 86.

⁷ GARCÍA ARROYO, *Revista Penal*, (53), 2024, p. 86, manifestando que «no se puede llegar a comprender como se tipifica un delito de forma especial, pero se privilegia su pena».

⁸ COLINA RAMÍREZ, «Sobre la reforma del artículo 172 *quater* del Código penal», *Cuadernos de Política Criminal*, (137), 2022, p. 143.

principalmente con respecto a «molestos»⁹. La aparente imprecisión del término se justifica por la imposibilidad de establecer criterios objetivos para discriminar qué conductas generan molestias y cuáles no. En efecto, la definición del verbo que ofrece la RAE («causar fastidio o malestar a alguien»), asumida por la propia sentencia (FJ 4), abre un espacio a la subjetivización de su contenido. Así pues, dependiendo de quién ocupe la posición de ese «alguien», la causa del fastidio o el malestar podrá ser una u otra. Para el caso que interesa: contrátese el supuesto de una chica de 16 años que acude a una clínica habilitada para practicar la IVE acompañada de su amiga de 15 e intentando ocultar el hecho a sus familiares con el de una mujer de 30 años acompañada por su pareja. La dificultad de contrastar el verbo «molestar» con una especie de «persona baremo» a fin de extraer criterios intersubjetivamente válidos da cuenta de su indeterminación y de la falta de claridad del mensaje normativo¹⁰. Ello abriría la puerta, crítica la doctrina, a una interpretación laxa que permitiría atribuir el calificativo de «molestia» a una serie de conductas vinculadas al ejercicio del derecho a la protesta¹¹. En este punto aparece el elemento más problemático de la reforma, a saber, la posibilidad de que la tipificación de estos comportamientos limite o restrinja los derechos de reunión y manifestación (art. 21 CE). Ciertamente, tal y como recordaba en la introducción, el art. 172 *quater* CP se ha introducido con la intención de desbaratar los llamados «piquetes antiabortistas», esto es, las manifestaciones delante de las clínicas en las que se proclaman consignas contra el aborto, se reparten panfletos informativos, se lanzan muñecos en forma de fetos o se practican rezos colectivos. La doctrina ha considerado que la incriminación de la «molestia» podría producir un «efecto desaliento» sobre el ejercicio de este tipo de actos¹².

2.2. ¿Por qué el art. 172 *quater* CP es conforme a la Constitución?

La STC 75/2024, de 8 de mayo, al resolver el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Grupo Parlamentario Vox en el Congreso de los Diputados contra la Ley Orgánica 4/2022, de 12 de abril, intenta ofrecer una respuesta a estas críticas. De esta manera, los impugnantes organizan su recurso de inconstitucionalidad en dos ejes principales. El primero se centra en la posible vulneración del derecho a la legalidad penal (arts. 25.1 CE) por falta de taxatividad. Así, se indica que la conducta típica es demasiado imprecisa, máxime con respecto a la expresión «actos molestos u ofensivos». La falta de objetivación del término «molestia» implicaría, en opinión de los demandantes, la incorporación en el tipo de «una circunstancia puramente subjetiva para calificar como delito determinados actos, sin que tal valoración se atribuya exclusivamente a los ofendidos sino también a todos aquellos que deseen formular denuncia». El segundo eje del recurso pivota alrededor de la posible vulneración de la libertad ideológica (art. 16 CE) y de expresión (art. 20 CE), y los derechos de reunión y manifestación (art. 21 CE)¹³. Así

⁹ LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Acoso antiabortista y libertad de expresión», *Almacén de Derecho*, 2022 (Disponible en: <https://almacenederecho.org/acosoantiabortista-y-libertad-de-expresion>).

¹⁰ MARTÍNEZ SANROMÀ, *Diario La Ley*, (10272), 2023, p. 7.

¹¹ LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Almacén de Derecho*, 2022.

¹² LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Almacén de Derecho*, 2022. Igualmente, COLINA RAMÍREZ, *CPC*, (137), 2022, p. 157. Sobre todo esto, concluye CUGAT MAURI, «La tipificación del acoso a abortistas como antieje de técnica jurídica», *LH-Diez Ripollés*, 2023, p. 1298, que «es muy probable que la ley no llegue a aplicarse, pues los hechos más graves ya estaban tipificados y los de menor entidad puedan estar protegidos por la libertad de expresión».

¹³ Los recurrentes incluyen un tercer argumento que, por su especialidad, prescindo de analizar en detalle. Según este, el precepto vulneraría, además, el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) por bien que la posibilidad de perseguir de oficio un supuesto incardinable en el art. 172 *quater* CP (apartado 5 del precepto impugnado) podría perturbar a la víctima que quisiera preservar su anonimato, «privándola de la facultad de renunciar a un proceso en el que, necesariamente, se va a ver involucrada». Sobre este asunto, el TC declara que «si bien la persecución de oficio del comportamiento punible en este caso puede suponer, eventualmente, una incidencia en el derecho

pues, los recurrentes entienden que la vaguedad de la descripción típica «aboca a una restricción injusta» de estas libertades y derechos en la medida en que «no se exige que la persona que ejerce sus derechos de reunión y expresión incurra en violencia o en discurso del odio, bastando que los actos de ejercicio de derechos sean subjetivamente percibidos como actos molestos, ofensivos, intimidatorios o coactivos». De esta forma, «cualquier reunión o manifestación podría calificarse así». Con ello, el art. 172 *quater* CP estaría generando un «indeseable efecto disuasorio o desalentador de su ejercicio, dado que el tipo descrito abarca cualquier molestia o desagrado en las personas afectadas».

El TC rehúsa los argumentos de los recurrentes, declarando la plena constitucionalidad del art. 172 *quater* CP. El alto tribunal accede a esta conclusión rebatiendo los dos ejes sobre los que se estructura el recurso: la posible vulneración del principio de legalidad en su dimensión de *lex certa* (1) y la eventual limitación improcedente de la libertad ideológica y de expresión y los derechos de reunión y manifestación (2).

1. En cuanto a la posible vulneración del mandato de legalidad penal, el TC sostiene que la conducta típica planteada por el art. 172 *quater* CP es lo suficientemente determinada, precisa y clara como para superar el test de taxatividad. Al respecto de los elementos típicos «actos molestos u ofensivos», la resolución indica que «no puede considerarse, ni en abstracto, ni en el contexto del precepto penal en el que se incorporan, que carezcan de la necesaria precisión exigida por el principio de taxatividad, ni tampoco que impongan una interpretación exclusivamente subjetiva que imposibilite una concreción objetiva de las conductas a sancionar». En opinión del TC, dos son los argumentos que permiten sostener esta conclusión. En primer lugar, los «actos molestos u ofensivos» deben interpretarse como medios comisivos del verbo típico rector del precepto, a saber, «acosar». Atendiendo al hecho de que el Código penal utiliza este mismo verbo en otras disposiciones (arts. 172 ter, 173.1, párrafo tercero y 184 CP) y que ello ha generado una numerosa jurisprudencia respecto de su contenido típico, el intérprete de la norma dispondría de un marco de referencia a la hora de reconstruir hermenéuticamente el art. 172 *quater* CP. De esta forma, el TC concluye que esta realidad «permite excluir los riesgos de vaguedad o subjetivización en la aprehensión del ámbito de aplicación de este delito tanto por parte de los potenciales sujetos activos como de los operadores jurídicos encargados de su aplicación» (FJ 4). En segundo lugar, el TC esgrime un argumento sistemático-teleológico: la delimitación de los márgenes de tipicidad dimanados de la expresión «actos molestos u ofensivos» debe tener en consideración que esta aparece junto a los términos «actos intimidatorios o coactivos» y la expresión «para obstaculizar el ejercicio del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo». Con base en estas apreciaciones, el TC entiende que la locución «actos molestos u ofensivos» debe interpretarse con una «intensidad lesiva» análoga a la del resto de medios comisivos y capacitada *ex ante* para lograr esta obstaculización.

2. En lo que concierne a la posible limitación de la libertad ideológica y de expresión y de los derechos de reunión y manifestación, el TC despliega un argumentario modelo en lo que a la posible inconstitucionalidad de un tipo penal se refiere. Al respecto, el alto tribunal recuerda que

a la intimidad de la víctima que, por la razón que sea, ha decidido no denunciar y, por tanto, no exponer esa esfera de sus vivencias en torno a la decisión de ejercer su derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, ese sacrificio se justifica por el interés público propio de la investigación del delito y porque el libre ejercicio del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo no tiene una dimensión estrictamente privada sino también una proyección general relacionada con la garantía, como ya se ha expuesto, al igual disfrute, entre hombres y mujeres, del derecho a la salud sexual y reproductiva, en un contexto social en el que el ejercicio de ese derecho por las mujeres aún experimenta dificultades estructurales» (FJ 6).

«el tipo y la sanción penal solo pueden estimarse constitucionalmente legítimos si no han producido, por su severidad, un sacrificio innecesario o desproporcionado en la libertad que limitan, o un efecto desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada» (FJ 5). La proyección al caso de esta máxima discurre por una ponderación entre la finalidad perseguida por la disposición y los medios empleados a efectos de averiguar si, para el fenómeno del que se ocupa el art. 172 *quater* CP, «resulta innecesaria una reacción de tipo penal» o «la cuantía o extensión de la pena en relación con la entidad del delito» se demuestra excesiva (FJ 5). Dicho esto, el TC se muestra firme a la hora de considerar que, en este caso, no se ha producido un «derroche inútil de coacción»¹⁴. Esto último, por dos motivos principales. Por un lado, porque el objeto de protección del art. 172 *quater* CP (el derecho a la IVE¹⁵) constituye un valor requerido del abrigo de la coacción penal (FJ 5)¹⁶. Por otro lado, porque, atendiendo a la necesidad de proteger penalmente este ámbito de libertad, las consecuencias penológicas del precepto impugnado no son desproporcionadas habida cuenta de la existencia de mecanismos que permiten atemperar la sanción resultante (véanse los argumentos que apoyan esta idea al final del FJ 5). Con base en estas consideraciones, el alto tribunal concluye que el art. 172 *quater* CP «no puede estimarse constitucionalmente ilegítimo porque la previsión que contiene, en relación con la conducta típica y en relación con la pena prevista, no ha producido, por su severidad, un sacrificio innecesario o desproporcionado del derecho a la libertad de expresión o del derecho de manifestación» (FJ 5).

3. Consecuencias penales: manifestarse ante una clínica abortista, ¿es típico?

3.1. Consideraciones previas

Una vez expuestos los argumentos que aduce el TC para declarar que el art. 172 *quater* CP es conforme a la Constitución, es momento ahora para ofrecer una solución a la pregunta que he utilizado para titular el presente comentario. El hecho de que el TC valide el uso de la expresión «actos molestos» permitiría, *a priori*, responder con un categórico «sí y en cualquier caso». Ciertamente, el ejercicio de un derecho que comporta una carga emocional tan grande implica que la mera presencia de los manifestantes a las puertas de las clínicas de IVE, aunque permanezcan en estricto silencio, contribuya a generar malestar en la mujer. Aunque ello constituya una muestra de una simple comprensión psicológica de corte intuicionista, la amplitud semántica del término en cuestión se presta a este tipo de ejercicios mentales. Frente a este peligro, tiene sentido que, en su voto particular, los magistrados Enrique Arnaldo Alcubilla y Concepción Espejel Jorquera lamenten que la mayoría del TC no haya propuesto una sentencia interpretativa de tal manera que «solo podrían ser sancionadas aquellas conductas que, por su gravedad intrínseca, fueran susceptibles de lesionar o poner en riesgo el bien jurídico protegido» (motivo 3.º del voto particular).

Sin embargo, considero que la resolución es lo suficientemente amplia como para que esta última demanda (o, como mínimo, su objetivo) no sea en vano. En efecto, entiendo que la sentencia

¹⁴ Elemento a verificar cuando se analiza la constitucionalidad de una norma penal (por todas, STC 8/2024, de 16 de enero [BOE núm. 45, de 20 de febrero de 2024], FJ 6).

¹⁵ Sobre su trascendencia constitucional, véase la STC 44/2023, de 9 mayo (BOE núm. 139, de 12 de junio de 2023).

¹⁶ En concreto, el TC expone que «tal garantía normativa [la protección de la libre interrupción del embarazo] se puede alcanzar no solo desde el desarrollo de un modelo de despenalización, más o menos amplio, (...) sino también desde la tipificación de conductas limitativas de la libre decisión de ejercer el derecho» (FJ 5).

habilita al intérprete a asumir una interpretación restrictiva que limite los casos típicos a aquellos que se ejercen con «violencia». Con ello, la respuesta a la pregunta se convertiría en un «depende»: la intensidad lesiva de los actos en los que se proyecta la manifestación ante las clínicas de IVE y su aptitud para obstaculizar el ejercicio del derecho por parte de la mujer serán, en mi opinión, los elementos que informarán de su relevancia típica. A fin de justificar esta idea, estructuraré el presente apartado de la siguiente manera. En primer lugar, analizo las repercusiones de relacionar, tal y como hace el TC, los «actos molestos u ofensivos» con el (supuesto) verbo típico rector de la conducta, esto es, «acosar» (apdo. 3.2). Como podrá observar el lector, esta conexión invalida que el intérprete disponga de referencia interpretativa alguna. En ausencia de esta, el aplicador de la norma deberá «vérselas a solas» con la expresión «molestias» a fin de captar su significado típico. En segundo lugar, presento como el TC, indirectamente, es consciente de los riesgos prácticos que depara la anterior realidad, llamando a que el intérprete tenga en consideración estos peligros (apdo. 3.3). En tercer y último lugar, expongo como esta «llamada de atención», de hecho, abre el camino a que el aplicador del Derecho siga una vía restrictiva que reduzca el término «molestia» a la mínima expresión (apdo. 3.4).

3.2. La «molestia» como medio comisivo del «acoso»

Uno de los argumentos que emplea el TC para validar la taxatividad del término «molestia» es, recordemos, el siguiente: el «verbo típico rector de la conducta del precepto impugnado no es la ejecución, entre otros, de actos molestos u ofensivos, sino la acción de acosar» (FJ 4). Habida cuenta de la existencia de un desarrollo conceptual de este verbo al hilo de la aplicación de los arts. 172 ter, 173.1, párrafo tercero y 184 CP, el intérprete dispondría de una referencia para captar los márgenes de la prohibición contenida en el precepto en disputa. Pero, nada más lejos de la realidad. Sobre esta cuestión, recuerdan los magistrados más críticos con la sentencia¹⁷ que todos las disposiciones legales que los ponentes señalan como manifestaciones del verbo típico «acosar», en realidad, solo concretan este término a través de ciertas modalidades comisivas, sin ofrecer una definición «universal» del mismo (p.ej., el art. 173.1 CP al relacionar «acosar» con «actos hostiles o humillantes»; o el art. 184 CP cuando define el «acoso sexual» como solicitar «favores de naturaleza sexual (...) en el ámbito de una relación laboral, docente, de prestación de servicios o análoga (...) [que provocare] una situación objetiva gravemente intimidatoria, hostil o humillante»). De esta manera, los magistrados objetores concluyen que el «acoso queda así definido (...) por la remisión a unas concretas conductas» de tal forma que «la delimitación de lo que deba entenderse por actos molestos no puede hacerse (...) por remisión al concepto de acoso porque, precisamente, el acoso está definido, a su vez, por lo actos molestos» (motivo 2.º del voto particular).

Efectivamente, un repaso rápido del desarrollo jurisprudencial de los preceptos citados por el TC impide identificar herramientas interpretativas para el futuro aplicador del art. 172 *quater* CP. Reparemos al respecto en el delito de *stalking* ex art. 172 *ter* CP. Es conocida la exigencia típica «de forma insistente y reiterada» de esta disposición, elemento caracterizador del acoso en estos supuestos¹⁸. Ello ha dado pie a una jurisprudencia muy restrictiva cuyo sentir ejemplifican a la

¹⁷ Enrique Arnaldo Alcubilla y Concepción Espejel Jorquera, quienes llegan a afirmar que el art. 172 *quater* CP «es una meridiana expresión del criterio [se refieren al principio de intervención mínima] contrario, es decir, el de intervención máxima o expansionismo desbordante del Derecho penal, decididamente contrario al valor libertad que es exigencia indispensable, imprescindible, en el Estado democrático» (motivo 1.º del voto particular).

¹⁸ Al respecto, véase ALTÉS TÁRREGA, «La represión penal del acoso en el trabajo», *Labos*, (2-1), 2021, pp. 44 ss.; DE LA CUESTA ARAZMENDI/MAYORDOMO RODRIGO, «Acoso y Derecho penal», *Revista Penal México*, (6), 2014, p. 63,

perfección las siguientes palabras del TS: «[l]os términos usados por el legislador, pese a su elasticidad (insistente, reiterada, alteración grave) y el esfuerzo por precisar con una enumeración lo que han de considerarse actos intrusivos, sin cláusulas abiertas, evocan un afán de autocontención para guardar fidelidad al principio de intervención mínima y no crear una tipología excesivamente porosa o desbocada», de tal forma que, para colmar los requisitos típicos, es necesario que los actos de acoso «sean insistentes y reiterados lo que ha de provocar una alteración grave del desarrollo de la vida cotidiana»¹⁹. Todo ello hasta tal punto que el TS ha llegado a afirmar que

«no sería constitutivo de un delito de acoso actos que provoquen *una mera molestia* en el afectado y de carácter transitorio, o poco extendidos en el tiempo, así como poco persistentes, por lo que debemos situar el pórtico *hacia abajo en la mera molestia* y hacia arriba en el acoso según sea el tipo de acoso, su duración en el tiempo, y persistencia *que excedan de una mera molestia* obvia que toda persona pueda experimentar ante este tipo de conductas»²⁰.

Entonces, si la referencia para interpretar el término «molestia» debe situarse en un delito cuya definición jurisprudencial más extendida excluye de su ámbito de aplicación, precisamente, las «molestias», solo quedan dos opciones. O bien el TC está señalando que el art. 172 *quater* CP puede aplicarse para casos de *stalking* a mujeres que quieren ejercer su derecho a la IVE²¹, de tal manera que el precepto constituiría (de nuevo) una *lex specialis* con respecto al art. 172 *ter* CP²². O bien el TC está admitiendo, indirectamente, que su teoría sobre el hecho de que esta disposición constituya una referencia para interpretar el término «molestia» es una mera suposición que cualquier intérprete puede descartar después de un análisis más profundo del problema.

En ambos casos, creo que es adecuado afirmar que el aplicador del Derecho carece por lo expuesto de una referencia (como mínimo, firme) para interpretar la expresión controvertida «actos molestos». Su «soledad» frente al término, cuya inclusión en el Código ha quedado validada por parte del TC, impone la necesidad de ofrecerle a aquél herramientas interpretativas que le permitan ir más allá de su sentido literal (recuérdese la definición que ofrece la RAE para la palabra en cuestión). Evidentemente, ello abre la puerta a una controversia eterna: concederle una especie de «poder legislativo» al intérprete que podría contradecir la intención del legislador, evidenciada con meridiana claridad en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica impugnada y proyectada, precisamente, a través de la expresión «actos molestos». No soy ajeno a estos riesgos. Mucho menos, en un ámbito tan propenso a las «batallas personales» como lo es el de la controversia sobre el aborto. Sin embargo, creo que el propio TC aboga, aunque sea indirectamente, a favor de que el aplicador del Derecho, en el ejercicio de la jurisdicción ordinaria, intente recorrer este camino restrictivo, aunque esto le lleve a alejarse de los deseos político-criminales del legislador. Y hay motivos (estrictamente jurídicos y constitucionales)

definiendo el acoso como «una conducta invasiva, una injerencia persistente en el proyecto de vida personal, que indudablemente afecta a la libertad y a la seguridad de quien la padece».

¹⁹ STS 324/2017, Penal, de 8 de mayo (ECLI:ES:TS:2017:1647).

²⁰ STS 843/2021, Penal, de 4 de noviembre (ECLI:ES:TS:2021:4045) (las cursivas son mías).

²¹ Ejemplos: llamadas telefónicas insistentes a la mujer que desea ejercer el derecho a la IVE, toma de contacto a través de redes sociales y envío masivo de propaganda antiabortista, seguimientos intrusivos en la calle que afectan la vida diaria de la mujer, etc. Como puede verse, todos son casos alejados del paradigma al que quiere hacer frente la reforma legislativa.

²² Y ello, para sorpresa de todos (o de nadie), convertiría nuevamente al art. 172 *quater* en un «subtipo privilegiado» (pena de prisión de tres meses a un año –art. 172 *quater* CP– vs. pena de prisión de tres meses a dos años –art. 172 *ter* CP–).

para desearlo así, más allá de lo que uno piense sobre el fenómeno que ha suscitado toda esta discusión. Lo justifico en el siguiente apartado.

3.3. La «autoconfesión de los riesgos interpretativos» por parte del TC

Tras validar la inclusión de la expresión «actos molestos» en la sistemática del Código, el TC advierte, no obstante, de los riesgos que ello puede deparar frente al ejercicio de libertades y derechos fundamentales dada la porosidad de la palabra en cuestión. Al respecto, el alto tribunal llega a admitir que «será en el ámbito aplicativo concreto de este precepto por parte de los órganos judiciales, y no en el de su concreción legislativa, que es el objeto de análisis del presente proceso constitucional, en el que, en su caso, habrá de controlar, incluso por la vía del procedimiento de amparo ante este tribunal, cualquier eventual interpretación imprevisible de dicho precepto» (FJ 4). Algo parecido suscita el magistrado Ricardo Enríquez Sancho en su voto particular (favorable a la constitucionalidad del art. 172 *quater* CP, aunque contrario a dotar de trascendencia constitucional al derecho a la IVE²³): los «casos límites en que «actos molestos, ofensivos, intimidatorios o coactivos» que bajo determinadas condiciones castiga el nuevo tipo penal pudieran considerarse amparados en el ejercicio de esos u otros derechos fundamentales podrán resolverse con los mecanismos ordinarios de interpretación jurídica» (motivo 2.º del voto particular). Esta «autoconfesión de los riesgos interpretativos»²⁴ es una señal poderosa, en mi opinión, de la posibilidad de que la *praxis* forense evite una «criminalización» de todos los tipos de protestas que se suelen llevar a cabo ante las puertas de las clínicas de IVE.

En efecto, el TC evidencia con estas palabras su consciencia sobre el peligro que una interpretación laxa del término «molestia» puede implicar para el derecho a la protesta. Y, frente a este riesgo, tiene sentido que el aplicador del Derecho, en el caso concreto, abogue por una interpretación restrictiva que optimice al máximo la esfera de libertad de quienes participan en las manifestaciones objeto de la controversia. Así, la proyección de la identidad política del Estado hacia la libertad, en tanto que valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), debe servir, más que para condicionar el espacio de decisión del poder legislativo²⁵ (una polémica que siempre estará sujeta a la histórica objeción democrática²⁶), para delimitar los márgenes de la prohibición dimanada de los distintos tipos penales en sede interpretativa. De esta forma, el contenido semántico de los enunciados típicos debe reseñarse hermenéuticamente, no solo

²³ Crítica que comparten todos los votos particulares, en los que se aprovecha la ocasión para volver a cuestionar la STC 44/2023, de 9 mayo (BOE núm. 139, de 12 de junio de 2023). Sea como fuere, en mi opinión, esta cuestión es intrascendente para analizar la corrección de la conminación penal en este supuesto. Ciertamente, como bien afirma el magistrado disidente Ricardo Enríquez Sancho en su voto particular, «[e]l Derecho penal no está circunscrito a la protección del ejercicio de derechos fundamentales» de tal forma que «[d]entro de su margen de apreciación, el legislador es libre para seleccionar ciertas manifestaciones [de conductas atentatorias] contra el *agere licere*». En efecto, el carácter constitucional o no de la conducta libremente ejercida por las mujeres que acuden a las clínicas donde se practica el aborto es irrelevante para fundamentar su protección penal. A este sector del ordenamiento solo debe interesarle defender la «libertad» frente a injerencias externas que la puedan hacer impracticable, sea cual sea el contexto o el objeto de su ejercicio. No concierne, entonces, *qué* libertad se protege en uso de la conminación penal, sino *cómo* se protege.

²⁴ Esta expresión la utilizan Enrique Arnaldo Alcubilla y Concepción Espejel Jorquera en el motivo 3.º de su voto particular.

²⁵ Que es lo que pretenden los magistrados críticos Enrique Arnaldo Alcubilla y Concepción Espejel Jorquera en su voto particular: «la sentencia debió estimar el recurso en este punto [con respecto a la falta de taxatividad], declarando la inconstitucionalidad de las expresiones “molestos y ofensivos” contenida en el art. 172 *quater*, apartado 1 CP».

²⁶ Sobre este tema, desde una perspectiva jurídico-penal, véase LASCURAÍN SÁNCHEZ, «¿Restrictivo o deferente? El control de la ley penal por parte del Tribunal Constitucional», *InDret*, (3), 2012, pp. 24 ss.

atendiendo al *telos* de la norma, sino también al hecho de que esta última constituye un peldaño más en un sistema de derechos y obligaciones previamente delimitado que tiene como fuente de origen unas premisas político-constitucionales muy claras. Así pues, en el marco de un Estado de premisas liberales, toma sentido inclinarse por una interpretación *pro libertate*. Pero ello no debe convertirse, ni en un recurso retórico con el que (re)vestir una agenda personal de tipo político o moral, ni en una inclinación nacida de una idea absoluta o trascendental de Derecho. Este último es un constructo histórico y, por ello, contingente. Por lo tanto, para defender, no la virtud abstracta, sino la adecuación (histórica) de este tipo de interpretaciones, basta con advertir que, «aquí y ahora», aquel se alimenta de un combustible político-programático muy específico.

Esta posibilidad de modo alguno erosiona el poder del legislador. Este último puede marcarse los objetivos político-criminales que buenamente pretenda, en tanto que principal agente decisor en esta cuestión. Y estos fines pueden servir de referencia al intérprete, sin duda, a la hora de captar el espacio de prohibición dimanado de una norma²⁷. Sin embargo, un tipo penal no debe contemplarse como una parcela de materia prohibida totalmente aislada. Por el contrario, todo tipo penal se añade a un espacio pre-configurado de posiciones jurídicas, libertades y ámbitos de organización delimitado tanto por las otras ramas del ordenamiento jurídico como por, muy especialmente, la Constitución. De esta forma, por mucho que en los tipos penales se expresen en abstracto el merecimiento y la necesidad de pena a través del señalamiento de «la clase de conductas que, en términos generales, ingresan en el ámbito del Derecho penal», la definitiva justificación del castigo deberá contar, además, con un ulterior análisis sistemático-contextual y teleológico de estas referencias legales²⁸, «no porque el juez esté legitimado a efectuar un nuevo juicio de espaldas al del legislador que se ha expresado en los tipos, sino porque los tipos legales (dada su autonomía conceptual) pueden abarcar formalmente conductas que no merecen o no necesitan pena»²⁹. En atención a los pilares fundamentales que legitiman, de cara al súbdito, nuestra comunidad política, esto es lo que ocurre precisamente con el art. 172 *quater* CP y el término «molestias» cuando este colisionan con el fenómeno de la protesta. Con todo, no se trata de sustituir la *mens legis* por la propia, sino de contextualizarla en un sistema previamente delimitado que parte de una idea muy precisa sobre la legitimación del castigo y los ámbitos de libertad.

3.4. «Actos molestos» e «intensidad lesiva»

¿Y sobre qué sistema irrumpe el precepto cuestionado? El propio TC nos da la respuesta. Así pues, es reiterada la jurisprudencia del alto tribunal al respecto de los límites de la libertad de expresión y los derechos de reunión y manifestación. De estos pronunciamientos puede extraerse un elemento fundamental: molestar es una consecuencia inherente de cualquier protesta, la cual debe disfrutar de un amplio margen de tolerancia «pues así lo requieren el pluralismo y el espíritu

²⁷ En todo caso, véanse las reflexiones del TC sobre el (nulo) valor normativo de las exposiciones de motivos de las leyes en la sentencia objeto del presente comentario (FJ 4.a).

²⁸ Lo que puede vincularse con el impacto de la doctrina del “efecto desaliento” en el Derecho penal. Sobre esto, COLOMER BEA, *El efecto desaliento. Análisis desde una perspectiva jurídico-penal*, 2024, pp. 137 s., considerando, para el caso de tipos penales de menor gravedad (como -entiendo- el que aquí nos ocupa) que lo que hace el efecto desaliento «es disminuir la antijuridicidad del comportamiento objeto de sanción (...). Si (...) el vínculo con el ejercicio de un derecho fundamental se da en el caso concreto enjuiciado, entonces es el órgano jurisdiccional a quien le corresponde excluir la condena, basándose en la falta de relevancia penal de la conducta sometida a su conocimiento»

²⁹ ROBLES PLANAS, *Teoría de las normas y sistema del delito*, 2021, p. 112.

de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática» (STC 190/2020, de 15 de diciembre, [BOE núm. 22, de 26 de enero de 2021])³⁰. En un lenguaje más jurídico-penal, con paralelismos con la dogmática del estado de necesidad, podríamos decir que todos los agentes sociales tienen el deber de tolerar ciertas injerencias en su esfera de bienes y derechos con el fin de contribuir al aseguramiento de determinadas condiciones necesarias para la libertad institucionalmente reconocida³¹, en la que podemos incluir, en términos abstractos, el «derecho a protestar»³². Por ello, es plausible afirmar que un sistema de pluralismo político pueda defenderse a costa de algunas intromisiones de baja intensidad en determinados derechos (patrimonio, libertad deambulatoria). En mi opinión, solo de esta forma es posible conceder un margen de «eficacia» a las libertades y derechos en disputa (arts. 16, 20 y 21 CE), entendida esta cualidad como la posibilidad de que su ejercicio irrumpa en el debate público y pueda ser «tenido en consideración». Lo contrario esterilizaría el sentido del reconocimiento político de un amplio margen para protestar (con independencia ahora de su traducción en un derecho fundamental concreto), esto es, para «comunicar» el desacuerdo, entre otras cosas, con el contenido ético-valorativo de las leyes³³.

De momento, esto implica que las posibles receptoras de las «molestias» desprendidas de las manifestaciones organizadas ante las clínicas, esto es, las mujeres que quieren entrar en ellas para ejercer su derecho a la IVE, deben «tolerarlas» con tal de facilitar así un espacio de «comunicación crítica» del que ellas también pueden beneficiarse. De la misma manera que la libertad deambulatoria del trabajador que acude a la oficina un día de huelga por parte de los operarios de RENFE o FGC puede quedar mermada por la disminución de los servicios públicos de trenes, y no podríamos calificar como «ilegítima» (desde las premisas del sistema político) tal injerencia; una conclusión similar podemos extraer para el caso que nos ocupa³⁴. Efectivamente, a la pregunta, planteada recientemente por COCA VILA, «¿por qué debo tolerar una violación de mis derechos (p.ej., la libertad de movimientos cuando se bloquean calles) para que se pueda difundir un mensaje político»³⁵, se le puede ofrecer la siguiente respuesta: Porque la comunidad política que nos cobija, no solo reconoce vías institucionales de participación política (art. 23 CE), sino también, aunque sea indirectamente, vías (pseudo)desinstitucionalizadas³⁶ caracterizadas por una espontaneidad y (baja) perturbación, en tanto que elementos fundamentales para que aquella logre su objetivo (a saber, comunicar). De lo contrario, lo mejor

³⁰ Remarcando, además, que ello debe efectuarse aunque «la crítica de la conducta de otro sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige».

³¹ SILVA SÁNCHEZ, «Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia», *Discusiones*, (7), 2007, pp. 34 s.: «[e]l deber de tolerancia aparece, en suma, como un deber cuasiinstitucional dinámico, cuya función es contribuir a asegurar las condiciones reales de la libertad jurídica en aquellas situaciones límite a las que no alcanzan las medidas institucionales ordenadas de modo estático a subvenir a las necesidades de los ciudadanos».

³² Sobre el término (que utilizo a efectos meramente gráficos), véase FERNÁNDEZ PERALES, «La colisión de derechos en la dogmática jurídico-penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (75), 2022, pp. 783 ss., especialmente p. 786, n. 105.

³³ Es indicativo que la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2021, de 22 de abril, la cual "derogó" el art. 315.3 CP (delito de coacciones a iniciar o continuar una huelga; una especie de "tipo específico" de coacciones, de allí las comillas) se llame a frenar «un proceso constante y sistemático de desmantelamiento de las libertades y especialmente de aquellas que afectan a la manifestación pública del desacuerdo con las políticas económicas del Gobierno».

³⁴ Salvo que se quisiera entender que el derecho que están ejerciendo las mujeres en estos casos, dada su "precocidad", merece de una protección excepcional que, por tanto, implicaría unos márgenes de tolerancia mucho más estrechos. Dejo apuntada la idea.

³⁵ COCA VILA, «Punishing the Last Citizens? On the Climate Necessity Defence», *Res Publica*, 2023, p. 12.

³⁶ Sobre los requisitos y el sentido de las autorizaciones administrativas a las manifestaciones, véase la STC 88/2023, de 18 de julio (BOE núm. 205, de 28 de agosto de 2023).

sería generar un "manifestódromo municipal" como una suerte de espacio prefijado y controlado en el que poder canalizar la crítica a una política o una norma. Ello, sin embargo, convertiría esta participación en una pantomima alejada del ideal, fundante de la comunidad política, de «Estado democrático».

Sin embargo, toda tolerancia tiene límites. Al respecto, el TC también se ha pronunciado de forma muy clara. La idea última del alto tribunal la expone de forma categórica Santaolalla López: «el ejercicio violento de un derecho fundamental determina su salida del ámbito protegido por el mismo»³⁷. Así pues, la «violencia», junto a la «alteración del orden público»³⁸, ha sido señalada como el exceso paradigmático en el ejercicio del derecho a la reunión y manifestación (STC 133/2021, de 24 de junio [BOE núm. 182, de 31 de julio de 2021]). La idea es evidente: si bien la eficacia de las vías informales de participación política puede asegurarse a costa de determinadas injerencias de baja intensidad en determinados derechos individuales (básicamente, la libertad deambulatoria); respuesta contraria merecen aquellas perturbaciones, no ya solo de derechos más importantes (p.ej., la vida o la integridad física), sino que presentan una intensidad mayor con respecto a aquellos mismos derechos individuales. La frontera entre uno y otro grado de intensidad la puede marcar perfectamente el término «violencia».

Todo lo anterior debe condicionar la reconstrucción de los márgenes de tipicidad del art. 172 *quater* CP por parte del intérprete ordinario. Al respecto, la solución al problema no pasa por la eximente de «ejercicio de un derecho» (art. 20.1.7.º CP)³⁹, pues la cuestión no atañe a la justificación de la conducta, sino al de su desaprobación social-general a los efectos de escudriñar si esta «se mueve dentro de los espacios de permisión o tolerabilidad social»⁴⁰. En efecto, un comportamiento vinculado a la espina dorsal del ejercicio de un derecho fundamental no puede situarse intramuros de los márgenes de la prohibición desprendida de un tipo penal. Cualquier postura mínimamente favorable al enriquecimiento del juicio de tipicidad con consideraciones normativas debe alcanzar esta conclusión. Por ello, si al núcleo central del «derecho a la protesta» pertenece, en términos generales, la causación de molestias, a la hora de fijar los límites de lo penalmente tolerable en atención a lo dispuesto en el art. 172 *quater* CP, el intérprete debe compatibilizar esta realidad con el contenido semántico de la disposición. Todo ello, a fin de evitar que la norma genere un espacio de prescripción "de espaldas" a la realidad normativa (político-constitucional) sobre la que se asienta. Para lograr una interpretación óptima, compatible con todo lo dicho con anterioridad, no hace falta ir muy lejos. En la misma sentencia objeto del análisis, el TC declara lo siguiente:

«(...) a los efectos de valorar una eventual imprevisibilidad en la comprensión de los elementos del tipo "actos molestos y ofensivos" y, una interpretación subjetivizante, debe tenerse en cuenta que

³⁷ SANTAOLALLA LÓPEZ, «El derecho de manifestación ante el parlamento», *Revista de Derecho Político*, (91), 2014, p. 38.

³⁸ BARCELÓ SERRAMALERA, «Las libertades de expresión y de reunión en la Constitución española: breve apunte sobre los "escraches" como punto de confluencia entre ambas libertades», *Chapecó*, (14-3), 2013, p. 45, indicando que la «noción de orden público se refiere a una situación de hecho, el mantenimiento del orden en sentido material en lugares de tránsito público, no al orden como sinónimo de respeto a los principios y valores jurídicos y metajurídicos que están en la base de la convivencia social y son fundamento del orden social, económico y político».

³⁹ Véase al respecto la interesante interpretación que ofrece de este precepto PAREDES CASTAÑÓN, «Tipicidad y atipicidad en el delito de coacciones a parlamentarios (art. 498 CP): comentario sobre el caso "Autrem el Parlament"», en BACIGALUPO SAGGESE/FEIJOO SÁNCHEZ/ECHANO BASALDUA (coords.), *Estudios de Derecho Penal: homenaje al profesor Miguel Bajo*, 2016, pp. 1233 ss.

⁴⁰ ROBLES PLANAS, *Teoría de las normas y sistema del delito*, 2021, pp. 103 s.

estos elementos aparecen, por un lado, integrados con otros medios comisivos como la intimidación y las coacciones y, por otro, vienen acompañados de la precisión de que dichos actos tienen que menoscabar la libertad del sujeto pasivo. Esta contextualización, acompañada de la finalidad típica de que se trata de una conducta de acoso para obstaculizar el ejercicio de determinados derechos, permiten un adecuado entendimiento de la expresión “actos molestos y ofensivos” por parte de los destinatarios y de los operadores jurídicos, parificados no solo con la intensidad lesiva del resto de medios comisivos en relación con el derecho a la libertad, sino con su efectivo menoscabo mediante la obstaculización al ejercicio de concretos derechos».

El deber de parificar el término «molestias» con la intensidad lesiva del resto de medios comisivos, entre los que se incluyen los «actos coactivos», permite señalar la «violencia» como el *Leitmotiv* del asunto. Así lo ha remarcado el Tribunal Supremo, indicando que aquella, sea física o moral, constituye el denominador común de todo «acto coactivo»⁴¹. Y si a esta apreciación se la añade la necesidad de atribuir a la conducta enjuiciada la capacidad de menoscabar efectivamente la libertad mediante la obstaculización del ejercicio a la IVE, creo estar en condiciones de ofrecer un modelo interpretativo para procesar jurídico-penalmente las variadas formas que pueden tomar las protestas que se realizan alrededor de las clínicas. Así pues, en aquellos casos en los que se suscite la posibilidad de aplicar el art. 172 *quater* CP a un supuesto de manifestación antiabortista, el aplicador del Derecho deberá interpretar el precepto de tal forma que se optimice el derecho a la protesta de forma compatible con el derecho a la IVE. En tanto que al primer fenómeno le es inherente «causar molestias» y que, en pos del mantenimiento de un estado de libertad institucionalizada, puede exigirse a las mujeres un cierto deber de tolerancia al respecto, los diversos actos en los que se canalice la manifestación deberán situarse en un ámbito de transigencia penal siempre y cuando aquellos no excedan este marco de permisibilidad a través de comportamientos violentos. Todo ello da pie al siguiente esquema casuístico:

1. Serán típicas, a los efectos del art. 172 *quater* CP, todas aquellas protestas que impliquen violencia. En atención a la «espiritualización» de la que ha sido objeto este término por parte de la jurisprudencia ordinaria al hilo de la aplicación del delito de coacciones⁴², entonces, estarán prohibidas aquellas manifestaciones violentas, «tanto física como moral, esta última a través de una intimidación personal o incluso a través de las cosas, siempre que de alguna manera afecte a la libertad de obrar o a la capacidad de actuar del sujeto pasivo»⁴³. Esta definición permite incluir en el ámbito de prohibición de la norma los siguientes casos: la formación de barricadas humanas alrededor de la clínica que impida el paso a las mujeres o a sus trabajadores (reparese en el apdo. 2 del art. 172 *quater* CP); el menoscabo de los servicios de luz o gas de los centros, impidiendo con ello el correcto funcionamiento de los mismos; o la presencia de los manifestantes en actitud amenazante (a cuya constatación puede contribuir el tono de las proclamas o el lanzamiento de objetos, como es el caso de los muñecos en forma de fetos) que crearan una situación de intimidación climática⁴⁴. En todos estos casos se produce un menoscabo

⁴¹ Entre muchas otras, SSTS 98/2022, de 9 de febrer (ECLI:ES:TS:2022:394); 658/2020, de 3 de diciembre (ECLI:ES:TS:2020:4073).

⁴² Sobre esto, siguen siendo válidas las aportaciones críticas de RAGUÉS I VALLÈS, «¿Coacciones sin violencia? Apuntes sobre el difícil encaje de la legalidad en un sistema funcional de derecho penal», en MONTEALEGRE LYNETT (coord.), *El funcionalismo en derecho penal. LH-Jakobs*, 2003, pp. 481 ss. Véase también, JAKOBS, *Coacciones. Explicación de la raíz común a todos los delitos contra la persona*, 2018, p. 27.

⁴³ STS 214/2011, de 3 de marzo (ECLI:ES:TS:2011:1859).

⁴⁴ Algo parecido se suscitó en la STC 137/1997, de 21 de julio (BOE núm. 187, de 6 de agosto de 1997), en la que se validó la condena del jefe de un piquete de trabajadores por indicarle al empresario que no podía acceder al lugar de trabajo «dado el panorama». Según precisó la AP de Guadalajara en la sentencia objeto del recurso de amparo,

efectivo del bien jurídico protegido (libertad) y una obstaculización real del derecho a la IVE. En definitiva, son típicas todas aquellas manifestaciones que, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2022, de 12 de abril, hubieran podido incardinarse en el delito de coacciones *ex art. 172.1 CP* y, en consecuencia, castigarse con mayor pena.

2. Serán atípicas, a los efectos del art. 172 *quater CP*, todas aquellas protestas que no impliquen violencia, pese a que su presencia ante las puertas de las clínicas de IVE pueda «inquietar» o «molestar» a las titulares del derecho en disputa. Esta conclusión es coherente con la necesidad de interpretar el término «molestia» en atención a la intensidad lesiva de los demás medios comisivos y conforme a la expresión «para obstaculizar el ejercicio del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo» (me remito nuevamente a las palabras del TC expuestas *supra*). Además, esta interpretación permite compatibilizar el tipo penal (el ámbito de lo prohibido) con la previa definición constitucional de las esferas y espacios de libertad a expensas del ejercicio del derecho a la manifestación. Por lo tanto, la mera presencia de los manifestantes ante las puertas, sin actitud amenazante, estén o no rezando o, incluso, repartiendo folletos informativos, constituyen formas vinculadas a la espina dorsal del derecho a la manifestación y, aunque pudiera generar molestias, no pueden considerarse típicas.

4. Conclusiones

El hecho de que el TC haya declarado que el art. 172 *quater CP* es conforme a la Constitución, validando con ello la expresión «actos molestos», no implica que todas las manifestaciones que se producen a las puertas de las clínicas de IVE, pese a ser molestas, queden integradas en el ámbito de prohibición dimanado del tipo penal en disputa. En efecto, la necesaria contextualización de toda estructura típica en el marco normativo (político y constitucional) en el que se incorpora obliga al aplicador de la norma a seguir una interpretación restrictiva en aquellos casos en los que el tipo en cuestión, pese a proteger el libre ejercicio de un derecho con trascendencia constitucional, colisiona con la práctica de otro derecho fundamental (en este supuesto, el de manifestación). Dos son los elementos que caracterizan este marco político-normativo. Primero: nuestra comunidad política reconoce un amplio margen a la «protesta». Segunda: también se reconocen vías (pseudo)desinstitucionalizadas de participación política a las que les son inherentes los caracteres de espontaneidad y baja perturbación en determinados derechos individuales (básicamente, la libertad y el patrimonio). Con ello puede concluirse que, en términos generales, existe un deber de tolerar las molestias que pudieran derivarse de las protestas con el fin de contribuir al mantenimiento de un estado de libertades del que toda la ciudadanía puede beneficiarse. El límite de este umbral de tolerancia vendrá marcado por los conceptos de «violencia» y «alteración del orden público». En consecuencia, en aquellos casos en los que se suscite la aplicación del art. 172 *quater CP* a un supuesto de manifestación ante una clínica de IVE, su interpretación deberá ser compatible con esta pre-configuración de los márgenes de libertad. Por lo tanto, deberán considerarse atípicas todas aquellas protestas que, pese a causar molestias, constituyan formas no violentas de ejercer el derecho a la manifestación. Con todo lo dicho hasta ahora, considero que la sentencia del TC objeto del análisis habilita al intérprete a seguir un camino que convierte el precepto en disputa en un «subtipo privilegiado» de coacciones. Sobre esta cuestión, solo recordar las palabras pronunciadas, durante el debate parlamentario, por una diputada socialista favorable a la inclusión de este delito: «lo que no

estas palabras generaron una *vis* intimidativa de tal forma que aquel «se vio impedido de poder hacerlo [acceder al centro de trabajo], por la actitud singular del enjuiciado que tenía como respaldo inmediato la masa de 200 operarios que le abucheaban».

pueden hacer [los manifestantes] es ponerse delante de una mujer a obstaculizar su paso a una clínica, ofenderla, insultarla y llamarla asesina. Eso es lo que no pueden hacer. Eso no es libertad de expresión; eso es delito, eso es coacción (Aplausos)»⁴⁵. En atención al Código penal vigente desde 1995, nadie lo dudaba.

⁴⁵ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, año 2021, XIV Legislatura, núm. 123, p. 9.

Imprudencia o dolo eventual: el caso de un disparo injustificado entre policías

Comentario a la Sentencia Rol N° 250.819-2023 dictada el 22 de febrero de 2024 por la Corte Suprema de Chile

Rodrigo Álvarez Quevedo
ralvarezquevedo@gmail.com

-

1. Introducción

El 22 de febrero de 2024, la Corte Suprema de Chile (en adelante, CS) acogió un recurso de nulidad presentado por la defensa de LCC, condenado por el 6° Tribunal del Juicio Oral de lo Penal de Santiago (en adelante, TJOP) a la pena de doce años de presidio como autor del delito consumado de homicidio simple, previsto y sancionado en el artículo 391 N° del Código Penal, cometido en contra de VVC, ambos miembros de la Policía de Investigaciones de Chile.

En el recurso se invocó una causal principal y cinco subsidiarias, siendo acogida por la CS la cuarta subsidiaria –sin pronunciarse sobre ninguna de las demás (Considerando Vigésimo Segundo)–¹, fundada en el artículo 373 b) del Código Procesal Penal, por haberse hecho una errónea aplicación del derecho en el pronunciamiento de la sentencia, toda vez que se concluyó que el autor actuó con dolo eventual, cuando en realidad se trataría de un delito cometido con culpa con representación. La CS anuló la sentencia y dictó una de reemplazo, condenando en definitiva a LCC a la pena de 540 días de presidio como autor de cuasidelito de homicidio, tipificado en el art. 490 N° 1 del Código penal, teniéndose por cumplida por el tiempo que permaneció sujeto a prisión preventiva. La sentencia permite plantear cuestiones relevantes sobre el concepto del dolo y la imprudencia, así como también sobre su prueba en el proceso penal.

2. La sentencia

2.1. El hecho

Dada la naturaleza del motivo de nulidad acogido, los hechos que se tuvieron por acreditados por el Tribunal resultan inamovibles para la CS, centrándose la discusión en su calificación jurídica. Así, los hechos probados consisten en que el 13 de junio de 2021, alrededor de las 15:30 horas, cuatro funcionarios de la Brigada de Homicidios Metropolitana de la Policía de investigaciones, dentro de los que se encontraban el imputado y la víctima, realizaban diligencias a bordo de un

¹ El Código Procesal Penal chileno permite anular total o parcialmente la sentencia y el juicio oral (art. 386) o solo la sentencia (art. 385), según la causal de nulidad que se acoja. Cuando el recurso se funde en varias causales debe indicarse si se invocan conjunta o subsidiariamente (art. 378), siendo habitual que las Cortes se pronuncien primero sobre la causal principal y luego de las subsidiarias.

vehículo –sin colores ni logos institucionales–, cuando observaron un automóvil tripulado por dos personas y que podría estar vinculado con un delito de homicidio cometido previamente. Ante ello, realizaron un seguimiento y decidieron efectuar un control de identidad, interponiendo su vehículo delante del fiscalizado, descendiendo la víctima VVC desde el asiento del copiloto y el acusado LCC desde la puerta trasera, con su placas identificatorias y armas de servicio desenfundadas, solicitando a sus ocupantes que se bajaran. A continuación, el conductor del vehículo fiscalizado aceleró para darse a la fuga, momento en el que, sin existir una amenaza real o peligro inminente para la seguridad de alguno de los funcionarios policiales o «sin que existiera causa o motivo suficiente», el detective LCC efectuó un disparo que impactó a la subinspectora VVC y le provocó la muerte.

2.2. La decisión del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal

El Tribunal de instancia condenó por el delito de homicidio simple, cometido con dolo eventual, determinando que la víctima recibió un disparo por la espalda por parte de su colega, cuando se encontraba interviniendo en un control vehicular y apuntando con su arma de servicio a los ocupantes del automóvil fiscalizado, de modo que «el agente se encuentra en condiciones de percibir y aquilatar la situación concreta y específica que enfrenta y está por lo tanto en condiciones de valorar, de representarse ex ante, las consecuencias que su decisión de actuar puede generar en terceras personas, no obstante, lo cual decide actuar de todas formas» (párr. 38, Décimo).

La sentencia sigue un concepto de dolo eventual compuesto por dos elementos, cognoscitivo y volitivo, cuyo disvalor implicaría «haberse representado con certeza la causación del resultado, y no haber servido dicha representación como elemento inhibitorio de la voluntad de actuar de todas formas», indicando que «en la conducta del acusado [hay] una inaceptable aceptación de un elevadísimo riesgo de lesión del bien jurídico» (párr. 38-41, Décimo), refiriendo luego que, estando en condiciones de representarse la posibilidad de que el disparo atravesara el cuerpo de quien estaba delante suyo y a corta distancia, «lo aceptó, sin detenerse, demostrando con eso que asumió ese resultado» (Decimotercero). Para ello, atiende a una serie de circunstancias que se referirán más adelante.

En un comienzo fueron imputados los dos sujetos que iban en el vehículo fiscalizado y estuvieron en prisión preventiva, pues todos los funcionarios negaron haber disparado y en el automóvil encontraron una vainilla². Luego, a través de distintos medios de prueba, principalmente pericial, se tuvo por acreditado que el disparo fue efectuado por el condenado. Finalmente, se consideró que se trata de un actuar ilícito y antijurídico, toda vez que no había ninguna agresión o amenaza, por lo que no se configura ninguno de los requisitos de la legítima defensa u otra causa de justificación.

² El acusado declaró en el juicio oral no haber disparado y la defensa cuestionó su intervención, planteando dudas sobre la posibilidad de que el funcionario que conducía el vehículo hubiera sido el autor. Estos argumentos exceden el contenido de la sentencia de la CS y la versión inicial dificultó la investigación, pero el TJOP tuvo por acreditada su intervención por diversas pruebas, como la coincidencia de huellas secundarias del proyectil balístico con su arma fiscal, que mantenía residuos de disparos, que su arma había sido disparada, por su posición en el sitio del suceso y la trayectoria de la bala, entre otras, como dan cuenta principalmente los Considerandos Decimoprimeros y Decimosegundos de la sentencia del TJOP.

2.3. La decisión de la Corte Suprema

La CS señala que el dolo eventual se presenta cuando las consecuencias lesivas de un comportamiento aparecen como meramente *posibles*, «habiéndose representado el sujeto su *probable* ocurrencia y seguido adelante con su acción, no importándole lo que ocurra», estando integrado por dos elementos, uno intelectual y otro volitivo. La preponderancia de cada elemento sería discutida entre las denominadas teorías de la representación y teorías de la voluntad, siendo irrelevante la opción en favor de una u otra, toda vez que ambas exigirían que concorra «tanto el conocimiento cuanto la *voluntad*» (Décimo Cuarto). Luego invoca la «segunda fórmula» de FRANK, señalando que «sostiene que hay dolo cuando el actor actúa (...) diciéndose “*sucedá así o de otra manera, en cualquier caso continuo adelante con mi acción*”», indicando que para afirmar dolo eventual resulta indispensable que el actor «acepte el daño grave que se prevé se ocasionará al ofendido con su acción», determinando esta aceptación la distinción con la culpa con representación.

En relación con la aceptación, señala la CS, «para justificar la razón de punibilidad del dolo eventual, debe estar acreditada clara y suficientemente la realización del hecho típico –querer dar muerte a otro en este caso– cuando el agente se representa concretamente tal realización, como consecuencia probable de su propia conducta y acepta su verificación», de modo que «debe tratarse de aceptación no solo de lo no permitido, sino concretamente de aceptación del hecho delictivo», en circunstancias que de los hechos asentados por el TJOP «no es posible colegir que el acusado haya querido y aceptado la posibilidad de producción del resultado dañoso» (Décimo Octavo), destacando luego ciertas circunstancias fácticas –sobre lo que se volverá *infra*–, y concluyendo que no hay elementos de juicio para afirmar el dolo eventual y que «no resulta racional estimar que hayan [sic] actuado de ese modo, de haberse representado como posible la muerte de aquella a consecuencias de su actuar, sin que le importara que ello ocurriera, resulta más ajustado a la razón concluir que, aun de haberse representado la posibilidad de que sus actos imprudentes podrían causar algún daño a la víctima, desechó totalmente esa posibilidad, incurriendo en culpa con representación» (Décimo Octavo).

3. Dolo eventual e imprudencia

Aunque primero se señala que lo relevante sería que al sujeto no le *importe* lo que ocurra, la CS parece seguir la teoría de la *aceptación* –dentro de las teorías de la voluntad, mayoritarias en la jurisprudencia chilena–, que requieren de un elemento cognoscitivo y uno volitivo para la afirmación del dolo eventual³, contra de la cada vez más prominente doctrina chilena reciente, que se ha inclinado a prescindir de este segundo requisito⁴, orientándose hacia una normativización del concepto, «independizándolo de la psique del sujeto»⁵.

³ Sin perjuicio de algunas excepciones, como SCS Rol N° 13.123-2018, en donde se rechaza una nulidad por errónea aplicación del Derecho que cuestionaba la acreditación del dolo, parafraseando a RAGUÉS al señalar que «el dolo ha de ser concebido sólo como conciencia de la realización de un comportamiento típico objetivo, es decir, ya no se trata de un conocimiento y voluntad, sino únicamente conocimiento», aunque sin entregar una mayor justificación de la postura.

⁴ Con referencias a diversos autores, VAN WEEZEL DE LA CRUZ, «Intención, azar e indiferencia. El dolo no intencional en la dogmática chilena del siglo XXI», *Revista Ius et Praxis*, (27-1), 2020, pp. 193-196.

⁵ CORCOY BIDASOLO, «Concepto dogmático y procesal de dolo. Ignorancia deliberada, confianza irracional y manifiesto desprecio», *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, (4), 2011, p. 8. PORCIÚNCULA, quien rechaza que los estados mentales de un sujeto puedan ser *deducidos* de su comportamiento, destaca que tanto las teorías volitivas como las teorías cognitivas defienden en la actualidad parámetros normativos para la determinación del dolo, proponiendo llamar a esta tendencia como la «exteriorización del dolo» o la «intersubjetivización del dolo»,

Las teorías de la voluntad han sido objeto de múltiples críticas⁶, siendo posible destacar aquí que el conocimiento parece suficiente para fundar un reproche más severo⁷; que, si la voluntad es decisiva, se atribuye a quien actúa –y no al Derecho– la competencia para decidir si hay dolo o no; que la prueba de los elementos volitivos es un imposible, pues el autor siempre podrá negar haber actuado en el estado mental requerido⁸; entre otras. Más bien, como señala SILVA SÁNCHEZ, la voluntariedad es un elemento de la acción y no del dolo, siendo lo específico del dolo frente a la imprudencia «que el sujeto que actúa dolosamente *conoce* el significado típico de la conducta que realiza voluntariamente y el sujeto imprudente desconoce toda su dimensión de significado»⁹.

A su vez, la CS utiliza la segunda fórmula de FRANK¹⁰–que supone analizar *ex post* algo que probablemente la persona nunca se preguntó– para la determinación del dolo, también objeto de diversas críticas, pues impide resolver adecuadamente casos en donde no se persigue la realización del resultado, no lo *acepta* o incluso se rechaza, pese a que deberían considerarse delitos dolosos. Esto ocurre con el caso del Cinturón de Cuero, que provocó la formulación de un *aprobar en sentido jurídico*¹¹; el caso del Tirador de LACMANN, en el que errar el tiro y matar a una persona implicaba perder una apuesta¹²; el de los Mendigos Rusos que compran niños para mutilarlos y conseguir así más dinero¹³; el de las Carreras Ilegales en Berlín, en el que los conductores atraviesan trece cruces con semáforos y siete sin semáforos a una velocidad de 160 km/h¹⁴; el de un sujeto que asfixia a la víctima para dejarla inconsciente y luego transportarla en un automóvil a otro lugar para violarla, en circunstancias que muere asfixiada¹⁵; o el caso, también resuelto por la CS como homicidio imprudente –considerando incluso que la muerte hubiera significado el fin del negocio–¹⁶, en el que personas a cargo de una sala cuna cubrieron la boca de un lactante con cinta adhesiva, escribiendo en ella «soy un llorón», para luego acostarlo en una cuna durante horas. Si bien algunas de estas objeciones se han planteado a

ofreciendo un análisis crítico de los trabajos de los autores más relevantes en esta línea y su propia posición: PORCIÚNCULA, *Lo «objetivo» y lo «subjetivo» en el tipo penal. Hacia la «exteriorización de lo interno»*, 2014, pp. 301-310.

⁶ Dentro de los recientes tratadistas chilenos, RETTIG ESPINOZA, *Derecho Penal Parte General. El delito de acción doloso e imprudente*, t. II, 2019, pp. 507-518

⁷ Incluso, como afirma GRECO, dado que la distinción entre dolo e imprudencia no se vincula con la estructura de la motivación del autor, puede haber un «dolo altruista e imprudencia egoísta» en el homicidio a ruego de un enfermo terminal o en el caso de un médico desatento que en realidad odia al paciente, GRECO, «Comentario al artículo de Ramón Ragués», *Discusiones*, (13-2), 2013, pp. 73-74.

⁸ GRECO, «Dolo sin voluntad», *Revista Nuevo Foro Penal*, (13-88), 2017, pp. 22-25.

⁹ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, 2ª ed., 2010, p. 649. Así, como afirma PUPPE, quien actúa con imprudencia consciente causa con dolo de segundo grado el peligro efectivamente reconocido, en PUPPE, «El caso de las carreras ilegales en Berlín (Berliner Raser-Fall)», *InDret*, (2), 2021, p. 401.

¹⁰ No obstante, como afirma LAURENZO, FRANK era contrario a las teorías de la voluntad y ponía el acento en la previsión del resultado, fundando la gravedad del delito doloso en seguir adelante a pesar de la representación y en «no dejarse contramotivar por el efecto lesivo que originaría la acción», por lo que su fórmula «no conducía a afirmar la voluntad del resultado sino únicamente la voluntad de no evitarlo», LAURENZO COPELLO, *Dolo y Conocimiento*, 1999, pp. 53-54; p. 283.

¹¹ RAGUÉS I VALLÈS, «Caso del cinturón», en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, 2ª ed., 2011, pp. 193-205.

¹² PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia. Comentario al §15 del Código Penal alemán*, 2010, pp. 66-67.

¹³ FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, 2002, p. 51.

¹⁴ PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia*, 2010, pp. 398-404.

¹⁵ GRECO, *Revista Nuevo Foro Penal*, (13-88), 2017, p. 23.

¹⁶ VAN WEEZEL DE LA CRUZ, «Una vez más sobre la distinción entre dolo e imprudencia: los casos en que el agente no persigue la realización del tipo penal. A la vez, un comentario a SCS 2.07.2009, rol N° 3970-08 (caso de la Sala Cuna)», *Revista de Ciencias Penales*, (47), 2020, p. 57.

propósito de la primera fórmula de FRANK –como el caso de LACMANN–, se trata de un potencial crítico que «[r]efuta todo intento de concebir el dolo como alguna forma de aprobación interna del resultado, aun de modo condicionado o eventual»¹⁷.

De todos modos, si *aprobar*, *contar* o las demás expresiones afines se usaran en sentido natural, solo delincuentes por convicción actuarían con dolo¹⁸, por lo que no deben comprenderse en sentido descriptivo-psicológico, sino de imputación normativa¹⁹. Así, como afirma GRECO, en un sentido atributivo-normativo podemos afirmar que el universitario que no estudia para un examen, sale de fiesta y reprueba, aunque diga que no tenía la *intención* de reprobado, de algún modo lo *quería*²⁰. Lo mismo ocurre con el jugador de ruleta que apuesta al color negro, conociendo las reglas del juego y la posibilidad de que la bola caiga en el color rojo, por lo que si juega «se halla *comprometido* con la posibilidad de perder: esa posibilidad (perder) forma parte de su *intención*»²¹, pese a que en un sentido descriptivo-psicológico la rechace.

Entonces, debemos atender al criterio normativo que informa la imputación subjetiva: la evitabilidad individual²², siendo lo relevante poder atribuir al autor «el conocimiento necesario para evitar la defraudación de expectativas penalmente relevantes»²³. El conocimiento es necesario porque significa dominio y permite a quien sabe lo que hace controlar lo que puede generarse, de modo tal que puede decidir qué curso de acción tomar²⁴. En otros términos, siguiendo a KINDHÄUSER: «La imputación al dolo expresa que el autor, en forma actual, dispone del saber necesario para evitar la realización del tipo. Por tanto, en el núcleo, dolo es saber suficiente para tratar de evitar la realización del tipo»²⁵. Se trata de un conocimiento que llevaría a una persona fiel al Derecho a «formarse activamente la intención de evitar la realización del tipo penal»²⁶, lo que implica que actualmente le es posible evitar intencionalmente la realización del tipo²⁷.

A su vez, la imprudencia supone un «déficit de evitabilidad actual de la realización del tipo-delito por parte del potencial autor», por una falta de cuidado exigible, siendo una «inevitabilidad evitable»²⁸. Mientras en el dolo hay un conocimiento actual que genera el deber de evitar la realización del tipo, en la imprudencia se carece de ese conocimiento, por un pronóstico incorrecto. Es decir, como enseña CORCOY, en la imprudencia el agente no tiene capacidad de

¹⁷ PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia*, 2010, p. 67.

¹⁸ PUPPE, «Comprobar, imputar, valorar: reflexiones semánticas sobre la fundamentación de sentencia penales y la posibilidad de su revisión jurídica», *InDret*, (3), 2013, p. 13.

¹⁹ PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia*, 2010, pp. 52-53.

²⁰ GRECO, *Revista Nuevo Foro Penal*, (13-88), 2017, p. 13.

²¹ VIVES ANTÓN, *Fundamentos del Sistema Penal. Acción Significativa y Derechos Constitucionales*, 2ª ed., 2011, p. 255.

²² GARCÍA CAVERO, «La imputación subjetiva en el Derecho Penal», en PINEDO SANDOVAL (coord.), *Imputación Subjetiva. Seis aportes fundamentales al debate jurídico-penal contemporáneo*, 2017, p. 25.

²³ GARCÍA CAVERO, en PINEDO SANDOVAL (coord.), *Imputación Subjetiva*, 2017, p. 18.

²⁴ GRECO, *Revista Nuevo Foro Penal*, (13-88), 2017, pp. 19-20.

²⁵ KINDHÄUSER/HILGENDORF, *Código Penal alemán comentado. Parte General. Comentario teórico y práctico: Nomos Kommentar*, 2022, p. 216.

²⁶ KINDHÄUSER, «¿Indiferencia como dolo?», en KINDHÄUSER/GARCÍA CAVERO/PASTOR MUÑOZ, *Cuestiones actuales de Derecho penal general y patrimonial. I Jornada de Derecho Penal. Facultad de Derecho de la Universidad de Piura*, 2005, p. 48.

²⁷ MAÑALICH RAFFO, «La imprudencia como estructura de imputación», *Revista de Ciencias Penales*, (42-3), 2015, p. 15.

²⁸ MAÑALICH RAFFO, *Revista de Ciencias Penales*, (42-3), 2015, p. 18.

evitación por un «error sobre la capacidad de evitación» o un «error sobre la efectiva virtualidad de la conducta»²⁹, sea por falta de previsión del peligro o sea por una confianza infundada³⁰. Pero no cualquier confianza puede excluir el dolo; no basta creer en el azar o mantener una mera esperanza, sino que debe haber una mínima base racional o un mínimo fundamento objetivo que permita afirmar que existen posibilidades de no realización del tipo, sobre las que se mantiene cierto manejo y control³¹. Nuevamente se trata de una cuestión normativa y no descriptiva, pues «[e]l autor no es competente para decidir sobre la relevancia jurídica del peligro del que es consciente, de que se realice el tipo, sino que lo es el Derecho», porque debe determinarse si jurídicamente cierta confianza puede considerarse en su favor, excluyendo el dolo³².

4. La prueba del dolo

Sin perjuicio del concepto de dolo –subjetivo o normativo–, respecto de su determinación también es posible distinguir entre concepciones psicológicas y normativas³³. Para las primeras, su prueba requiere constatar un fenómeno que ocurre en la cabeza del autor mediante un juicio descriptivo; mientras que para las segundas se trata de un juicio de adscripción³⁴. Las concepciones psicológicas han sido criticadas por problemas de aplicabilidad³⁵, pues es imposible conocer en forma directa lo que pase por la cabeza del autor en un tiempo pasado, siendo «necesario constatar la base fáctica del tipo subjetivo (conocimiento) de forma indiciaria»³⁶. Por lo tanto, más allá de las diferencias, independiente de si se sigue una teoría volitiva o cognitiva, el contenido de las representaciones solo puede ser determinado en base a indicios a partir de los que se realizan atribuciones³⁷. Así, incluso autores descriptivistas reconocen indicios tipo reconducibles a máximas de experiencia³⁸, lo que ha sido acogido por la CS en diversos fallos, señalando que «a través de unos datos exteriores completamente acreditados [se infiere] la realidad de este estado de espíritu del autor de la infracción penal», o que el dolo y los elementos subjetivos «solamente pueden fijarse a por un proceso de inducción»³⁹.

Bajo esta perspectiva es dudosa la utilidad de la exigencia de un elemento volitivo adicional, pues, como afirma HRUSCHKA, el elemento volitivo y el elemento cognitivo se hallan en una «relación de dependencia según la cual, siempre que un autor lleva a cabo una determinada conducta bajo unas determinadas circunstancias, conociendo el carácter de la acción y las

²⁹ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 2ª ed., 2005, p. 271-272.

³⁰ KINDHÄUSER, «¿Qué es la imprudencia?», en PINEDO SANDOVAL (coord.), *Imputación Subjetiva. Seis aportes fundamentales al debate jurídico-penal contemporáneo*, 2017, p. 31.

³¹ LUZÓN PEÑA, «Dolo y dolo eventual: reflexiones», en ARROYO ZAPATERO/GÓMEZ DE LA TORRE (coords.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: "in memoriam"*, 2001, p. 1127; VAN WEEZEL DE LA CRUZ, *Revista de Ciencias Penales*, (47), 2020, p. 55.

³² PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia*, 2010, pp. 82 y 91.

³³ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, p. 287.

³⁴ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, p. 190-191.

³⁵ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, pp. 259 ss.

³⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, 2002, p. 132.

³⁷ WILENMANN VON BERNATH, «“El homicidio del mártir de la reforma agraria”. SCS de 03/01/197, RCP XXXIII, p. 63, en VARGAS PINTO (dir.), *Casos destacados. Derecho penal. Parte especial*, 2018, p. 506. VAN WEEZEL destaca que es posible sostener que el dolo como hecho psíquico es algo que debe probarse a través de indicios, para los que podrían ser de utilidad criterio como los elaborados por Ragués o de síndromes de riesgo, en VAN WEEZEL DE LA CRUZ, *Revista Ius et Praxis*, (27-1), 2020, p. 195.

³⁸ RETTIG ESPINOZA, «Consideraciones dogmáticas y probatorias sobre el dolo en el proceso penal», consideraciones, *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, (6), 2014, p. 29.

³⁹ SCS Rol N° 1.179-2013 y 1.933-2007; en un sentido similar, Roles N° 33.238-2020, 6.613-2012 y 31.392-2014.

circunstancias, quiere también realizar tanto la conducta como las circunstancias en cuestión»⁴⁰; por lo que, en la práctica, estos requisitos pseudovolitivos se deducen de no desistirse pese a la consciencia del riesgo de realizar el tipo⁴¹. En esto no hay nada de extraño: es el modo en que actuamos en la vida cotidiana, como cuando deducimos miedo de un sujeto que palidece y tiembla⁴²; y así resuelven a diario los Tribunales, al atender a la ubicación de las puñaladas para distinguir entre dolo de matar o lesiones; a la dosificación de la sustancias y porte de billetes, para distinguir entre dolo de traficar y de consumir; o a las circunstancias de una compraventa para acreditar el dolo en una receptación.

Con especial claridad, LONDOÑO ha distinguido tres peldaños⁴³ en la prueba del dolo. El primero, de facticidad en sentido fuerte, requiere la acreditación de la conducta externa; el segundo, de juridicidad en sentido débil o procesal, está constituido por el juicio de inferencias en sede de valoración probatoria en el que operan los indicadores del dolo; finalmente, en sede de valoración jurídica aparece el concepto jurídico material en el que se subsume el producto de la valoración. En el segundo nivel serán relevantes –aunque con diferencias conceptuales se han usado distintas terminologías– los indicadores⁴⁴, reglas de imputación del conocimiento⁴⁵, indicios-tipo⁴⁶ o hechos avisadores⁴⁷.

De este modo, se deben considerar para la imputación subjetiva, por ejemplo, las reglas sociales de imputación o atribución de conocimiento formuladas por RAGUÉS, como los conocimientos mínimos, las transmisiones previas de conocimiento, la exteriorización del propio conocimiento, las características personales del autor, la dinámica comisiva o la realización de una conducta especialmente apta para producir un resultado lesivo⁴⁸; el riesgo, la inevitabilidad, el contexto específico, la experiencia previa del autor, el rol, actos específicos y motivos racionales exteriorizados en la conducta (para medir la racionalidad de la confianza en la no realización del

⁴⁰ HRUSCHKA, *Imputación y derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, 2ª ed., 2009, p. 183.

⁴¹ RAGUÉS I VALLÈS, «Consideraciones sobre la prueba del dolo», *Revista de Estudios de la Justicia*, (4), 2005, pp. 14-15; similar, MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., 2016, p. 275; GRECO, *Revista Nuevo Foro Penal*, (13-88), 2017, p. 29. CORCOY, yendo más allá, afirma sobre los elementos subjetivos adicionales del dolo que «en la jurisprudencia se defienden a nivel teórico conceptos que en la resolución concreta del caso no se siguen, ya que el “ánimo de perjuicio de tercero” se deduce directamente de la conducta dirigida a alcanzar un beneficio ilícito y ello, a su vez, se desprende de la propia naturaleza de la conducta. Se trata, por tanto, de lo que podemos denominar “declaraciones de principios” que carecen de relevancia práctica, puesto que son los datos objetivos concurrentes los que fundamentan la “prueba” del “ánimo”», en: CORCOY BIDASOLO, «Responsabilidad subjetiva en la delincuencia socioeconómica», *Ius et Veritas*, (58), 2019, p. 82

⁴² HRUSCHKA, *Imputación y derecho penal*, 2ª ed., 2009, p. 190.

⁴³ LONDOÑO MARTÍNEZ, «Tres peldaños para la prueba del dolo. Consideraciones a propósito de un polémico caso de femicidio frustrado», en PERIN (ed.), *Imputación penal y culpabilidad*, 2020 p. 423. Afirmando que un indicador, a diferencia de un indicio, se encuentra conceptualmente conectado con aquello que indica, por lo que la «satisfacción del respectivo catálogo de indicadores es aquello en lo que consiste una adscripción de dolo, y no algo que deba ser ulteriormente valorado en la aplicación del concepto de dolo», MAÑALICH y OLAVE reconocen sólo dos peldaños, «el de la comprobación de las circunstancias en referencia a las cuales pudieran ser aplicados los correspondientes indicadores-de-dolo, que es *quaestio facti*, y el de la fundamentación de la adscripción del dolo como resultado de la aplicación de los indicadores, que es *quaestio iuris*», MAÑALICH RAFFO/OLAVE ALBERTINI, «Tentativa y dolo eventual: una crítica de la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema chilena», *Discusiones*, (27), 2021, p. 73.

⁴⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, 2002, p. 133; SÁNCHEZ-MÁLAGA CARRILLO, *Una teoría para la determinación del dolo. Premisas teóricas e indicadores prácticos*, 2018, pp. 412 ss.

⁴⁵ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, p. 374.

⁴⁶ LAURENZO COPELLO, *Dolo y Conocimiento*, 1999, pp. 132 ss.

⁴⁷ DE MIRANDA VÁSQUEZ, «Indicios para la prueba del dolo en el proceso penal», *Iuris*, (162), 2011, pp. 31-32.

⁴⁸ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, pp. 379-509.

tipo)⁴⁹; o la amenaza de una pena natural, aunque «no deba sobredimensionarse ni considerarse válido para toda situación, sin excepciones», la inminencia de la lesión o la magnitud del riesgo, si el autor ha interpuesto medios hasta el final para evitar el resultado o mantener bajo control el riesgo⁵⁰, entre otros.

5. El dolo en el caso concreto

La CS señala que yerra la sentencia en revisión al omitir reflexionar sobre si el imputado aceptó el resultado «como tal mediante una clara e inequívoca voluntad realizadora dolosa», en circunstancia que de los hechos probados no sería posible colegir que el acusado lo haya «querido y aceptado». Para ello atiende al contexto en que se desarrollaron los hechos, consistente en una fiscalización en la que sujetos se dieron a la fuga, «momentos en los que el acusado, que se encontraba en posesión de su arma de servicio, de forma lateralizada, pero en condiciones de ser disparada, lo hace», lo que impediría afirmar que aceptó el resultado «por los breves instantes en que transcurrieron los hechos» y también por la conducta posterior, ya que solicitó ayuda y prestó auxilios para salvar la vida de su compañera, por lo que de representarse las consecuencias se habría desistido de la conducta, siendo más «ajustado a la razón» concluir que de representarse la situación, la «desechó totalmente», actuando con culpa con representación (Décimo Séptimo y Décimo Octavo).

Se sigue un concepto descriptivo-psicológico, en el que la confianza para desechar el dolo parece desprenderse de lo indeseado del resultado y no de una base mínimamente objetiva. Refiriéndose al concepto de dolo, pero sin otorgar criterios claros de atribución, la decisión se centra en (1) el contexto y lo rápido en que ocurrieron los hechos; y en (2) la conducta posterior del acusado. Sobre lo primero, si en una pelea más o menos espontánea alguien toma un cuchillo y apuñala en el corazón a la víctima, nadie negaría el dolo por lo rápido del suceso; no es un criterio determinante. Sobre lo segundo, el actuar posterior es un criterio bastante utilizado por la CS⁵¹. que parece dirigirse hacia un Derecho Penal de autor, preocupado por la persona del autor y su reacción ante los hechos⁵². Además, el actuar posterior puede dar cuenta de un arrepentimiento y el arrepentimiento es compatible con el actuar doloso, incluso con la intención. De que un femicida lleve al hospital a la víctima luego de apuñalarla en reiteradas ocasiones no se sigue que haya actuado sin dolo (ni sin intención). Por lo mismo, el actuar posterior de darse a la fuga no convierte un delito imprudente en uno doloso, así como también sería incorrecto considerar en este caso para la imputación del dolo que el acusado negó haber disparado y se mantuvieron en prisión preventiva personas inocentes.

El dolo es compatible con un resultado indeseado, pues que el agente considere su decisión *buena* o *deplorable* el algo externo a ella y no se requiere de un refuerzo emotivo⁵³; mientras que la falta

⁴⁹ SÁNCHEZ-MÁLAGA CARRILLO, *Una teoría para la determinación del dolo*, 2018, pp. 412-431.

⁵⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, 2002, pp. 133-142.

⁵¹ Criterio criticado en un caso en el que se desechó la calificación de femicidio frustrado por incompatibilidad con el dolo eventual, descartándose dolo directo por el actuar posterior (extirpar los globos oculares de la víctima luego de provocarle múltiples fracturas por golpes con trozos de concreto en la cabeza), por LONDOÑO MARTÍNEZ, en PERIN (ed.), *Imputación penal y culpabilidad*, 2020, pp. 413-436.

⁵² Así, IZQUIERDO SÁNCHEZ, «El dolo no intencional en la jurisprudencia superior chilena (1900-2018)», *Política Criminal*, (16-32), 2011, p. 903.

⁵³ HASSEMER, «Los elementos característicos del dolo», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (43), 1990, p. 918. Así, la jurisprudencia alemana ha afirmado un *aprobar en sentido jurídico*, aunque el resultado haya sido

de un motivo para matar «es un argumento en contra de la intención de matar, pero no en contra de que se haya asumido el resultado de muerte, aprobándolo»⁵⁴. Por ello, independiente de la formulación del elemento pseudovolitivo, como afirma MAÑALICH, el error consiste en suponer que para identificar cierta actitud habría que considerar algo distinto de la acción que se decidió ejecutar u omitir, siendo que «si alguien se representa estar apuntando un arma de fuego cargada hacia el tórax de un ser humano vivo que se encuentra a tres metros de distancia, no hay criterio más fiable para establecer que el agente “aceptó” o “aprobó” producir la muerte de la víctima que el hecho de que aquel haya efectuado el disparo»⁵⁵.

Por otro lado, el TJOP fundamentó (Décimo) el dolo en que el imputado tenía «los conocimientos y la práctica de un profesional», aunque no hubiera finalizado sus estudios y estuviera en un período de práctica –destacando que fue un buen estudiante y obtuvo la primera antigüedad–, a quien se le entregó un arma institucional, entendiéndose que sabía usarla y «conocía la reglamentación legal e interna sobre su uso». Así, estaría en «mejor posición que un lego» para dimensionar las consecuencias que podría acarrear su empleo en la forma que decidió hacerlo, lo que implica atender a las *características personales del autor* como criterio de atribución. A ello se podría agregar que el uso de armas por policías es una actividad riesgosa especialmente regulada en la Orden General N° 2615 de 2019 –incorporada como documento al juicio–, que exige que un disparo se realice para vencer una resistencia o agresión externa, o que lo requiera el desempeño de las funciones, ponderando oportunidad y los principios de proporcionalidad y racionalidad del medio empleado, prohibiendo expresamente los «disparos al aire» para disuadir. A su vez, la Ley N° 17.798, *Sobre Control de Armas*, exige para la inscripción de armas, en el art. 5 A letra c), de la acreditación de conocimientos sobre su conservación, mantención y manejo, así como una aptitud física y psíquica compatible con su uso, que en el caso de los policías se presume; mientras que el art. 14 D castiga como delito autónomo el disparo injustificado de un arma, de modo tal que la conducta, realizada por un experto, era delictiva aun sin resultado de muerte.

Además, el TJOP consideró que el autor sabía que ninguno de los funcionarios llevaba chaleco antibalas; que se hallaba detrás de la víctima, a muy corta distancia, siendo una «situación dinámica» en la que la víctima estaba en la línea de tiro; que apreció su ubicación, ya que permanecía en posición policial sin hacer movimientos; que pudo lesionar a cualquier transeúnte o vecino dada la hora del día; que fue capacitado durante años para empuñar adecuadamente y que el disparo tenga un «mayor grado de dirección y certeza», siendo que disparó con una mano y el arma torcida, y no en posición isósceles alineando el punto de mira y el alza, lo que aumentó el riesgo de un disparo ilícito carente de justificación.

Siguiendo a RAGUÉS, para imputar la creación dolosa de un riesgo es necesario que el autor sepa que (1) una conducta bajo ciertas circunstancias es apta para producir un resultado (*conocimiento de la aptitud lesiva en abstracto*); que (2) sepa que en la situación concreta concurren las circunstancias objetivas que la hacen apta (*correcto conocimiento situacional*); y que (3) integre ambos conocimientos en un *juicio de concreta aptitud lesiva*⁵⁶. Así, un sujeto puede conocer el riesgo en abstracto y la situación en la que actúa, pero concluir incorrectamente que la conducta

sumamente indeseado para el autor, si es que ha *conformado* con él: KINDÄUSER/HILGENDORF, *Código Penal alemán comentado*, 2022, p. 243.

⁵⁴ PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia*, 2010, p. 120.

⁵⁵ MAÑALICH RAFFO, «El dolo como creencia predictiva», *Revista de Ciencias Penales*, (47-1), 2020, p. 31.

⁵⁶ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, p. 444.

en particular no es apta en aquella situación⁵⁷. En este contexto, es posible distinguir entre *conductas especialmente aptas para producir el resultado*, de otros comportamientos que «no se valoran socialmente como necesariamente ligados a la creación de determinados riesgos (conductas arriesgadas neutras)»⁵⁸, distinción relevante para la realización del *juicio de concreta aptitud lesiva*. Mientras que las *conductas arriesgadas neutras* no están inequívocamente ligadas a la creación de cierto riesgo –como dar un puñetazo y el riesgo de muerte–, por lo que la imputación del juicio de concreta aptitud lesiva requiere que concurren otras circunstancias (*exteriorización del conocimiento, captación de la proximidad del resultado lesivo, dinámica comisiva*)⁵⁹; si se realiza una *conducta especialmente apta* para producir un resultado basta conocer su peligro abstracto y contar con un perfecto conocimiento situacional para entender que «ha juzgado también que su conducta era apta para producir el citado resultado lesivo en aquella específica situación»⁶⁰, careciendo de valor posibles alegaciones que nieguen la representación. Por ejemplo, toda persona imputable normalmente socializada en Chile (*conocimientos mínimos*) sabe que disparar un arma de fuego contra una persona viva puede producir la muerte (*conducta especialmente apta para matar*), siendo suficiente para imputarle un juicio de integración que conozca además la situación en concreto; es decir: si (se puede imputar que) sabe que tiene entre sus manos un arma apta para el disparo y que en el posible trayecto de la bala hay una persona viva y dispara, se puede imputar el conocimiento del riesgo de muerte en la situación específica. En cambio, golpes de puño son aptos para lesionar (*conductas neutras* respecto de la muerte), por lo que para imputar el dolo de matar se requiere, por ejemplo, de la *captación de la proximidad del resultado lesivo*, como ocurriría si un sujeto sigue golpeando a la víctima pese a manifestarse el peligro de muerte a través de la pérdida de consciencia o vómitos de sangre, lo que permitiría imputar la integración de la aptitud lesiva y el dolo de matar⁶¹.

Volviendo al caso, disparar un arma de fuego con una persona viva dentro del trayecto posible de la bala, ubicada de espaldas y a una distancia de aproximadamente dos metros o menos, es una *conducta especialmente apta* o un *método idóneo* para matar. El autor tenía conocimiento expertos sobre armas (*características personales*) y había estudiado reglamentos y leyes que regulan su uso, por lo que se le puede imputar que sabía que realizaba un disparo injustificado y delictivo, efectuado en un tramo muy letal –a diferencia de otros casos de disparos “al aire” por parte de funcionarios que realizaron delitos considerados imprudentes⁶²–, creando un elevadísimo riesgo para la vida sobre el que no intentó efectuar ningún control.

⁵⁷ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, p. 459.

⁵⁸ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, p. 469. De modo similar, señala que un peligro de dolo constituye un «método idóneo para producir el resultado», PUPPE, *La distinción entre dolo e imprudencia*, 2010, p. 94.

⁵⁹ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, p. 485-496.

⁶⁰ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, p. 470

⁶¹ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, p. 491.

⁶² En SCS Rol N° 7.315-2015, se consideró imprudente la muerte provocada por el disparo “al aire” de una subametralladora realizado por un carabinero en un ángulo de elevación de 24° que rebotó en la viga inferior de una pasarela ubicada a 16 metros e impactó a un menor, sin perjuicio de dos votos de minoría que estuvieron por anular la sentencia, considerando un actuar doloso. A su vez, aunque terminó por una salida alternativa, en Rol N° 15.087-2012, del 7° Tribunal de Garantía de Santiago, se acusó por homicidio imprudente a un Gendarme que, ante recibir impactos de piedras lanzados por manifestantes en el vehículo institucional que transitaban, efectuó dos disparos al aire, provocando uno de ellos la muerte de una víctima que se encontraba mirando por la ventana de su departamento ubicado en un cuarto piso.

Como afirma KINDHÄUSER, «mientras mayor sea el riesgo que alguien asume, mayor ha de ser el cuidado con el cual él se preocupe de que este riesgo no se realice»⁶³. La *dinámica comisiva* da cuenta de la creación de un riesgo sobre el que no se *exteriorizaron conductas* que permitan afirmar un cierto *manejo y control*, no siendo posible afirmar una confianza con un *mínimo fundamento* que permita imputar imprudencia consciente, toda vez que: (1) la víctima podía confiar en que no dispararía, por lo que no estaba en condiciones de autoprotegerse; (2) el autor sabía que no vestía chalecos antibalas; (3) no hizo ninguna advertencia sobre el disparo, siendo que no había un riesgo inminente que lo impidiera; (4) aunque en ciertas circunstancias se permite disparar parapetado o desenfundando, de ser posible, como se acreditó en juicio, debe dispararse en posición isósceles, de modo que permita apuntar correctamente y reducir los riesgos, lo que el autor no hizo, pese a no haber una amenaza o riesgo inminente que lo impidiera.

Bajo estas circunstancias, el autor actuó conociendo las circunstancias fácticas que podrían culminar en la realización de un homicidio, contando con un conocimiento que llevaría a una persona fiel a Derecho a no disparar (y evitar la realización del tipo penal), por lo que le era actualmente posible evitar la muerte de su compañera, debiendo a mi juicio imputarse un homicidio doloso. De todos modos, si es que se exigiera un elemento volitivo, pero éste se entendiera «no como circunstancias psíquicas a constatar sino como juicios atributivos, es decir, como valoraciones», actuar reconociendo un «alto grado de peligro puede introducirse como sucedáneo de la voluntad o incluso como elemento de la misma»⁶⁴, por lo que también se podría afirmar que actuó *aprobando* el resultado.

Ahora bien, nuestro sistema solo distingue entre dolo e imprudencia, y en el momento de los hechos el Código Penal chileno castigaba el homicidio doloso con una pena de 10 años y 1 día a 15 años (hoy llega hasta 20 años), mientras que el homicidio imprudente tiene una pena de 61 días a 3 años, lo que supone demasiada diferencia, sobre todo en casos difíciles y zonas grises. Aunque esto, más que a los Tribunales, es algo que compete al legislador.

⁶³ KINDHÄUSER, en PINEDO SANDOVAL (coord.), *Imputación Subjetiva*, 2017, p. 39.

⁶⁴ PUPPE, *InDret*, (2), 2021, p. 401.

Recensiones:

Recensión a Alberto ALONSO RIMO, *El tipo subjetivo de los actos preparatorios del delito. Un estudio de las figuras preparatorias de la Parte General y Especial del Derecho penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, 347 páginas, por Joaquín CUELLO CONTRERAS

Recensión a Diego GONZÁLEZ LILLO, *Autoría y participación como criterios de imputación*, Atelier, Barcelona, 2023, 243 páginas, por Juan Pablo MAÑALICH R.

Recensión a Marta PANTALEÓN DÍAZ, *Delito y responsabilidad civil extracontractual. Una dogmática comparada*, Marcial Pons, Madrid, 2022, 469 páginas, por Francisco RODRÍGUEZ ALMIRÓN

-

Alberto Alonso Rimo, El tipo subjetivo de los actos preparatorios del delito. Un estudio de las figuras preparatorias de la Parte General y Especial del Derecho penal, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, 347 páginas

Joaquín Cuello Contreras
 Universidad de Extremadura
 jcuello@unex.es

Ya desde la Introducción, confiesa el autor que su interés por el tema va más allá del que puede suscitar el tipo subjetivo de cualquier delito, pues la exigencia de que abarque el delito principal preparado, característica esencial y común de todos los tipos de preparación, pese a su diversidad, colorea de tal manera su estructura que hace dudar incluso de la posibilidad del mismo dolo eventual (pp. 18 s.).

Con la doctrina ya recaída anteriormente, partiendo de la exigencia de un tipo de referencia, que estos delitos preparan, a no confundir con delitos que frecuentemente sirven para cometer otros (pp. 29 ss.) ni con la tentativa del delito de referencia (pp. 35 ss.), sostiene el autor que son caracterizables como delitos de peligro abstracto (siempre que se admita la cisura entre preparación y ejecución y se vea el peligro en el domino que de futuro anticipan) (p. 42), no de peligro concreto (estribando en cualquier caso el peligro en los actos posteriores propios o ajenos que anticipan) (p. 45), a lo que sumar, claro está, la conducta preparatoria de aquellos que se lleva a cabo (tipo objetivo de preparación), que aumenta el peligro objetivo de que el delito principal se cometa («idoneidad objetiva») (p. 46) –no bastando un peligro inicu por remoto, ni la mera resolución, por firme que sea–, y ha de ser actual siempre. Vertebrado todo en el tipo subjetivo de preparación (como intención trascendente, contenido de injusto de esos delitos, junto al dolo de los hechos que propiamente lo preparan) (p. 48).

Caracterizado así el injusto de la preparación (como intención del injusto preparado mediante los actos objetivamente idóneos para facilitarlos), cabe descartar que los actos preparatorios tipificados sean resoluciones simplemente manifestadas (p. 50) ni mera vulneración de la confianza en la vigencia de las normas penales (normas flanqueantes: JAKOBS) (p. 56). Y ello con independencia de que el tipo de preparación se encuentre en la PG o la PE, lo sea de hecho propio o de tercero, de sujeto futuro individual o plural o de hecho futuro determinado o indeterminado (clases de actos preparatorios) (pp. 57 ss.).

Si bien tradicionalmente se ha entendido que el CP parte del principio de ejecución y, por tanto, sustenta una concepción objetiva (peligro objetivo inminente) del comienzo de ejecución (p. 84), recientes reformas han introducido figuras de preparación (muchas) que parecieran una peligrosa inclinación a subjetivizarlo, en el sentido de incriminar comportamientos pertenecientes a la esfera privada del sujeto, alejados del peligro objetivo más próximo al comienzo de la ejecución (pp. 85 ss.). A lo que el autor contrapone (con un modelo de injusto mixto, objetivo-subjetivo como referencia) (pp. 90 ss.) que lo que pareciera invadir la esfera privada = adelantamiento excesivo de la protección, se ve compensado con la exigencia de

entender orientado el tipo de preparación, intencionalmente, a la ejecución del delito principal (menor peligrosidad objetiva "todavía" de la preparación versus mayor intensidad de lo propugnado) (p. 96), al que la acción típica propia del tipo de preparación contribuye de manera relevante; con lo que se respetaría la exigencia de lesividad requerida siempre en Derecho penal (ardua cuestión político-criminal que tan bien representa la punición de estos actos). Con rechazo de la tesis de JAKOBS sobre la preparación (pp. 100 ss.). El peligro del hecho futuro, es peligro actual (p. 116). Para lo que es preciso desestimar la posibilidad del acto preparado indeterminado (p. 117).

Entrando ya en el objeto principal de la obra, el elemento subjetivo específico, añadido al dolo, común a todos los genuinos delitos de preparación, referido al delito preparado, es constituyente esencial y parte del fundamento del injusto de todos ellos (pp. 125 ss.), como intención del delito principal preparado (mediante el acto específico de preparación), a cometer por el propio autor de la preparación (tenencia de droga para el tráfico: art. 368 CP) o por un tercero (enaltecimiento del terrorismo; art. 578. 1 CP). Y, aunque esta constelación no deja de ser un adelantamiento de la protección, la exigencia de intencionalidad referida al delito preparado, tesis de ALONSO (p. 134), no amplía la punición sino que la recorta (compensación). Descartando que haya acto preparatorio sin elemento subjetivo específico (pp. 134 ss.).

Consecuencia de la fundamentación en buena parte subjetiva de estos delitos, es la exigencia de voluntad incondicionada del delito principal preparado (pp. 139 ss., 140), no bastando, en ese aspecto, su representación eventual (p. 144), ni siquiera en la apología (p. 148); es decir, también en los actos preparatorios del delito de otro, que no tienen un elemento subjetivo distinto (pp. 151, 160). Como tampoco existe un elemento subjetivo de preparación distinto en los casos de participación anticipada (p. 167). La anterior exigencia, por lo demás, es compatible con la representación eventual de algún aspecto de lo perseguido intencionalmente (edad de la víctima en el ciberacoso, art. 183 ter 1 CP: p. 180; inseguridad última del resultado del delito principal: p. 184). Con argumentos frente a posibles objeciones (como el de que también cabe el dolo eventual en algún aspecto de la tentativa, pese a su característico y específico desvalor de acción) (p. 189).

Al dolo, incluido el elemento subjetivo especial, referido al delito principal preparado, debe añadirse el dolo referido al propio hecho preparatorio (pp. 194 ss.), respecto al cual cabe plantear también si se exige siempre dolo directo, o cabe el eventual, en algunos casos. Frente a las posiciones doctrinales extremas, sostiene el autor que salvo en el caso de la intencionalidad del resultado del delito-fin, donde no cabe pensar otra cosa que realización del acto preparatorio también con intencionalidad, en los restantes cabe el dolo eventual (p. 203). Sólo, pues, en ese caso, concluye ALONSO RIMO, es válida la afirmación categórica de que en estos delitos no cabe el dolo eventual.

Objeto del tipo subjetivo de los delitos de preparación, a la luz de la concreta regulación legal de cada uno, es el delito principal preparado (pp. 211 ss.). Ese delito-fin, común a todos los tipos preparatorios, ha de ser un hecho típico y antijurídico (pp. 216 ss.). Doloso, no imprudente (pp. 218 ss.); a no confundir con la preparación de una pre-ejecución imprudente (art. 577. 3 CP) (p. 223). El delito así preparado admite grados de concreción, máxima (conspiración) (art. 17 1 CP), relativa (proposición) (art. 17. 2 CP) y amplia (enaltecimiento del terrorismo) (pp. 225 ss.). Obligando la última hipótesis a aclarar que no cabe la preparación del delito en abstracto (pp. 240 s.), que la pre-ordenación a un número indeterminado de delitos no implica indeterminación (tenencia para distribuir la droga a número indeterminado de personas, p. ej., o enaltecer el

terrorismo ante muchedumbre; etc.) (242 ss.), que a su vez no obliga a entender estos delitos como atentatorios contra bien jurídico autónomo (248 ss.), sino como peligro para el protegido por el delito principal preparado (pp. 263 ss.). Con independencia de la pena, autónoma o dependiente (pp. 263 ss.). Con consecuencias concursales (pp. 268 ss.).

La estructura de los tipos delictivos de preparación es incompatible con la imputación imprudente, por la exigencia *ex definitione* del propósito del delito-fin (pp. 277 ss.). Lo que hace inviable la conducta de prepararlo o propiciarlo imprudentemente (p. 283). Porque si bien es pensable la realización de actos que propicien por imprudencia la comisión del delito-fin ulterior, no es aconsejable su punición, por lo alejado de la protección (adelantamiento) (pp. 283 ss.). Lo que lleva al autor a entender que la colaboración terrorista imprudente (art. 577. 3 CP) no es un delito de preparación ni requiere elemento subjetivo específico (pp. 288 ss.). Es pre-ejecución de una simple imprudencia, que debe desaparecer del CP. Con numerosos ejemplos, en este ámbito (pp. 299 ss.), para los que sería bueno utilizar el criterio por él propuesto en toda esta temática, de exigir un elemento subjetivo tácito que evite su extensión (p. 303). Con referencia final al error sobre el tipo de los delitos de preparación (por su remisión a la pena de la imprudencia) (pp. 313 ss.) y al agente provocador (por su incompatibilidad con la intención de consumir el delito preparado) (pp. 319 ss.).

* * *

La tesis principal de ALONSO RIMO sobre el fundamento de punición de los delitos de preparación, según la cual los actos que preparan deliberadamente un delito mediante acciones idóneas para su comisión aumentan el peligro de que éste se cometa (por la firmeza que manifiestan, aunque no sólo), puede ser perfectamente compartida. Puede decirse, incluso, que no otro es el sentido en el que estos delitos han existido siempre y se mantienen en la actualidad (pese a la exigencia del principio de lesividad). Estribando el interés de la tesis ahora defendida por ALONSO, en que pone el acento, no en la seguridad de la sociedad, como nuevo bien jurídico, tesis de JAKOBS (y de otros muchos), a la que se opone, sino en el protegido por el delito-fin que se prepara. Con lo que la temida extensión de la responsabilidad que estos delitos podrían suponer, se restringe (compensándose) a través de la exigencia de intencionalidad con que se crea un incremento relevante del peligro de realización del delito-fin.

La exigencia de intencionalidad en la que ALONSO se esmera cuando construye el tipo subjetivo de estos delitos, comprobándola en todo lo concerniente al delito-fin preparado y al propio tipo de preparación, por lo demás, constituye un magnífico ejercicio sobre el significado esencial de la intencionalidad, junto a la dañosidad, en teoría del delito. En efecto, al igual que ocurre con la teoría de la tentativa y de la participación, con las que no por casualidad la teoría de la preparación se roza, hay supuestos de imputación penal en los que no sólo ha de concurrir en alguna medida intencionalidad, que ha de estar presente siempre, sino que, además, ella ejerce el papel dominante en la imputación, coloreándola decisivamente. Lo que ALONSO RIMO, por tanto, propugna, no representa un cuerpo extraño en teoría del delito, a la hora de fundamentar los actos punibles de preparación del delito, sino prolongación consecuente de lo que ocurre con la fundamentación actual de la teoría de la tentativa y de la participación, en las que también la intencionalidad ejerce un papel definidor decisivo en una teoría del delito, como la actual, basada en la lesión de bienes jurídicos fundamentales para la convivencia, que, como bien dice ALONSO, la intencionalidad, además de co-fundamentarla, la restringe (excluyéndose la imputación penal de lo no realizado intencionalmente).

La peculiaridad de la intencionalidad en los tipos penales que contemplan actos delictivos de los que unos son medio para otros estriba en que siempre tiene que aparecer mediada la relación conforme al criterio de la intencionalidad. En ese aspecto, estos comportamientos requieren siempre intencionalidad: quien enseña a otro a preparar explosivos para cometer atentados quiere que aprenda cómo se preparan explosivos, lo que basta para la figura del art. 577. 2 CP, con independencia de que su móvil hubiese sido obtener un precio por su enseñanza. Asegurada la intencionalidad en cuanto a la mediación, cabe, como ALONSO sustenta, y así será muchas veces, dolo eventual respecto a aspectos concretos del tipo objetivo del delito-fin o la propia conducta de preparación. No es exacta, pues, la tesis de algunos autores, que requieren siempre dolo directo; pero tampoco (semánticamente hablando) la de ALONSO, que sólo exige intencionalidad en el caso de conducta preparatoria para conducta principal de resultado intencional.

Por lo demás, como muestra de que quizá la tesis de JAKOBS y la de ALONSO no están tan alejadas como ALONSO (y seguramente JAKOBS, si se le preguntara) piensa, y sí más bien la del segundo es en cualquier caso más restrictiva que la del primero, pueden valer las dudas que suscita la extensión de la tesis principal de ALONSO a los actos preparatorios de la naturaleza de la provocación y la apología (art. 18). Cuesta mucho trabajo asumir que la provocación y la apología sean equiparables a la tentativa de inducción, mucho más grave esta que aquellas, a pesar de no estar tipificada expresamente en el CP. Ello puede ser motivo para reflexionar que quizá haya delitos de preparación para los que vale todo lo que dice ALONSO con su tesis, actos preparatorios en sentido estricto, y actos preparatorios entre los que ubicar actos como los de provocación y apología, además de otros que el propio ALONSO quiere excluir del ámbito abarcado por su sugerente tesis, como los de preparación imprudente de un delito de terrorismo que el CP se ha empeñado en incorporar.

En efecto, si la tesis principal de ALONSO es la de la exigencia de intencionalidad en los tipos delictivos de preparación respecto al delito-fin preparado, su lógico correlato es que ningún delito de preparación puede abarcarlo por imprudencia, o, lo que es lo mismo, sin haberlo perseguido (en alguna medida), característica principal del comportamiento imprudente respecto al comportamiento doloso en teoría general del delito. El concreto argumento para la exclusión de los tipos del CP que tipifican una imprudencia como causa de la preparación de un delito, que aduce Alberto ALONSO, adelantamiento excesivo de la protección del bien jurídico del delito preparado, también está muy bien traído. Por eso, estas figuras de preparación imprudente, no encajan en el concepto restringido de delito de preparación.

Ahora bien, ¿tampoco caben en un concepto amplio de delito de preparación? En muchos ámbitos, como éste, de presencia frecuente de tipos que requieren dolo directo (en el Derecho penal económico ocurre también), el Legislador se ve tentado de introducir tipos residuales tapagujeros, para los casos de duda del autor sobre algún elemento del tipo, que por tanto no se produjo con dolo directo, pero sí con dolo eventual o imprudencia consciente. Quien se representa la alta posibilidad de que quizá esté ayudando a la preparación de un atentado, es alguien que sabe que lo que está haciendo es idóneo en determinadas circunstancias, que pueden ser las suyas, para cometer un atentado. Desde el principio de culpabilidad, esta técnica del Legislador no lo vulnera. Aunque sigue en pie la duda sobre la ofensividad. (Y siempre quedaría la vía de la infracción muy grave de la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana.)

Léase todo ello como muestra de lo mucho que aún queda por decir sobre esta cuestión de la preparación que ni es nueva ni está agotada, y a la que tanto contribuye el libro de Alberto ALONSO RIMO.

Diego González Lillo, Autoría y participación como criterios de imputación, *Atelier, Barcelona, 2023, 243 páginas*

Juan Pablo Mañalich R.
Universidad de Chile
jpmanalich@derecho.uchile.cl

-

En su libro *Complicity. Ethics and Law for a Collective Age* (2000), Christopher KUTZ observa que uno de los factores que explicarían la persistencia de una orientación reduccionistamente individualista en el tratamiento de las preguntas conectadas con la posibilidad de que alguien responda por un delito perpetrado por otro agente sería la tendencia a pasar por alto la distinción analítica entre el *objeto* y la *base* de la responsabilidad atribuible a una persona (pp. 115-116). La monografía de Diego GONZÁLEZ LILLO que aquí se recensiona tiene como propósito presentar una aproximación general a las formas de intervención en el hecho punible que adopta esa distinción analítica como premisa fundamental. La obra, según lo explica el autor en la nota preliminar, reproduce un fragmento de su tesis doctoral (dirigida por la profesora Mirentxu CORCOY BIDASOLO) dedicada a la defensa de un modelo diferenciador de autoría y participación adaptado a las particularidades de la imputación fundada en una adscripción de imprudencia.

La centralidad que GONZÁLEZ LILLO atribuye a la ya mencionada distinción, tematizada por KUTZ, queda de manifiesto en su observación, plasmada en el primero de los cinco capítulos que componen el libro, en cuanto a la «insuficiente atención» que tanto las teorías objetivo-formales como las teorías objetivo-materiales «prestan a la capital diferencia entre objeto y criterio de imputación» (p. 29). Esto es significativo, justamente porque las concepciones de una y otra índole son las que, en la evolución histórico-dogmática del tratamiento del asunto, han tendido a ser hegemónicas en la sustentación de una diferenciación de formas de intervención principal, constitutivas de autoría, y de intervención accesoria, constitutivas de participación. Sobre esta base, el desafío que GONZÁLEZ LILLO se echa encima no es otro que el de articular un modelo diferenciador que no se vea expuesto a las objeciones que, justificadamente, se dirigen contra las teorías objetivo-formales y objetivo-materiales.

Para ello, el primer capítulo se destina a la contrastación «interna» de los modelos unificadores y diferenciadores, a propósito de lo cual el autor ofrece un conjunto de precisiones conceptuales que tendrían que aportar una claridad no siempre presente en las controversias teóricas que aquí se suscitan. En este punto, GONZÁLEZ LILLO se inclina por asimilar la adopción de un «concepto extensivo» de autor a la de un «concepto unitario» de autor, con cargo a que asumir un concepto extensivo equivaldría a asumir un compromiso teórico con la proposición de «que todo interviniente recibe la condición de autor» (p. 22). Esta asimilación se vuelve patente en su posterior consideración de aquellas versiones de un modelo diferenciador que quedan ancladas en un concepto extensivo de autor, subjetivamente definido (pp. 39-41). En este marco, el monografista hace ver que las propuestas así orientadas, estando construidas sobre las mismas premisas sobre las que reposa la adopción de un concepto unitario de autor, serían indicativas de una adaptación resignada al hecho de que el respectivo código penal imponga una diferenciación de formas de intervención. En cualquier caso, el análisis queda enfocado en

algunas implicaciones semánticas de la contraposición de un concepto extensivo y otro restrictivo de autor. A propósito de esto último, GONZÁLEZ LILLO denuncia la impropiedad terminológica que aquejaría a la tematización de un concepto restrictivo de autor en el contexto de la defensa de un modelo diferenciador, toda vez que el adjetivo «restrictivo» connotaría que se ha «recortado un concepto originalmente extensivo “de autor”»; lo coherente con un modelo diferenciador sería, más bien, hablar de un «concepto estricto» de autor (p. 25). Baste aquí con sugerir que esta rectificación podría perder, tal vez, su carácter apremiante si asumiéramos que la caracterización de un concepto de autor como extensivo o restrictivo sólo es inteligible en términos comparativos, y no, en cambio, en términos absolutos.

Considerablemente más importante resulta ser, en mi opinión, la detección de «que el concepto de autor manejado por los modelos unificadores no es idéntico a aquel con el cual trabajan los modelos diferenciadores», en razón de que, bajo estos últimos, «la caracterización de una persona como interviniente superviene a la afirmación (previa) de su calidad de autor o partícipe en un hecho delictivo» (p. 23). Esta constatación ofrece una premisa decisiva para impugnar, en particular, la adecuación dogmática de aquellas concepciones que pretenden reducir la diferenciación de formas de autoría y de participación a una diferenciación puramente cuantitativa, y que GONZÁLEZ LILLO críticamente reconstruye como versiones de una «teoría de la intervención delictiva con base funcionalista» (pp. 58-64). De acuerdo con estas concepciones, en un primer nivel habría que determinar, binariamente, si una persona se ha constituido o no como interviniente en el hecho cuestión, para recién entonces, en un segundo paso, atribuirle el estatus de autor o de partícipe en consideración al «*quantum* del aporte prestado» (p. 59). Sin embargo, esto sería incompatible con la consideración de que, bajo cualquier régimen legal que haga depender la responsabilidad penal atribuible a una persona de que ella sea responsable como autor o como partícipe, alguien únicamente «puede ser interviniente en un hecho *porque* este le resulta imputable a título de autor o a título de partícipe» (p. 62), lo cual queda sintetizado en la proposición de que «la condición de interviniente *superviene* a la imputación de un hecho bajo alguna modalidad de autoría o de participación» (p. 63). Aquí no estaría de más notar que exactamente la misma relación de superveniencia se reproduce en el siguiente nivel de especificación conceptual: se responde como autor porque se responde como autor directo, como autor mediato o como coautor, tal como esto último es acertadamente explicitado por GONZÁLEZ LILLO (p. 151, nota 367); al igual que se responde como partícipe porque se responde como inductor o como cómplice.

El segundo capítulo del libro ofrece una sucinta, pero eficaz, «defensa de un modelo diferenciador», a partir de lo que a mi juicio admitiría ser caracterizado como un enfoque «gramatical». Esto, porque el monografista construye su argumento dirigido a evidenciar la superioridad teórica de un modelo diferenciador centrándose en el rol que los conceptos que especifican las formas de intervención en un hecho punible tendrían que cumplir en la reconstrucción de la sintaxis de la imputación jurídico-penal. De ahí que GONZÁLEZ LILLO tome partido por reconocer «el carácter estrictamente jurídico de las nociones de autor y partícipe», sin que ello suponga negar el anclaje que «nuestras intuiciones sobre lo principal y lo auxiliar» muestran tener «en nuestras prácticas lingüísticas» (p. 67). Justamente aquí aparece preliminarmente enunciada la distinción analítica entre acciones principales y auxiliares, sobre la cual se hace descansar la específica versión de un modelo diferenciador posteriormente defendida en la monografía. Entre las consideraciones que el autor enuncia y aquilata para hacer reconocibles las ventajas reconstructivas que un modelo diferenciador exhibe frente a un modelo unificador destaca la conexión que él identifica entre los constreñimientos que deberían ser observados en la explicitación de cómo interactúan la predicación de antinormatividad de un

cierto comportamiento y el reconocimiento de su lesividad (u «ofensividad»), por un lado, y la función constitutiva que, en lo tocante a la fundamentación de la relevancia jurídico-penal de comportamientos constitutivos de participación, habría que atribuir al principio de la accesoriadad, por otro (pp. 75-78). Un indiscutible mérito metodológico del trabajo de GONZÁLEZ LILLO radica en que, hasta este punto, su argumentación a favor de la superioridad de un modelo diferenciador resulta ser independiente de las particularidades de la versión de semejante modelo que es exhaustivamente articulada en el capítulo siguiente.

Si, tal como ya fuera sugerido, el enfoque general desde el cual el monografista pone de relieve las virtudes de un modelo diferenciador admite ser caracterizado como gramatical, entonces cabe agregar ahora que la específica versión de un modelo diferenciador presentada en el capítulo tercero se distingue por ser, propiamente, «sintáctica». Esto se ve reflejado en su rigurosa conceptualización dual de las diferentes formas de autoría y de participación como «estructuras de imputación» que funcionarían, al mismo tiempo, como títulos de responsabilidad, esto es, como títulos «bajo cuya rúbrica la persona en cuestión adquiere la condición de responsable criminalmente» (p. 89). Dado que para ello GONZÁLEZ LILLO introduce una serie de precisiones conceptuales que son, en lo fundamental, desconocidas para el discurso doctrinal hegemónico, puede ser útil prestar alguna atención a la terminología de la que él se vale para tal efecto.

En cuanto *estructuras de imputación*, las formas de autoría y de participación consistirían en la combinación sistemática de la especificación de un determinado «objeto de imputación» –el «qué» de la imputación– y una respectiva «base de imputación» –el «por qué» de la imputación–, la cual determinaría la «conexión [...], directa o indirecta», que se establecería entre el respectivo interviniente y el correspondiente objeto de la imputación (p. 88). Desde este punto de vista, la diferencia elemental entre las diferentes formas que conocería la autoría, por un lado, y las diferentes formas que conocería la participación, por el otro, radicaría en que lo que se imputa a una persona *qua* autor le es imputado como «hecho propio», en tanto que lo que se imputa a una persona *qua* partícipe le es imputado como «hecho ajeno» (p. 88). Cada una de las estructuras de imputación así constituidas sería expresiva de un específico «criterio de imputación» –el «cómo» de la imputación–, en cuya operación se manifestaría la distintiva manera en la cual el hecho en cuestión resulta imputable al interviniente del que se trate (pp. 88-89). Lo anterior se traduciría en que, a pesar de que el modo de imputación definitorio de las estructuras de una y otra clase es cualitativamente distinto, lo así –diferentemente– imputado sea, no obstante, idéntico: «la norma de comportamiento cuyo quebrantamiento se imputa al autor y al partícipe es la misma» (p. 89). Que la correspondiente base de la imputación cumpla la función de especificar una «estructura agencial» que relacione al respectivo interviniente, «sea de manera directa o indirecta, con aquello que constituye el objeto de imputación» (p. 103), garantizaría que la operatividad de las estructuras de imputación correspondientes a las diferentes categorías de intervención satisfaga el «principio de responsabilidad por el hecho propio» (pp. 100-105).

Esto último es consistente con la «prioridad lógica» que, según GONZÁLEZ LILLO, habría que reconocer a la determinación del objeto de la imputación, entendido como el comportamiento potencialmente dotado de relevancia típica (p. 87). Pero precisamente esta primacía –cabría decir: «sintáctica»– de la identificación del objeto de la imputación frente a los criterios asociados a las correspondientes estructuras de imputación vuelve problemática su previa afirmación, con la que se cierra el capítulo segundo, de que la fisonomía de los delitos especiales, como también la de los delitos de tendencia interna trascendente y la de los delitos de propia mano, sólo se dejaría «explicar distinguiendo intervinientes principales y auxiliares» (pp. 63-64).

Pues la particularidad de la fisonomía de los delitos de esas tres clases radica en un aspecto de su respectiva estructura típica, lo cual –en los términos del aparato conceptual desplegado en el capítulo tercero– significa que es una particularidad de lo que puede fungir como el correspondiente objeto de la imputación lo que, tratándose de un delito especial, un delito de tendencia interna trascendente o un delito de propia mano, repercute en la operatividad que a su respecto exhibirán los criterios de imputación que puedan venir en consideración.

La manera en la cual las formas de intervención operan, ulteriormente, como *títulos de responsabilidad* es dependiente de su funcionalidad como estructuras que especifican criterios de imputación, pero necesita ser considerada separadamente. Se trata de cómo la intervención como autor o como partícipe puede instituir la correspondiente sujeción al castigo para el respectivo interviniente, en la medida en «que se satisfagan en dicha persona todos los presupuestos de los cuales depende la constitución de un *hecho punible*» (p. 89). Es en este plano donde, por ejemplo, la calidad de inductor tiene aparejada, *de lege lata*, una penalidad equiparada a aquella prevista para quien responda como autor, a pesar de la diversidad de las estructuras de imputación subyacentes. La distinción así trazada tendría que iluminar la respuesta que quepa dar a la pregunta por «el lugar sistemático de la autoría y de la participación al interior de la teoría del delito» (p. 91).

Este último problema es fructíferamente atacado en la sección final del capítulo tercero, donde GONZÁLEZ LILLO ofrece una muy solvente fundamentación de la tesis según la cual, a partir de la diferenciación «hruschkeana» entre los niveles de una *imputatio facti* (en el cual se constituye el respectivo injusto personal) y de una *imputatio iuris* (en el cual se constituye la culpabilidad por ese injusto personal), la especificidad de los criterios de imputación asociados a las diferentes formas de intervención quedaría radicada en el primero de esos dos niveles. La premisa decisiva para ello la provee la consideración de que la imputación de un hecho potencialmente delictivo como propio o como ajeno tendría que ser específicamente sensible a la (directa o indirecta) capacidad de evitación intencional resultante en la radicación del hecho dotado de significación delictiva en el ámbito –siquiera provisional– de responsabilidad del respectivo interviniente, sin que ello se vea condicionado por la satisfacción o falta de satisfacción de los presupuestos de una imputación de segundo nivel (pp. 116-122). De ahí que «un inimputable perfectamente pueda contar como (co)autor, lo mismo que quien versa en un estado de necesidad exculpante o padece un error de prohibición invencible» (p. 123).

Esto último no sólo resulta enteramente asumible, sino que sienta las bases para la convincente defensa de la solución de la accesoriedad media (o «limitada»), crecientemente impugnada por partidarios de reinstaurar la (clásica) solución de la accesoriedad máxima (o «extrema»), que GONZÁLEZ LILLO brinda en el marco del capítulo quinto (pp. 185-193). Sin embargo, hay que reparar en una implicación semántica de la distinción entre la función de las categorías de intervención como estructuras situadas en el primer nivel de la imputación, por un lado, y su función como títulos de responsabilidad, por otro. Esa implicación semántica parece ser pasada por alto cuando, ya en el capítulo cuarto, se sostiene que la forma de intervención consistente en la autoría mediata tendría que ser reconstruida de un modo que lleve a «descartar la viabilidad de una autoría mediata bajo la estructura de un “autor detrás del autor”» (p. 147). El problema es que, de acuerdo con el esquema conceptual introducido en el capítulo tercero, la expresión «autor detrás del autor» pasa a ser sistemáticamente ambigua. Si como «autor» es identificado alguien respecto de quien se configura un título de responsabilidad correspondiente a alguna forma de autoría, entonces es correcto decir que, bajo una concepción de la autoría mediata modelada según el principio de responsabilidad, no puede haber un autor (mediato) detrás de un autor

(directo). Pero si como «autor» es identificado, en cambio, alguien respecto de quien se hace operativa la estructura de imputación asociada a alguna forma de autoría, entonces bajo esa misma concepción de la autoría mediata sería perfectamente concebible, y de ninguna manera inviable, que nos encontremos con un autor (mediato) detrás de un autor (directo), que es lo que sucedería si el defecto de responsabilidad que se diera en el segundo estuviera radicado en el nivel de la culpabilidad.

Sobre la base de las conclusiones obtenidas de las disquisiciones plasmadas en las secciones segunda y tercera del capítulo tercero, respectivamente dedicadas al análisis de «las modalidades de autoría y participación como categorías adscriptivas» y a la elucidación de las conexiones existentes entre las nociones de «autoría, acción e imputación», el capítulo cuarto es destinado a la reconstrucción de las tres formas contemporáneamente reconocidas de autoría como «estructuras agenciales». A partir de su rechazo de que los tipos de delito admitan ser entendidos como «tipos de autoría» (pp. 98-99), lo cual no es sino la contracara de que los «conceptos de autor directo, coautor, autor mediato» deban ser entendidos como «conceptos constitutivos» que «especifican las condiciones bajo las cuales puede operar la forma de imputación que a través suyo se reconoce» (p. 100), GONZÁLEZ LILLO explica dónde radica el estatus de la autoría directa como la estructura agencial «más elemental» para «la imputación de un hecho a título de hecho propio», a saber: «en la circunstancia de que la persona destinataria de dicha imputación lo ha realizado de manera directa e inmediata» (pp. 125-126). Esta descripción de la correspondiente *base* de una imputación a título de autoría directa resulta, en mi opinión, enteramente correcta, pero vuelve reconocible una imprecisión que aqueja a la definición general de la expresión «base de imputación» ofrecida al inicio del capítulo tercero, que la identifica con «el comportamiento que individualmente vincula a una persona con el [respectivo] objeto de imputación» (p. 88). Pues lo que a este respecto se nos dice a propósito de la estructura de la autoría directa muestra que, contra la rigidez de esa definición general, la base de la imputación puede estar provista, más bien, por un *aspecto* del comportamiento que se imputa como hecho propio al agente. Y en la medida en que, como acertadamente lo nota GONZÁLEZ LILLO, ese aspecto fundante de la imputación carezca de relevancia para la identificación de ese comportamiento como objeto de la imputación, entonces también tratándose de una autoría directa se verá salvaguardada la distinción entre el objeto y la base de la imputación (p. 128).

En lo tocante al tratamiento de las estructuras agenciales de mayor complejidad que subyacen tanto a la autoría mediata como a la coautoría, la monografía hace gala de un manejo refinado de un conjunto de herramientas teóricas obtenidas de la filosofía analítica de la acción. Así, en el esfuerzo por desentrañar la estructura de imputación propia de la autoría mediata, en cuanto fundada en «el traslado de una relación agencial» (pp. 132-133), el énfasis queda puesto en la *relatividad a la descripción* que es características de las adscripciones de acciones (pp. 134-138). Ello se ve complementado por una desmitificación de la tradicional diferenciación de la autoría mediata frente a la coautoría, a propósito de lo cual es introducida una sutil distinción entre la subestructura de una «co-autoría mediata» y la de una «coautoría mediada» (pp. 141-143). Este último ejercicio de análisis conceptual es revelador de que los conocidos esfuerzos por reducir las estructuras de la autoría mediata y la coautoría a la estructura de la autoría directa no es la única forma de reduccionismo que problemáticamente circunda a la dogmática de las formas de autoría. Igualmente problemática resulta ser, por ejemplo, la caracterización que HAAS hace de la coautoría como una «autoría mediata recíproca» y que se enmarca en la conceptualización de esas mismas dos formas de autoría como estructuras de imputación extraordinaria de carácter «ficcional», que GONZÁLEZ LILLO examina críticamente (pp. 105-108).

Con todo, probablemente sea en el examen de la estructura de la coautoría donde la argumentación desarrollada por el monografista alcanza su mayor grado de refinamiento. La clave para ello la provee la noción de «acción conjunta», que según GONZÁLEZ LILLO serviría como la marca de la relación agencial que vincula a cada uno de los potenciales coautores con el hecho que se les imputa, indivisiblemente, como perteneciente a todos ellos. En lo fundamental, ello lo lleva a afirmar que, mientras que «el *objeto común* de imputación entre los potenciales coautores estará constituido por la acción (u) omisión conjunta a cuya composición contribuyen sus acciones individuales», sus «contribuciones discretas» brindan «la *base individual* que fundamenta por qué esa acción conjunta resulta imputable a cada coagente» (p. 154).

Por esta vía, el monografista impugna la «comprensión ortodoxa del principio de imputación recíproca» (p. 152), la cual desconocería que «para cada coautor la imputación a título propio recae sobre dicha acción conjunta, y no respecto de las demás acciones componentes, que siguen siendo estrictamente individuales» (p. 154). La pregunta que esto plantea, empero, es la de si la construcción favorecida por el monografista logra dar cuenta del carácter *mediado* que, de acuerdo con el principio «composicional» que él mismo valida, exhibe la acción conjunta cuya ejecución tiene lugar a través del despliegue de los dos o más aportes individuales. Si el robo conjuntamente perpetrado por A y B se encuentra compuestamente constituido por la sustracción del botín efectuada de propia mano por A y la intimidación de la víctima efectuada de propia mano por B, ¿es posible que el hecho así constituido sea imputable tanto a A como a B como hecho propio sin que ello implique que cada uno de sus componentes les sea asimismo imputable como hecho propio? Este último problema podría haberse visto productivamente esclarecido a través del análisis de la llamada «coautoría sucesiva», que es la única de las tradicionales constelaciones fenoménicas de la coautoría que el libro no examina diferenciadamente. Más allá de esto, mi impresión es que la dificultad conceptual que así emerge en la reconstrucción de la estructura de la coautoría se debe, nuevamente, a la rigidez con la cual en la monografía se opta por identificar la base de la respectiva imputación con un comportamiento individualmente desplegado por el interviniente del que se trate.

El libro se cierra con el tratamiento que en el capítulo quinto reciben las formas de participación como estructuras de imputación accesoria. Tras someter los principales enfoques doctrinales que compiten por clarificar la naturaleza de la participación a una crítica a la vez ponderada e incisiva, GONZÁLEZ LILLO hace descansar su defensa de la función puramente constitutiva, y no limitadora, que habría que atribuir al principio de accesoriedad de la participación en la ya mencionada distinción entre acciones principales y acciones auxiliares (pp. 177-181). Así, el principio de accesoriedad no sería sino una «herramienta adscriptiva en cuya virtud ciertas acciones auxiliares pueden sustentar la imputación de un hecho ajeno a título de participación precisamente por haberlo favorecido» (p. 179). Después de explicitar cómo las premisas obtenidas en el capítulo tercero hacen posible precisar el alcance que habría que reconocer al principio de accesoriedad en sus «dimensiones externa e interna» (pp. 181-193), las estructuras de la inducción y de la complicidad son examinadas desde el punto de vista de cómo la respectiva especie de acción auxiliar de favorecimiento del hecho opera, en cada caso, como base para su imputación como hecho ajeno.

En lo tocante a la estructura de la inducción, el análisis queda acertadamente acoplado a la premisa de que el inductor ha de proveer una razón que logre explicar el comportamiento desplegado por el agente inducido. Con todo, GONZÁLEZ LILLO parece pasar por alto una implicación que ello tiene para el problema de cómo tendría que ser especificado el hecho principal en cuanto favorecido por el comportamiento del inductor, lo cual repercute en el

ulterior problema concerniente a la posibilidad de una «desviación» que confiera al hecho el estatus de un «exceso» desde la perspectiva del potencial inductor. La estrictísima solución que parecería seguirse de la tesis de que la razón provista por el inductor tendría que estar «referida a la ejecución de una concreta acción (como *act-token*), y no simplemente a la realización de una clase de acción prohibida (en tanto que *act-type*)» (pp. 197-198) resulta, a mi juicio, problemática. Según lo explica BRANDOM (*Making It Explicit*, 1994, pp. 256-259), una razón para que un agente haga algo es una razón para que ese agente se forme una «intención previa», susceptible de verse ulteriormente realizada en la forma de una «intención en la acción», en circunstancias de que la acción a cuya ejecución esa intención previa se encuentre referida necesariamente estará especificada «en términos generales», esto es, a través de alguna descripción, lo cual se contrapone a su posible especificación demostrativa u ostensiva. Con ello, todo el problema consiste en determinar cuál ha de ser la descripción bajo la cual el hecho perpetrado por el agente potencialmente inducido, y revestido de significación delictiva, aparezca como explicable por la razón provista por el potencial inductor como una razón que este habría tenido que abstenerse de proveer en atención a esa misma significación delictiva.

En cuanto a la estructura de la complicidad, finalmente, la monografía también logra mostrar la fecundidad del instrumental teórico empleado por su autor para fijar los contornos de una imputación fundada en una prestación de ayuda a quien o quienes perpetran el hecho. A este respecto, GONZÁLEZ LILLO enuncia una consecuencia capital que se desprendería del principio de accesoriadad: «quien quebranta la correspondiente norma de comportamiento es el autor, por lo que la acción auxiliar ha de estar referida al comportamiento de aquel, no al de otro partícipe» (p. 212). Esta tesis parece indiscutible, pero de ella no necesariamente se sigue la ulterior consecuencia que el monografista extrae de cara al problema que plantea la posibilidad de una complicidad «en cadena»: «quien mediante su comportamiento favorece otro [comportamiento] que a su vez posibilitará o facilitará la ejecución del hecho principal no realiza una acción auxiliar cuya envergadura sea equivalente a la de un favorecimiento directo» (p. 212). ¿Pero qué habla en contra de una posible «redescripción» de ese primer favorecimiento como un favorecimiento del hecho principal? La respuesta tendría que depender de si la relación expresada por el predicado biposicional «_ayuda a_» puede ser tratada como transitiva. En este punto no estaría de más reparar en que, si bien él mismo se inclina por afirmar, *de lege lata*, la solución opuesta, JOERDEN (*Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen*, 1988, pp. 137-143) acertadamente observa que tratar semejante relación como transitiva o intransitiva, para los efectos de posibilitar o imposibilitar una imputación jurídico-penal, es adoptar una decisión valorativa.

Para hacer más claro el punto, piénsese en un caso como el siguiente: A, quien prepara el atraco de una bodega, solicita a su amiga B una ganzúa con la que pueda forzar el candado de la puerta de acceso; B le dice que actualmente no tiene ganzúa alguna en su poder, pero que quizá pueda conseguir alguna; B recurre a su amigo C, pidiéndole prestada una ganzúa, a lo cual, tras ser informado para qué, C accede; A logra desvalijar la bodega, haciendo uso de la ganzúa así facilitada por B. ¿Cabría poner en duda que, al ayudar a B a que esta presta ayuda a A para que este perpetre el hecho, C ha prestado ayuda a A para que este perpetre el hecho? Por supuesto, es enteramente acertada la sugerencia de GÓNZALEZ LILLO en cuanto a que, en último término, aquí estamos ante un problema de proporcionalidad (p. 212, nota 533). Pero de esto tendría que seguirse que la solución deba ser encontrada, tal vez, en el nivel de la determinación de la pena.

En mi opinión, las virtudes teóricas de una obra intelectual se manifiestan en la contribución que ella haga a nuestra comprensión exacta y profunda de las preguntas cuya respuesta orienta el

esfuerzo de su autor, lo cual también tendría que ser reconocible para quien quizá no llegue a compartir cada una de las soluciones dadas a los problemas tocados a lo largo del proceso constructivo, mas sin que ello le impida maravillarse por la robustez y la sofisticación del edificio así erigido. Bajo estos criterios, la monografía de Diego GONZÁLEZ LILLO puede ser celebrada como un logro especialmente bienvenido en un terreno en el cual, como en otros, la claridad analítica suele ser sacrificada en pos de la perpetuación de un modo de pensar metafórico o, peor aún, figurativo.

Marta Pantaleón Díaz, Delito y responsabilidad civil extracontractual. Una dogmática comparada, Marcial Pons, Madrid, 2022, 469 páginas

Francisco Rodríguez Almirón
Universidad de Granada
rodriguezalmiron@ugr.es

-

La monografía de la profesora Marta PANTALEÓN DÍAZ, que tengo el honor de recensionar, es fruto de la investigación llevada a cabo en el campo de la responsabilidad civil por su autora, y que cristalizó en la brillante tesis doctoral 'Dogmática comparada del delito y de la responsabilidad civil extracontractual', dirigida por el Prof. D. Enrique PEÑARANDA RAMOS, catedrático de Derecho Penal. Como él mismo señala en el prólogo de la obra, se trata de una aportación fundamental a la construcción del sistema de imputación objetiva, no solo del derecho penal, sino también del derecho de daños.

La responsabilidad civil, y más concretamente la responsabilidad civil nacida del delito, ha sido la gran olvidada dentro de la Parte General del Derecho penal, siendo muy pocos los autores que se han adentrado en esta materia. Ya adelantó QUINTERO OLIVARES en su día la poca atención que la doctrina había prestado a esta cuestión, principalmente por esa creencia generalizada de que nos encontramos ante una materia más propia del derecho civil que del derecho penal, a pesar de su ubicación sistemática, y obviando que el derecho no es algo estanco y está interrelacionado. Afortunadamente esta percepción está cambiando y son cada vez más los autores que vienen a profundizar en la responsabilidad civil *ex delicto*.

Tampoco la jurisprudencia ha sido ajena a la naturaleza de la responsabilidad civil *ex delicto*, pronunciándose sobre esta en diversas ocasiones, así la sentencia del Tribunal Supremo número 364/2021 de 29 de abril, ha señalado que si bien esta responsabilidad tiene naturaleza civil, también es cierto que posee particularidades y figuras que la diferencian de la responsabilidad civil extracontractual y contractual. Por otro lado, como recoge la sentencia, no toda la responsabilidad civil *ex delicto* se ejercita en el proceso penal, ni todas las acciones civiles que pueden presentarse en dicho proceso constituyen responsabilidad civil *ex delicto*.

En esta línea, la obra de PANTALEÓN DÍAZ es excelente, ya que trata de forma magistral la siempre difícil y controvertida cuestión de la imputación objetiva. Además, lo hace desde un punto de vista práctico, con multitud de ejemplos prácticos, lo que hace aún más solvente y atractiva la obra. Desde el punto de vista de su redacción, es impecable, ordenada, fácil de leer y tiene mucho que aportar a la teoría de la imputación, logrando que el lector cuestione algunas ideas preconcebidas.

El trabajo se desarrolla en cinco capítulos. La obra comienza con un resumen introductorio que se suman cinco capítulos: el capítulo primero se titula «Prevenir y resarcir», el capítulo segundo «La perturbación como elemento estructural común a la responsabilidad penal y la responsabilidad civil», el tercer capítulo «Lo específicamente penal», el cuarto «lo

específicamente civil» y el quinto capítulo «Algunas implicaciones prácticas». Concluye la obra con un apartado de «Conclusiones» y la sección de «bibliografía».

La obra comienza con una nota introductoria que me ha llamado la atención y que no puedo dejar pasar por alto. Junto a los agradecimientos a su tribunal de tesis y evaluadores, la autora, en un bonito y claro guiño a su hija, señala que «el libro que el lector tiene en sus manos no es la mejor obra de su autora». En este sentido, quiero señalar que la obra, de cuatrocientas sesenta y nueve páginas, es rigurosa, bien estructurada y tiene una gran trascendencia práctica en su ámbito.

En el resumen introductorio, PANTALEÓN DÍAZ recoge como pretensión de la obra plantear un sistema que sirva para comparar los sistemas de imputación civil y penal, desde una perspectiva global, o como señala, «a vista de pájaro». Como indica la autora al comienzo de la introducción, citando las palabras del Profesor RODRÍGUEZ MOURULLO, «la ciencia del Derecho es una ciencia que sirve a la vida o no sirve para nada» y esta obra es sin duda de una gran utilidad práctica. La obra parte del análisis de las funciones de la responsabilidad civil, a la que atribuye una función resarcitoria, y de la responsabilidad penal, con una función preventiva. Esto se refleja en el diferente rol que tendría la víctima del delito en relación a la responsabilidad penal y a la responsabilidad civil. Sostiene la autora como en el derecho penal la víctima tiene un rol marginal, mientras que en la responsabilidad civil el perjudicado tiene un papel protagonista. No obstante, y aunque retomaremos la idea más adelante, conviene recordar que esto no siempre es así, un ejemplo lo tenemos en los delitos de carácter semipúblico o privados, donde la víctima adquiere un papel fundamental.

Para determinar las semejanzas y diferencias entre las dos formas de imputación, la autora recurre al análisis de una serie de casos, como el «caso del susto de muerte», el «francotirador afortunado», el «tío rico», el «guardagujas», el «verdugo», la «tabla de Carnéades», el «caso del árbol», el «caso de las cazadoras», el «caso de los pelos de cabra», el «caso del ciclista» y el «contagio de VIH», que como se señala, son objeto de discusión en diferentes aspectos: elemento subjetivo, causalidad, imputación objetiva y resultado. En este sentido, se analizan uno a uno los diferentes casos planteados partiendo del esquema de imputación de la responsabilidad penal y civil contenido en la página 35 de la obra, y que tienen como elemento común lo que la autora denomina «perturbación».

El capítulo primero se dedica a diferenciar entre la función de la responsabilidad penal y la función de la responsabilidad civil. PANTALEÓN DÍAZ centra la primera diferencia en el carácter preventivo de la pena, señalando como la pena no tiene una función resarcitoria, a diferencia de la responsabilidad civil. Esto implicaría que no exista una relación de subsidiariedad entre la responsabilidad penal y civil. En este sentido, entiendo que toda pena también tiene implícito un carácter retributivo, de justicia, y es esa retribución otra forma en que la víctima se ve resarcida, aunque sea de forma indirecta. Además, en mi experiencia puedo decir que existen delitos donde la víctima solo pretende la imposición de una pena al delincuente, sin querer una reparación económica o de otro tipo. Por otro lado, en cuanto al papel «marginal» de la víctima en la responsabilidad penal, debemos recordar la posibilidad que tiene la víctima de personarse en el procedimiento como acusación particular, lo que también le otorga un papel relevante. En último lugar, en cuanto a la responsabilidad civil *ex delicto*, no podemos olvidar que el Ministerio Fiscal debe ejercitar la acción civil, haya o no acusación particular, salvo reserva o renuncia expresa.

El capítulo segundo se dedica a tratar la perturbación como elemento estructural común de la responsabilidad penal y de la responsabilidad civil, la cual consistiría en la creación o falta de contención de un riesgo. Según la autora, en ambas figuras se presupone la creación de un riesgo sobre el cual no se tiene competencia y que se determina desde una perspectiva *ex ante*. Señala que en el ámbito de la responsabilidad penal esta perturbación legitimaría una intervención del Estado sobre la esfera del individuo, mientras que, en el ámbito civil, la perturbación es una exigencia de la labor resarcitoria. Por otro lado, solo tendría ese carácter perturbador la creación o falta de evitación de un riesgo sobre el cual la persona tiene competencia, y debería tratarse de una conducta jurídicamente desaprobada.

El capítulo tercero se denomina «Lo específicamente penal». La introducción al capítulo parte de cómo son muchas más las cuestiones que diferencian la estructura de responsabilidad civil de la penal que las que se comparten. El capítulo hace un recorrido por la teoría jurídica del delito correlacionándola con esa función preventiva del derecho penal. En el segundo punto, la autora se refiere a la subsunción típica, haciendo referencia a la perturbación. Se señala cómo, en relación con la responsabilidad penal, solo las perturbaciones típicas darían lugar a una pena, relacionando lo expuesto con los principios de legalidad y fragmentariedad. Es especialmente interesante el punto relativo a la imputación del resultado al comportamiento. En este sentido, se recogen las dos fases del proceso: la relación de causalidad entre la acción y el resultado, y la imputación objetiva, recurriendo a multitud de ejemplos, como el caso «del explorador y la cantimplora envenenada», o el de «la junta militar de Realistán», terminando con una crítica a la fórmula de la *conditio sine qua non*. La doctrina ha manifestado que la teoría de la *conditio sine qua non* presenta el desafío de no poder autolimitarse por sí misma, lo que potencialmente abre la puerta a una regresión casi infinita, lo que hace necesario superar esa mera causalidad natural mediante las reglas o criterios de imputación objetiva del resultado.

PANTALEÓN DÍAZ analiza de forma magistral los diferentes criterios normativos que sirven de base para la imputación objetiva: la creación o incremento del riesgo penalmente relevante desde una perspectiva *ex ante*, la materialización del riesgo y el ámbito de protección de la norma. Para la autora, la función preventiva de la responsabilidad penal descartaría, desde el punto de vista de la imputación objetiva, dar relevancia a aquellos supuestos donde la víctima contribuye, descuidando sus intereses, al resultado típico. En este sentido, analiza la irrelevancia del comportamiento alternativo, decantándose por una opción que, si bien es minoritaria en la doctrina, comparto con la autora. El capítulo termina analizando la estructura del juicio de culpabilidad y la punibilidad.

El capítulo cuarto está destinado al estudio de lo que la autora titula como «específicamente civil», y que no es más que un detallado y minucioso estudio de la estructura de la responsabilidad civil por culpa y su relación con la función resarcitoria de la responsabilidad civil. La autora se desmarca de la opinión civilista mayoritaria y opta por equiparar la perturbación con el concepto de culpa o negligencia, siendo suficiente con la creación de ese riesgo para que surja esa necesidad de resarcir prescindiendo de lo que se conoce como «capacidad de culpa civil». PANTALEÓN DIAZ continúa analizando los supuestos necesarios para trasladar el daño a la esfera del causante, a saber: causalidad y realización del riesgo. En este sentido, analiza la prohibición de enriquecimiento injusto por parte del perjudicado, y como se excluiría ese daño en aquellos supuestos en los que demostrara por parte del causante que las conductas alternativas también hubieran causado ese daño, para ello recurre a dos interesantes casos, el del «incendio en la galería» y «el ciclista».

La última parte de este capítulo se destina a analizar la culpa concurrente del perjudicado. Para ello, la autora trae a colación el artículo 114 del Código Penal. La concurrencia de culpas permite al juez moderar el importe de la indemnización y reparación cuando la víctima contribuye con su conducta a la realización del daño. En la práctica, esta cuestión plantea problemas, ya que a veces se tiende a confundir la reducción de la indemnización por contribución al daño con otros casos donde la víctima es a su vez responsable penal, procediendo a la compensación de culpas y olvidando que el artículo 109 del Código Penal impone la obligación de reparar. En este sentido, hubiera sido conveniente profundizar en esta cuestión tan controvertida. Por último, se analiza la exclusión de responsabilidad por razones de política jurídica, que se refiere a aquellos supuestos donde el perjudicado tiene un deber de soportar el daño ya sea de forma total o parcial. La autora se muestra crítica con el distinto tratamiento del miedo insuperable en relación al artículo 118.1.1 del Código Penal. En este sentido, si bien existe un tratamiento diferenciado, lo es, en mi opinión, en un intento del legislador de otorgar una mayor protección al perjudicado, pero diferenciando la responsabilidad del causante del miedo de la responsabilidad de la persona que ejecuta el hecho.

El Capítulo cinco se denomina «Algunas implicaciones prácticas» y en él se abordan cuestiones procesales bastante interesantes, y de forma muy completa. Y es que la responsabilidad civil *ex delicto*, pese a la identidad de naturaleza con la responsabilidad civil extracontractual o, en algún supuesto contractual, dispone de una serie de particularidades que hay que tener en cuenta. La autora aborda diferentes cuestiones como qué ocurre cuando existe un proceso penal que precede a un civil sobre los mismos hechos y viceversa. Sin que en ningún momento empobrezcan una obra que es excelente, en este punto se me plantean algunas cuestiones prácticas en relación con la responsabilidad civil que no quedan del todo resueltas en la obra y sería conveniente traerlas a colación, como qué ocurre con la responsabilidad civil en aquellos supuestos de declaración en rebeldía del procesado, o en aquellos otros supuestos en los que no se puede hacer el ofrecimiento de acciones al perjudicado. Por otro lado, existen casos como los referidos a la excusa absolutoria entre parientes recogida en el artículo 268 del Código Penal, que han sido objeto de pronunciamientos jurisprudenciales sobre responsabilidad civil y que no están expresamente dentro de los supuestos que recoge el artículo 118 y 119 del Código Penal y que sería conveniente tener en cuenta. Así, la STS núm. 412/2013 de 22 de mayo refiere como no faltan precedentes jurisprudenciales que han considerado que el autor beneficiado por la excusa absolutoria queda sujeto a la responsabilidad civil *ex delicto* en la misma causa en que se haya podido decretar su absolución, salvo que el perjudicado haya renunciado o se haya reservado la acción civil.

Quiero terminar esta reseña señalando como la obra analizada ofrece una mirada crítica y reflexiva sobre diversos aspectos de la imputación objetiva, desafiando conclusiones preestablecidas y proponiendo enfoques novedosos, aportando frescura tanto a la teoría de la imputación civil como a la penal. Desde estas líneas, quiero expresar mi más sincera felicitación a la autora por su magnífica contribución.